

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA TENTATIVA Y  
FRUSTRACION: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA Y CORTE  
SUPREMA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNO: Juan Pedro Orellana Valencia  
PROFESOR PATROCINANTE: Dr. José Ángel Fernández Cruz

VALDIVIA, ENERO DE 2007

Señora  
Marcia Molina Peoza  
Profesora responsable  
Seminario de Investigación Jurídica  
Presente

De mi consideración,

Por medio de la presente, vengo a informar a Ud. de la memoria de prueba realizada por el alumno D. **Juan Pedro Orellana Valencia** que lleva el título: *Desarrollo jurisprudencial de la tentativa y la frustración. Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema.*

El presente trabajo de investigación aborda una de las cuestiones dogmáticas de mayor relevancia práctica. Así, la doctrina y la jurisprudencia han puesto en evidencia las dificultades interpretativas que presentan varios tipos de imperfecta realización como por ejemplo los delitos de hurto y violación. La presente memoria contribuye a la comprensión de esta problemática con un estudio -tanto dogmático como político criminal- de los principales problemas interpretativos que presentan los tipos tentados y frustrados.

Debemos destacar de la presente Memoria el exhaustivo estudio jurisprudencial y la puesta en evidencia de numerosos fallos contradictorios carentes de una mínima fundamentación: el tipo tentado de hurto constituye el ejemplo paradigmático. No obstante, esta Memoria revela una tendencia por parte de nuestra CS de homogenizar la jurisprudencia penal: la interpretación del art. 450 CP -con independencia de compartir las conclusiones del Alto Tribunal, se ha convertido en un referente en el debate jurídico penal, contribuyendo a unas mayores cotas de seguridad jurídica en la aplicación de las leyes penales.

Por último, también tenemos que subrayar el interesante estudio jurisprudencial de nuestra CA sobre los tipos tentados y frustrados, estudio que supone un aporte a la comunidad jurídica valdiviana.

Respecto a la biografía utilizada resulta adecuada a la naturaleza y fines de la investigación realizada.

Como conclusión de este informe, el profesor que suscribe autoriza su *empaste* y propone que la alumno D. **Juan Pedro Orellana Valencia** obtenga la calificación de cinco punto cero (5).

Le saluda atentamente,



José Ángel Fernández Cruz  
Prof. de Derecho penal

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	3
<b>CAPITULO PRIMERO:</b>	
<b><i>LA TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO</i></b>	5
1.- Distintas etapas en la ejecución de los delitos	5
1.1 Fundamento de la punibilidad de etapas anteriores a la consumación del delito	8
1.2 Límites de la anticipación de la punibilidad	10
2. Clasificación de los delitos y <i>el iter criminis</i>	12
3. Penalidad de estas figuras	13
4. Carácter subsidiario del artículo 7° del Código Penal	13
5. La tentativa y la frustración en el anteproyecto del nuevo Código Penal	16
<b>CAPITULO SEGUNDO:</b>	
<b><i>ANALISIS DOGMÁTICO DEL ITER CRIMINIS DE DELITOS DE RELEVANCIA PRÁCTICA</i></b>	18
1. Delitos contra la propiedad	18
1.1 El Hurto	18
1.1.1 Consumación	18
1.1.2 Iter criminis	18
2. Figuras de robo calificado. Robo con homicidio	22
2.1 Consumación	22
2.2 Iter criminis	22
3. Disposiciones relacionadas con el iter criminis en materia de delitos contra el patrimonio	23
3.1 Artículo 444	23
3.2 Artículo 450 inciso 1°	24
3.2.1 Presunción de derecho de la responsabilidad penal	25
3.2.2 Infracción del mandato de determinación de los tipos penales	26
4. Delito de violación	27
4.1 Consumación	27
4.2 Iter criminis	28
4.3 Posibilidad de aplicar los abusos sexuales	29
<b>CAPITULO TERCERO:</b>	
<b><i>LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACION ANTE LOS TRIBUNALES JUSTICIA</i></b>	31
1. Corte de Apelaciones de Valdivia	31
1.1 Delitos contra la propiedad	31
1.1.1 El Hurto Falta	32
1.1.2 Artículo 450 inciso 1°	36
2. Corte Suprema	37
2.1 Hurto Falta	37
2.2 Presunción de tentativa de robo	39
2.3 Artículo 450 inciso 1°	41
2.4 Delito de Violación	42
<b>CONCLUSIONES</b>	47
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	48

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal esta concebido como un instrumento de resguardo de diversos bienes jurídicos que se estiman dignos de protección para la sociedad en un momento determinado,, de los ataques o peligros a los que puedan verse expuestos como consecuencia de conductas lesivas que ejecuten los ciudadanos de un Estado que es a su vez la entidad encargada de crear y aplicar esas leyes. La regla general es que para lograr este objetivo la ley describe actividades cuya ejecución acarrea su punibilidad cuando aquellas conductas se encuentren consumadas, esto es, al verificarse de todas las exigencias formales del tipo descritas en la norma. En estos casos se considera que el delito está perfecto en su ejecución. Para este mismo evento la ley contempla además una pena que, como señala nuestro Código Penal en su artículo 50, se entiende asignada al delito consumado.

Sin embargo, el delito consumado no es la única forma de afectación de un bien jurídico ya que existen otras hipótesis en las cuales, si bien no se alcanza el resultado que se pretende evitar con la norma o no se cumple en su totalidad con la descripción típica, igualmente son reprochadas socialmente por el peligro que representan para determinados bienes jurídicos protegidos. En estos casos el legislador adelanta entonces la punibilidad a aquellas conductas que dejan de ser irrelevantes a la vista del derecho penal.

Estas etapas imperfectas de ejecución del delito se conocen como actos preparatorios, tentativa y frustración y están recogidas en las legislaciones de muchos países con ciertas salvedades respecto a la distinción entre las mismas.

Nuestro Código Penal no es ajeno a ellas y señala en su artículo 7º los aspectos que definen estas etapas punibles del proceso delictivo: “Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.”

Agrega que “Hay crimen o simple delito **frustrado** cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

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

Pero: ¿en qué momento debe detenerse la protección penal a modo de alcanzar un equilibrio entre las necesidades sociales y la impunidad de ciertas situaciones para el resguardo de la libertad humana?

La respuesta se encuentra en criterios político criminales que se plasman en las leyes en su proceso de elaboración, pero también están presentes junto a criterios doctrinales, en los tribunales de justicia al momento de la interpretación y aplicación de los tipos penales y sus fases imperfectas de ejecución, constituyendo elementos esenciales para determinar la existencia de un delito y su punibilidad.

La presente investigación tiene por objetivo apreciar cuáles son los criterios que la jurisprudencia ha adoptado en relación a la problemática que se plantea respecto a la

delimitación de las fases de ejecución de algunos delitos de relevancia práctica y evidenciar los argumentos considerados para otorgar una solución a los casos que se plantean, como asimismo su correspondencia o no con el tratamiento que plantea la dogmática penal.

Para lograr ese objetivo la investigación se desarrolla en tres segmentos. El primero de ellos está enfocado a establecer las bases dogmático jurídicas sobre las cuales se construye el *iter criminis*, las características de la tentativa y frustración desde una perspectiva amplia y la forma como son recogidas en nuestro Código Penal y en el Anteproyecto del Nuevo Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal.

El segundo capítulo examina las distintas posiciones sostenidas por la doctrina chilena y comparada en torno a la problemática que surge en la consumación y fases del *iter criminis* de determinados delitos de relevancia práctica con el fin de permitir apreciar si estas tienen alguna concordancia con los criterios políticos criminales que inspiran un Derecho Penal Liberal.

Finalmente, el tercer capítulo se encarga de exponer el desarrollo jurisprudencial que efectúan los Tribunales de Justicia en la resolución de casos concretos cuyas calificaciones son discutidas en la doctrina penal, centrandó la atención en los fallos emitidos por la Corte de Apelaciones de Valdivia y la Corte Suprema.

# CAPITULO PRIMERO: LA TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

## 1.- DISTINTAS ETAPAS EN LA EJECUCIÓN DE LOS DELITOS

La realización de un delito lleva consigo normalmente un desarrollo progresivo que va, desde la ideación por parte del sujeto, a su completa ejecución o consumación. Este proceso es lo que la doctrina conoce como *iter criminis* o camino o curso del crimen, cuya complejidad, permite distinguir dos fases: **una fase interna** de ideación y resolución acerca de la ejecución de un delito, que se desarrolla en la mente del sujeto (una elaboración de planes y fines); y **una fase externa** de exteriorización de aquella resolución delictiva. En esta última fase se puede distinguir a su vez los **actos preparatorios**, que son aquellos que no consisten en la realización de un delito por hechos directos aunque finalmente estén dirigidos a ello en el sentido de hacer posible o facilitar su ejecución, y los **de ejecución**, donde encontramos la tentativa, el delito frustrado, el delito consumado y el agotamiento del delito.<sup>1</sup>

No todas estas fases son relevantes o igualmente relevantes desde el punto de vista jurídico penal.

En relación a la fase interna, ésta queda fuera de la intervención penal y, por lo tanto, no es punible de acuerdo al principio formulado por Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur* (el pensamiento no delinque)<sup>2</sup>, que encuentra como fundamento, la dificultad práctica que se presenta en el establecimiento de lo que se encuentra en el interior de la mente de un sujeto y producto “del abismo que media entre el pensamiento y el hecho, entre el propósito y su actuación”.<sup>3</sup> A este respecto Novoa Monreal señala: “el Derecho es un regulador externo de conductas humanas, que no debe entrometerse en la intimidad de la conciencia del hombre, aunque allí se haya tomado una determinación criminal, mientras esa resolución no se traduzca en hechos externos”.<sup>4</sup> De lo contrario, nos enfrentaríamos a una lesión de la dignidad de la persona y de su libertad.

Es preciso señalar sin embargo, que la protección que este principio otorga al fuero interno de las personas de acuerdo al cual su contenido queda en la impunidad, encuentra su límite en la medida que el pensamiento delictivo se comunique a otros, tal como ocurre en los casos de la apología o propaganda de doctrinas que preconicen el crimen o la violencia y la instigación, hipótesis que, según apunta Politoff, se configuran como tipos delictivos

---

<sup>1</sup> Por todos, Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Tomo II. 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. p. 261.

<sup>2</sup> Sin perjuicio del castigo de la expresión de pensamientos entre ellas las injurias, calumnias, falso testimonio, entre otros, Cfr. Politoff, Sergio. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. p. 77.

<sup>3</sup> Antolisei, Francesco. Cit. Por Politoff, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. p. 31.

<sup>4</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Parte General. Tomo II. 3ª Edición. Santiago, 2005. p. 111. El Código Penal no es ajeno a la impunidad de la fase interna, tal y como se puede apreciar en los dispuesto en el inciso 3º del artículo 7 que prescribe que la tentativa consiste en dar principio a la ejecución del delito por *hechos directos* faltando uno o mas para su complemento, demostrando con esto la necesidad que el propósito delictivo se manifieste en actos materiales de modo que solo los hechos externos encaminados directamente a la consumación del delito, pueden ser penados como tentativa.

especiales que incriminan la expresión de ideas, actuando como límites a la libertad de pensamiento.<sup>5</sup>

Por su parte, la distinción en la fase externa entre actos preparatorios y actos de ejecución, que si bien para algunos autores resulta “inútil e impracticable en la mayoría de los casos”<sup>6</sup> por ser imposible de concebir desde una perspectiva naturalística, tiene el mérito de destacar que la fase externa del proceso de ejecución un delito comprende actos punibles y actos no punibles.<sup>7</sup> Al respecto, Raúl Carnevali sostiene que reconocer la dificultad en la distinción no es un obstáculo para establecer un criterio garantístico de acuerdo a las concepciones de un Estado Democrático de Derecho, y asigna este carácter a una perspectiva objetiva de delimitación de la tentativa punible que corresponde a un juicio de peligrosidad de la acción valorada *ex ante*, sobre la base de un juicio que emite un observador imparcial, complementado además, con los conocimientos propios del autor y que se traduzca en un peligro para un bien jurídico.<sup>8</sup>

Para los actos preparatorios que no representan un comienzo de ejecución, por estar todavía muy alejados de realización completa del evento, la regla general es su impunidad aún en el caso de preparación de graves delitos. Excepcionalmente la ley ha previsto la sanción para actos preparatorios en dos ocasiones<sup>9</sup>: actos preparatorios especialmente penados (entre los que se encontrarían los artículos 475 y 481 del CP),<sup>10</sup> la proposición y la conspiración (artículo 8° CP).<sup>11</sup>

Los actos de ejecución por el contrario, llevan en sí su carácter criminal y “marcarían el campo de la punibilidad penal dentro del desarrollo progresivo de la actividad que tiende al delito”,<sup>12</sup> constituyendo lo que se conoce como tentativa o conato y se extienden desde la tentativa propiamente tal (umbral de lo punible determinado por la iniciación de la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos) pasando por el delito frustrado, hasta la consumación.

Cabe destacar en este punto uno de los rasgos más notorios que se puede apreciar en derecho comparado y que corresponde a aquel que dice relación con la distinción entre tentativa y frustración, que ha desaparecido prácticamente en la mayor parte de la legislación

---

<sup>5</sup> Cfr. Politoff, S. *Los Actos Preparatorios...*, p. 33 y ss. Señala este autor que la apología y la propaganda dejan de ser simples expresiones de pensamientos únicamente en el caso que generen un clima de agitación es decir, cuando toman forma de una provocación pública a cometer delitos.

<sup>6</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, II. p. 262.

<sup>7</sup> Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 117.

<sup>8</sup> Carnevali, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Revista de Política Criminal*, N° 1, 2006. A2, p. 11 y ss, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>

<sup>9</sup> Cfr. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Santiago, Chile, p. 53.

<sup>10</sup> En contra, Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 262, estos actos serían injustos típicos que presentan un especial desvalor social y de ahí su carácter de delitos con lo que no podrían clasificarse de resoluciones manifestadas o de actos preparatorios de hechos injustos. En el mismo sentido, Politoff S. *Los actos preparatorios...*, p. 48, plantea que se trata de delitos sui generis, autónomos de peligro; verdaderos hechos de preparación para la comisión de delitos ulteriores.

<sup>11</sup> Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 45, clasifica estas figuras como actos preparatorios para hechos colectivos, punibles excepcionalmente respecto de delitos para los cuales la ley lo ha previsto.

<sup>12</sup> Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 115.

européa al reunir las hipótesis de simple tentativa y delito frustrado en el concepto amplio de “tentativa” de modo tal que todas las formas imperfectas quedan sujetas a un mismo marco penal sin perjuicio de la facultad del juez de considerar el grado de progresión del delito al determinar la pena concreta. Esta desaparición se debe a que la doctrina no observa mayores diferencias entre estas etapas de ejecución del delito que sería, como señala Muñoz Conde, “puramente accidental e incluso arbitraria”<sup>13</sup> puesto que la distinción evoca una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito, ámbito objetivo fuera del cual no hay ninguna diferencia entre la tentativa y frustración, puesto que el dolo y otros elementos subjetivos son iguales en una y otra hipótesis e incluso respecto del delito consumado, en la medida que el sujeto activo va a pretender la realización completa del hecho injusto y su dolo va a ser de lograr sus objetivos (consumación) y no para que la ejecución queda en grado de tentativa. Se agrega a esto, el hecho que en muchos tipos la diferenciación se hace difícil o genera “complicaciones prácticamente insuperables”.<sup>14</sup>

Politoff hace presente en relación a la desaparición de la distinción en algunas legislaciones comparadas, que esta se mantiene en la doctrina penal de tales países para establecer las condiciones y efectos del desistimiento en la forma de tentativa acabada o delito manqué (frustración) y tentativa inacabada (tentativa propiamente tal)<sup>15</sup> en la medida que, como explica Mañalich, en el caso de la tentativa inacabada basta un mero abandono de la prosecución de la realización delictiva, pero en la tentativa acabada, se requiere además, una conducta activa que impida la producción del resultado.<sup>16</sup>

Finalmente, el agotamiento o terminación del delito, reconocida como la consumación material en contraposición a la consumación formal (entendida como la plena realización del tipo en todos sus elementos), es aquella etapa en la cual el agente obtiene los beneficios, objetivos o propósitos perseguidos con la perpetración del delito, cuya concreción material no es requisito para la consumación del mismo ya que consiste en “una profundización o intensificación de la lesión o peligro para el bien jurídico en que consiste el hecho consumado”.<sup>17</sup>

Si bien para algunos autores la distinción entre delito consumado y agotado no ofrece importancia<sup>18</sup> o constituye una mera curiosidad o “sutileza jurídica”<sup>19</sup>, otros son partidarios de considerar (aun planteándose la irrelevancia de la distinción como consecuencia que “nuestro

---

<sup>13</sup> Muñoz Conde, F. *Teoría General del Delito*. pp. 163 y 169.

<sup>14</sup> Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 125; indica como ejemplo el robo, el hurto y la estafa. Señala además que los proyectos chilenos de 1938 y 1945 eliminan la distinción entre tentativa y delito frustrado y hablan solamente de tentativa para abarcar todo el proceso de realización delictivo que entra en la esfera de lo punible. Al respecto, Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7º edición. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005. p.575, señala que “atribuir consecuencias penales a un deslinde tan sutil e incierto, resulta absurdo”.

<sup>15</sup> Cfr. Politoff, S. *Texto y Comentario...* p. 80. Se puede hablar entonces de una supresión formal de la distinción a nivel de la legislación penal.

<sup>16</sup> Cfr. Mañalich Raffo, Juan. *Tentativa y Delito Frustrado*. Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Legis. Colombia. Nº 2. 2005. p. 465.

<sup>17</sup> Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 16.

<sup>18</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 266.

<sup>19</sup> Quintano Ripollés, Antonio. cit. por Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 19.



derecho positivo se atiende al cumplimiento objetivo de la descripción típica sin atender a los fines criminales”<sup>20</sup> o que se puede prescindir de ella para determinar los efectos de las fases anteriores a la realización completa del hecho delictivo), que puede influir en algunos aspectos dogmáticos tales como la participación criminal (en lo relativo a la llamada participación sucesiva), la teoría del concurso aparente de leyes (respecto de hechos posteriores a la consumación que pueden quedar consumidos por la precedente realización del tipo como sería el caso de la aceptación de un falso testimonio como verdadero por parte de un tribunal); en la regulación de la pena en los términos del artículo 69 CP, y en lo relativo a la determinación de la cuantía y extensión de la responsabilidad civil procedente de un delito.<sup>21</sup>

### 1.1 Fundamento de la punibilidad de etapas anteriores a la consumación del delito

Históricamente la punibilidad de la tentativa como la conocemos, debe considerarse reciente, ya que antiguamente la objetividad del derecho penal, es decir, los tiempos en que importaba la sola producción de un resultado material, no aceptaba penar acciones de las cuales no resultaba daño extremo<sup>22</sup> como tampoco castigar etapas anteriores a la producción de este último. Sólo en el momento de ir cobrando relevancia la voluntad sobre los resultados producidos por una conducta, comenzó a distinguirse entre delitos perfectos e imperfectos para tratar estos últimos más tarde bajo la denominación de conato asignándoles una punibilidad inferior a la del delito consumado.<sup>23</sup>

Como señala Garrido Montt, para explicar el por qué de la punibilidad de estas etapas “se debe partir de la premisa que el comportamiento descrito por el tipo puede castigarse sólo cuando cumple con todas las exigencias subjetivas y objetivas que el mismo señala, lo que significa que el hecho se encuentra consumado”.<sup>24</sup> Es en este momento (de la consumación de un delito acompañado de todos los elementos que constituyen la responsabilidad penal), donde las conductas deben recibir todo el reproche penal en tanto con ellas se vulnera el bien jurídico que se pretende proteger con los tipos penales y el Estado debe responder con una pena como mecanismo de *ultima ratio* frente al ataque a aquellos bienes fundamentales para una sociedad y hacer efectivo el reproche social a la conducta lesiva.

Sin embargo, al presentarse las etapas anteriores a la realización completa de las exigencias contenidas en una descripción típica, en las cuales no se alcanzó a concluir con su ejecución, surge la pregunta acerca de si es necesario que la intervención punitiva del Estado se extienda a aquellas, anticipando la protección a un ámbito anterior al de la lesión efectiva del bien jurídico.

---

<sup>20</sup> Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 108.

<sup>21</sup> Cfr. Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 19. La importancia del agotamiento en la extensión de responsabilidad civil se puede apreciar por ejemplo en la obligación de restituir especies o en la de indemnizar al afectado en los casos que la restitución no sea posible.

<sup>22</sup> Cfr. Etcheberry, A. *Derecho Penal...*, p. 52.

<sup>23</sup> Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 110.

<sup>24</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 263.

En principio, todas estas actividades deberían ser consideradas atípicas en la medida que no se realiza el tipo del injusto exigido en la ley por cuanto se trata de actividades inconclusas. A pesar de esto, si bien el delito no se ha consumado, el sujeto activo quiso consumarlo y dio inicio a una actividad encaminada a ese fin que se habría verificado de no mediar la voluntad del propio sujeto u otra circunstancia externa. Existió entonces, ya sea toda o parte de la conducta que se pretende evitar con la amenaza de la imposición de una pena, como asimismo, se puso en peligro un bien jurídico que se estima digno de protección.

Como consecuencia de lo anterior, es que en “todas las legislaciones penales se ha estimado que hechos de esta clase, que no importan la plena realización de un tipo penal, también deben ser reprimidos por la ley”.<sup>25</sup>

Se pueden apreciar tres teorías por las cuales explicar la fundamentación de la punibilidad de la tentativa: un modelo objetivo, un modelo subjetivo y un modelo ecléctico o mixto.

El **modelo objetivo** pone énfasis en la peligrosidad objetiva de realización del tipo, un peligro cierto y grave, y no una posibilidad, que va a ser determinada mediante un juicio ex ante de acuerdo a las circunstancias concretas que rodeaban la realización del hecho.<sup>26</sup> Entre las consecuencias político criminales que trae consigo este modelo se pueden mencionar: el principio que los actos preparatorios son punibles solo excepcionalmente puesto que no pueden ser considerados peligrosos en la misma medida que los actos de ejecución y la realización del tipo penal, que la tentativa debe ser punible en menor medida que la consumación puesto que en aquella solo se ha generado un peligro(o no se ha configurado este en el caso de los delitos de peligro) y la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, por no resultar el más mínimo riesgo para el bien jurídico protegido.<sup>27</sup>

De acuerdo al **modelo subjetivo**, lo que se castiga primordialmente en la tentativa es el ánimo o voluntad dañina del autor, la infracción del deber de obediencia a las normas jurídicas expresado en la ejecución total o parcial del acto delictuoso que no se consumó. Este modelo es el sostenido por las doctrinas autoritarias que persiguen la voluntad criminal (derecho penal del ánimo) y es contrario a los principios liberales que informan la normativa penal, en la medida que éste no se constituye como un derecho penal del hecho sino como un

---

<sup>25</sup> Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...* p. 107.

<sup>26</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...* p. 263. Plantea que es “el resultado en que se materializa la conducta lo que determina su penalización”. Es preciso señalar además que el resultado del que habla este autor se refiere no solo a la lesión de un bien jurídico protegido sino que también debe entenderse comprensivo de la amenaza para los mismos que protegen los delitos de peligro en los cuales no se presenta la lesión efectiva en que consisten los delitos de resultado. Al respecto, Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 19, nota 236, sostiene que en la tentativa, el peligro de realización del tipo es el elemento esencial y no el peligro inmediato de lesión de un bien jurídico ya que su protección(la de un bien jurídico) se presenta además con la configuración de los delitos de peligro.

<sup>27</sup> Cfr. Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 109. Esta teoría objetiva es la que resulta adecuada para explicar el tratamiento del iter criminis en el derecho penal chileno, Cfr. Fernández Cruz, José Ángel. *Apuntes de Derecho Penal: Parte General año 2006*. En relación a la tentativa inidónea se distingue entre la relativa y absoluta (disparar a un cadáver) siendo esta última la que se considera, mayoritariamente en Chile, impune. En contra Cury Urzúa, E. *Derecho Penal...*, p. 576 y ss es partidario de la punibilidad de ambos supuestos, en la medida que la antijuricidad de la tentativa y frustración se caracteriza por el disvalor de la acción y no del resultado.

derecho penal de autor. Entre las consecuencias de este modelo esta el permitir extender la punibilidad a cualquier comportamiento dirigido a la ejecución del delito (ya que las conductas ejecutadas constituyen una manifestación de la voluntad delictiva), igualar la sanción para la tentativa y la consumación y hacer punible la tentativa absolutamente inidónea.<sup>28</sup>

Garrido Montt apunta junto a estas teorías, una teoría **mixta** de acuerdo a la cual, si bien la base de punición de la tentativa es la voluntad rebelde del delincuente, “el merecimiento de una pena va a estar sujeto a circunstancias objetivas, como es la provocación de una pérdida de confianza en la efectividad del orden normativo”.<sup>29</sup> Por otra parte, Muñoz Conde, cree que el fundamento de la punibilidad tiene que ser unitario en cuanto responde a una misma finalidad político criminal y preventiva que preside el Derecho Penal, esta es, que las formas imperfectas son causales de extensión de la pena de tipos delictivos consumados a no consumados que están muy cerca de aquella y se realizan con voluntad de conseguirla.<sup>30</sup>

## 1.2 Límites de la anticipación de la punibilidad

Señala Jakobs que “la punición del comportamiento delictivo que no supone consumación no es sino un caso – especialmente llamativo- de anticipación de la punibilidad”.<sup>31</sup> Como consecuencia, se deben tener en cuenta una serie de principios rectores en el derecho penal que sirven como límites al *ius puniendi* y como criterios o exigencias político criminales tanto a la hora de establecer qué conductas serán sancionadas y determinar su penalidad (con el fin de evitar una represión penal excesiva a conductas que están más allá del hecho punible); como en el momento de la aplicación y ejecución de las normas penales.

Estos principios se hallan en relación a un determinado modelo de estado, un Estado de Derecho social y democrático y, en palabras de Muñoz Conde, “forman un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar el ejercicio del poder punitivo del estatal, constituyéndose como sistema equitativo que ampare nuestros derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y las arbitrariedades”.<sup>32</sup>

Entre los principios limitadores más difundidos en el pensamiento penal contemporáneo, y cuya vigencia o eficacia puede en ocasiones ser puesta en duda

---

<sup>28</sup> En extenso, Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 110 y ss. En su obra el autor hace un examen de las formas en que las legislaciones de diversos países europeos recogen las etapas imperfectas de realización de los delitos, así como las soluciones que adoptan a cuestiones problemáticas que se pueden presentar a su respecto y que están condicionadas por la teoría de la cual son partidarios. Así por ejemplo en el derecho alemán (seguidor de la vertiente subjetiva) se admite el dolo eventual para satisfacer la exigencia del plano subjetivo para tener configurada la tentativa punible al ser las representaciones del actor, el elemento principal para el castigo de la de la misma.

<sup>29</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 265.

<sup>30</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1991. p. 164.

<sup>31</sup> Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º Edición, Ediciones Jurídicas Marcial Pons. Madrid, 1997. p. 852.

<sup>32</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco. Cit Por. Kunsenmüller, Carlos. “Importancia dogmática y político - criminal de los principios limitadores del *ius puniendi*”. *Gaceta Jurídica*. Nº 264, p. 2.

en nuestra legislación con la criminalización y penalidad asignada a ciertas conductas, encontramos:<sup>33</sup>

- a. *Cogitationis poenam nemo patitur*: (el pensamiento no delinque), en la medida que en un ordenamiento de libertades, los pensamientos pertenecen a la esfera constitutiva de la persona y su control, destruiría a la persona libre.
- b. *Nullum crimen, nulla poenam sine lege*: de acuerdo al cual sólo la ley puede establecer las conductas que se consideran delictivas y su penalidad.
- c. *Principio de ofensividad o lesividad*: este principio no se encuentra consagrado expresamente en nuestra Constitución pero puede considerarse un imperativo inherente a la función que le corresponde al derecho penal en un Estado de Derecho. De acuerdo a este principio, el Derecho Penal interviene solamente en casos de amenaza de lesión o peligro y lesión efectiva a concretos bienes jurídicos en la medida que la sanción de conductas que no ataquen a aquellos sería innecesaria, e incluso, desproporcionada o ineficaz, debiendo dejar fuera por tanto del ámbito de protección penal, aquellas situaciones de escasa relevancia que pueden ser controladas por otros medios.
- d. *Principio de proporcionalidad*: principio limitativo de máxima relevancia político-criminal junto al de lesividad, que si bien no goza de una consagración explícita en la Constitución, se entiende implícita en ella en tanto que forma parte de las principales exigencias de racionalidad derivadas del Estado de Derecho. Juega un rol importante en la determinación de la penalidad asignada hechos típicos como consecuencia de que las limitaciones a los derechos humanos, como lo son las penas, deben solamente ser las necesarias en una sociedad democrática. En conformidad a este principio, la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho típico y antijurídico, (cuestión que incluye la entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención entre otros factores), con la finalidad de no sancionar un delito de menor gravedad del mismo modo que otro de mayor relevancia, puesto que así lo exige la eficacia e idoneidad preventiva general de las penas. De lo contrario, se banaliza la protección

---

<sup>33</sup> Estos principios se señalan teniendo en consideración el tratamiento que fija el Código Penal, la doctrina y jurisprudencia a las hipótesis de tentativa y frustración en relación con su establecimiento expreso, respecto de hechos típicos que en principio no son susceptibles de etapas imperfectas (como ocurre con las faltas, específicamente el hurto falta del artículo 494 bis), y la sanción asignada, en cuanto se establece la asimilación de la pena castigando las etapas incompletas de ejecución con las penas establecidas para los mismos delitos consumados. Se realiza además de acuerdo a la exposición que de estos principios hace Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitas S.A. España, 1999. p. 80 y ss. El caso más común de transgresión o restricción de estos principios garantizadores se puede apreciar en el ámbito de la configuración de los delitos contra el patrimonio, específicamente hurtos y robos en los cuales algunos postulados como el principio de lesividad y de proporcionalidad no reciben una cabal reconocimiento en los afanes legislativos que justifica tipos penales en consideraciones político criminales populistas basadas en la inseguridad ciudadana. Véase al respecto, Künsenmuller, Carlos. “Los principios cardinales del ius puniendi a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Revista de Política Criminal*. Nº, 2006. A3, p. 1-14, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>, donde el autor examina la relación entre la regulación propuesta relativa a los ilícitos atentatorios contra la propiedad y los principios cardinales del Derecho Penal, señalando que puede considerarse que el anteproyecto tributa en general un adecuado homenaje a aquellos.

que buscan otorgar otros tipos penales que protegen bienes jurídicos de mayor importancia como la vida o la salud.<sup>34</sup> Como consecuencia, atendido el menor desvalor social del resultado de las formas imperfectas de ejecución, estas deberían ser punibles con una pena menor a la que corresponde al delito consumado.

- e. *Principio de mínima intervención o última ratio*: el derecho penal es el último recurso al cual recurrir, a falta de otros menos lesivos y socialmente más útiles. Este principio se ve afectado por la creación inmoderada de delitos como ocurre en el caso chileno, por considerarse la única medida para lograr la seguridad ciudadana, y se genera, de acuerdo con Cernelutti, una “inflación legislativa” que trae consigo una desvalorización de las leyes penales rebajando su eficacia preventivo general.<sup>35</sup>
- f. *In dubio pro libertate*: según el cual, cuando existan dudas acerca de la consumación de un delito pero hay seguridad de que quedó en grado de tentativa o frustración, debe optarse por estas últimas hipótesis.

## 2. Clasificación de los delitos y *el iter criminis*

La especial estructura de algunos delitos determina la posibilidad de apreciar en ellos la tentativa o frustración o de excluirla. Se puede mencionar entre ellos:

- a. **Delitos dolosos**: constituyen la estructura básica de protección de un bien jurídico y la lesión o resultado que ellos implican, la forma de ataque más grave. Por regla general puede apreciarse el conato.
- b. **Delitos culposos**: no admiten dolo, elemento esencial en la tentativa y frustración ya que la conducta va dirigida a la consumación del delito y en estos ilícitos lo determinante es la culpa, la falta de cuidado que se exige a una persona que realiza una actividad creadora de riesgos. Por tanto, si se empleó el debido cuidado, no hay acto típico y si, por el contrario, no se empleó, entonces hay delito culposo consumado.<sup>36</sup>
- c. **Delitos de omisión**: caracterizados por la infracción de un mandato de obrar. Si se cumple aquel no hay acto típico. Si agotada la oportunidad dentro de la cual debe cumplirse con el acto ordenado por la ley, y por lo tanto no se cumple con el deber, hay omisión consumada por lo que no caben las etapas imperfectas de ejecución.<sup>37</sup>
- d. **Delitos de resultado**: aquellos en que la descripción de la forma consumada incluye la producción de un resultado lesivo condicionado por la ejecución de una acción o por

---

<sup>34</sup> Es lo que ocurre por ejemplo en el delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias que tiene como pena la de presidio mayor en su grado mínimo equivalente a la pena mínima del homicidio simple y superior a la del delito de mutilación.

<sup>35</sup> Cernelutti, Francesco, Cit por Luiz Luis. “El principio de intervención mínima”. En Luiz, Luis. et. al. *Política Criminal y Reforma Penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996. p. 49.

<sup>36</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 288. y en, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1984. p 135. En el mismo sentido, Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 127; Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 165 y 166, escribe: “la tentativa supone un ánimo dirigido a la realización del entero hecho típico y –ya que los delitos culposos son, en su gran mayoría, delitos de resultado- el propósito debe apuntar también al resultado típico”.

<sup>37</sup> Cfr. Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 288.

incurrir en una omisión (como ocurre en los supuestos de comisión por omisión). Estos delitos son susceptibles de presentarse tentados y frustrados.

- e. **Delitos de peligro:** caracterizados por la creación de una situación de amenaza a un bien jurídico protegido y por no exigirse un resultado material. Se trata de hipótesis en las que el legislador ha adelantado la consumación momentos anteriores a la efectiva lesión de un bien jurídico. Sin embargo, a pesar de esta característica -ausencia de resultado material- se sostiene que habrá conato en la medida que la conducta punible es fraccionable material e intelectualmente.<sup>38</sup>
- f. **Delitos de mera actividad y de propia mano:** aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente, sin que se requiera la producción de un resultado material, considerándose consumados cuando ha finalizado la ejecución de la acción típica. Hay tentativa propiamente tal del mismo modo que en los delitos anteriores, en tanto las conductas sean fraccionables, pero es difícil en ellos admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que se consideren consumados, como por ejemplo en las agresiones sexuales, la violación, por lo que la doctrina descarta la frustración.<sup>39</sup>

### 3. Penalidad de estas figuras

La penalidad asignada a las figuras de ejecución imperfecta va a estar determinada según el modelo de justificación de la punibilidad que se adopte. De este modo, según el modelo subjetivo, al que le basta la persecución del ánimo rebelde o peligroso, la tendencia va a ser la equiparación de las penas del delito consumado y la tentativa en la medida que el dolo del sujeto activo es el mismo en uno y otro caso al estar dirigido a la consumación del delito. El modelo objetivo en cambio, aboga por una penalidad inferior o atenuada respecto del delito consumado debido a que en la tentativa o frustración no se concretó la lesión al bien jurídico.

El Código Penal Chileno hace punibles, mediante una fórmula general contenida en su artículo 7º, la tentativa y frustración de crímenes y simples delitos, excluyendo en su artículo

---

<sup>38</sup> Así Politoff, S. *Texto y Comentario...* p. 76; señala como ejemplo el artículo 314 Código Penal y también en *Los actos preparatorios...*, p. 20, donde acepta la posibilidad de su existencia como hipótesis raramente concebibles cuando el proceso de excusión del delito respectivo sea fraccionable. La Excma. Corte Suprema en la sentencia de 04.01.2001, Rol N° 2635-2000 acoge este argumento en su considerando 4º señalando que tratándose de un delito de peligro y de mera actividad cuya conducta sea compleja y por tanto fraccionable, cabe la tentativa en el sentido del artículo 7º CP. En contra, Guzmán Dalbora, José Luis. *Estudios y Defensas Penales*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005. p. 56; señala que en todo delito de peligro la ley anticipa la tutela jurídico penal a un punto de tensión dictado por la probabilidad del evento perjudicial de modo que no se puede retroceder aún respecto de ese punto, bajo pena de reducir la probabilidad a una posibilidad y agrega que, preocuparse de las mínimas probabilidades de amenaza, golpearía fuertemente a la libertad humana anticipando con exceso el umbral de punibilidad.

<sup>39</sup> Cfr, *Ibíd.* Asimismo Cury, E. *Derecho Penal...*, p. 565; plantea la posibilidad de la tentativa en delitos de mera actividad con estructura compleja, cuyo desarrollo progresivo pueda verse interrumpido. En doctrina comparada, Muñoz Conde, F. *Teoría General...* p. 169; señala que la configuración objetiva de la frustración impide apreciarla en estos delitos, ya que es difícil la realización de todos los actos ejecutivos sin que el resultado se produzca e indica como ejemplo el delito de violación. Véase en contra de estas posiciones la SCS. con de 10.10.2006, Rol N° 2287-2005 que admite la frustración para los abusos sexuales.

9º las faltas, que solo se castigan consumadas.<sup>40</sup> Se estiman además excluidas todas aquellas figuras típicas que conceptualmente no admiten estas etapas como los delitos culposos y otros ya señalados.

En conformidad al inciso 2º del artículo 50 del mismo cuerpo legal, “siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

Partiendo de la pena asignada al delito consumado, nuestro Código Penal reconoce la menor reprochabilidad de estas conductas que no implican la completa ejecución de las actividades destinadas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido<sup>41</sup> y atendiendo al modelo objetivo y a la tradición jurídica liberal a la que adhiere nuestro derecho penal a este respecto, señala en los artículos 51 a 54 las penas asignadas a los crímenes y simples delitos que se encuentren en grado de tentativa o frustración. Distingue además entre los grados de participación del sujeto activo (autor, cómplice o encubridor), asignando penas que van desde el grado inmediatamente inferior a la correspondiente para el delito consumado en caso del autor de crimen o simple delito frustrado hasta una pena inferior en cuatro grados en caso de encubridores de tentativa.

Por otro lado, el artículo 55 CP establece que esas penas (artículos 51 a 54) están establecidas sin perjuicio de los casos en que los distintos grados y partícipes de un crimen o simple delito tengan otra pena especialmente asignada por ley. De esta forma el Código Penal castiga además la tentativa en otras disposiciones asignado a ciertos delitos una penalidad especial diversa a la ya señalada. Entre esos casos encontramos los artículos 169, 177 y 191 en los cuales la tentativa se castiga con el *mínimum* de la pena establecida para el delito consumado y el artículo 450 CP, de acuerdo al cual el robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza en las cosas que se encuentren en grado de tentativa se castigan con la pena de un delito consumados.

#### 4. Carácter subsidiario del artículo 7º del Código Penal

La tentativa y frustración están contenidas en el artículo 7º del CP mediante una fórmula general, que por técnica de economía legislativa se adelanta al problema que se

---

<sup>40</sup> Sin perjuicio del artículo 494bis introducido por la Ley N° 19950 que hace punible la tentativa y frustración de la falta de hurto según las reglas generales y cuyo tratamiento será específico más adelante. Cury Urzúa, E. *Derecho Penal...* p.573, señala, en relación al artículo 9º, que hay casos en que la tentativa de falta es concebible pero permanece impune por la inexistencia del correspondiente tipo subordinado que la aprehenda, es decir, resulta atípica. En el mismo sentido, Garrido Montt, Ob. Cit, p. 287, y Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...* p. 127, que señala que si bien pueden existir una u otra figura respecto a las faltas (art. 494 n° 5 y n° 19), ha sido el legislador quien por razones político criminales ha estimado innecesaria la pena para hechos tan leves, cuando ellos no alcanzan su consumación.

<sup>41</sup> Al contrario de la tendencia denominada Derecho Penal de voluntad modelos subjetivos de fundamentación de la punibilidad de la tentativa, en las cuales se pretende la asimilación completa de la tentativa y la consumación para efectos de su penalidad, puesto que se consideraba que ambas etapas constituían una violación al deber de obediencia al Estado y una rebelión de la voluntad del delincuente contra la ley de modo que la reacción punitiva del Estado debía descargarse sobre él, con toda su energía. Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 109.

presentaría al colocar junto a cada tipo penal consumado, estas etapas imperfectas de ejecución, cuestión que resultaría “fatigosa y casuística”.<sup>42</sup>

La ley configura entonces los tipos subordinados y no autónomos de tentativa y frustración (“ya que no protegen un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino el mismo al modo de una fórmula de extensión de la pena”)<sup>43</sup> cuya aplicación va a quedar condicionada a que el sujeto activo no haya consumado el hecho delictivo o haya dado al menos comienzo a la ejecución de aquél sin concluir con ella (punibilidad en forma subsidiaria). De lo contrario, todas estas hipótesis no serían punibles considerando, en primer lugar, que las figuras típicas de la Parte Especial del Código Penal y otras leyes están descritas como consumadas (artículo 50 inciso 2º CP) y sin mediar esta autorización, la sanción punitiva no se podría extender a aquellas sin quebrantar el principio *nullum crimen sine lege*; y en segundo lugar, que la consumación del delito trae aparejada la consunción de las etapas anteriores encaminadas a su ejecución conforme a las reglas del concurso aparente de leyes.

Novoa Monreal, señala que la tentativa debe considerarse por tanto, como un “dispositivo amplificador del tipo” por la vía de una descripción genérica complementaria, donde la punibilidad de la tentativa va a requerir la combinación de dos preceptos penales: el tipo fundamental (autónomo o principal), contenido en la parte especial, y el ampliatorio a las formas incompletas contemplado en el artículo 7º, que no agrega nuevos requisitos a los primeros, sino que sólo extiende la tipicidad a “etapas del desarrollo de los hechos que conducen a dichos tipos, aun antes de su total realización”.<sup>44</sup>

Es así que siempre se va a hablar de “tentativa de” tal crimen o simple delito o que éste se encuentra frustrado y no van a aparecer como formas autónomas, sin perjuicio de ciertas excepciones en que se eleva al carácter de delitos autónomos ciertas hipótesis de tentativa.<sup>45</sup>

Como consecuencia de este carácter subsidiario es que, como Politoff señala, conforme el principio de consunción si tras una o varias tentativas fracasadas se alcanza la consumación, aquellas se absorben como hechos anteriores copenados.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Cury Urzúa, E. *Derecho Penal...*, p. 551.

<sup>43</sup> Hazewinkel-Suringa/Remmelink. Cit. Por Politoff, S. *Los actos preparatorios...*, p. 148.

<sup>44</sup> Cfr. Novoa Monreal, E. *Curso de Derecho...*, p. 109. También Mañalich Raffo, Juan. Ob. Cit. p. 461. En contra, Garrido Montt, M. *Etapas de ejecución...*, p. 45, plantea que no se puede hablar de extensión del tipo penal puesto que está constituido no sólo por la figura consumada sino también por la intentada. Así por ejemplo, homicidio no es únicamente causar la muerte de otro sino que además realizar los actos para ello en la medida que el delito constituye un proceso conductual y no un instante de él. Asimismo Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5º edición. Editorial Reppertor, S.L. Barcelona, 1998. p. 326. subraya que las etapas imperfectas son tipos penales distintos y no formas de aparición del delito. En relación al carácter subordinado, Cury Urzúa, Ob. Cit. p.551; señala que el carácter subordinado de los tipos imperfectos se debe a que “se hallan contruidos como esquemas vacuos que sólo adquieren significado al ser puestos en relación con uno de los tipos de consumación”, es decir, uniéndolos a un tipo autónomo como son los descritos en la Parte Especial.

<sup>45</sup> Por ejemplo los casos que se pueden encontrar en la Ley 20.000 de 16 de Febrero de 2005: la elaboración de sustancias prohibidas (art. 1º) y cultivo de especies vegetales que las producen (art. 8º).

<sup>46</sup> Politoff, S. *Texto y Comentario...*, p. 79.



## 5. La tentativa y la frustración en el Anteproyecto del nuevo Código Penal

El anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal convocada por el Gobierno a través del Ministerio de Justicia para reformar integral y globalmente la decimonónica legislación que constituye el actual CP (vigente desde 1875), recoge en su artículo 5º, los diversos grados del conato y dispone:

*“Además del delito consumado, es punible el crimen frustrado o tentado. El simple delito frustrado o tentado es punible cuando la ley lo disponga especialmente.*

*Hay delito frustrado cuando el sujeto pone de su parte todo lo necesario para que se consume, pero esto no se verifica.*

*Hay delito tentado cuando el sujeto da principio a su ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.*

*Está exento de pena por el delito tentado o frustrado quien se desiste de su ejecución o impide la producción del resultado.”*

En esta nueva redacción del artículo 7º del actual CP que en el anteproyecto pasa a ser el artículo 5º, se pueden apreciar las siguientes características:

- a) Se mantiene la distinción entre tentativa y frustración de modo que no se sigue la línea de los códigos consultados para la elaboración del anteproyecto (Código Penal de Alemania, España, Italia, entre otros), en los que se aprecia una supresión formal de estas etapas.<sup>47</sup>
- b) Limitación de la tentativa y frustración a delitos de cierta gravedad: el artículo 5º señala que, con carácter general, es punible el **crimen** tentado o frustrado, es decir, aquellos delitos cuya pena sea superior a cinco años de presidio, reclusión, relegación o extrañamiento mayores, penas perpetuas y la inhabilitación absoluta o especial para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares; agregando que los **simples delitos**, aquellos cuya pena es superior a 61 días, pero inferior a 5 años de presidio, reclusión, relegación y destierro o contemplan la suspensión de un cargo u oficio público o profesión titular, son punibles en aquellos casos en que la ley lo disponga especialmente.

Se marca entonces una diferencia con la redacción de la fórmula general contenida en el artículo 7º inciso 1º del actual Código Penal que hace punibles todos los crímenes y simples delitos de la Parte Especial y leyes especiales. Una de las razones para limitar los tipos susceptibles de etapas imperfectas puede estar en dejar reservada la ampliación de la potestad punitiva del Estado solo a los delitos más graves como son los crímenes, por la penalidad que estos llevan asignada e imponerla solo excepcionalmente a los delitos más leves. En relación a

---

<sup>47</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. *Revista de Política Criminal*. N° 1, D2, p. 106, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>. En este documento pueden apreciarse las observaciones presentadas por los integrantes de la Comisión Foro Penal tanto por el rechazo de la distinción como por su mantenimiento. Asimismo, las relacionadas con otros puntos importantes como definición, requisitos, desistimiento y tratamiento penal de las etapas del iter criminis en cuestión., p. 105-124.

este punto, en los Materiales de Discusión consta que “se limita entonces la punibilidad genérica de las etapas de desarrollo del delito únicamente a los crímenes, permitiéndose para simples delitos sólo con norma expresa”.<sup>48</sup>

En cumplimiento del mandato que establece el artículo 5° en análisis, en el Anteproyecto se puede encontrar, por ejemplo, el artículo 90 que dispone: “La tentativa y la frustración de los simples delitos de lesiones comprendidos en los artículos 85, 86, y en el número 2° del artículo 87 son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último”, estableciendo expresamente la punibilidad de la tentativa y la frustración con una cláusula de subsidiariedad expresa aplicable a las lesiones de menor gravedad.<sup>49</sup> Una similar disposición se incorpora en el Título II del Libro II en relación al delito de aborto, donde el artículo 95 señala: “La tentativa y la frustración de los simples delitos comprendidos en los artículos anteriores de este párrafo son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último”.<sup>50</sup>

- c) en relación al delito frustrado, el Anteproyecto dispone que tal figura va existir cuando el actor “haya puesto todo de su parte para que el delito se consuma, pero este no se verifica” sin agregar el requisito presente en la redacción del actual Código Penal de acuerdo al cual, la no producción del resultado o realización completa del tipo penal, tiene que aparecer como consecuencia de causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Esta circunstancia puede ser consecuencia del hecho que, si bien es fundamental para la existencia del delito frustrado, que el resultado típico no se produzca por causas independientes de la voluntad del sujeto, si este no se alcanza por un acto voluntario, no habrá delito en la medida que opere una circunstancia de exclusión de la punibilidad como lo es el desistimiento, o mas bien en el caso de la frustración, el arrepentimiento activo. De este modo, aunque no se exprese en la norma, dogmáticamente se entiende implícito aquel requisito, en conformidad además, con lo que expone el inciso siguiente del mismo artículo que supone la introducción integral de una norma sobre desistimiento.
- d) Agrega en su inciso tercero una causa de exclusión de la pena, tanto como consecuencia del desistimiento en la ejecución del delito, eso es, la cesación voluntaria de la realización de la acción iniciada, como por la evitación de la producción del resultado lesivo, aclarando de este modo, las condiciones que favorecen para que opere tal excusa legal absolutoria, en especial en lo tocante al delito frustrado, donde, si bien la doctrina tenía claro que no bastaba un simple dejar de hacer -como ocurre en la tentativa- en tanto esa pasividad desemboca en la producción del resultado perseguido inicialmente, la disposición actual nada dice al respecto.

---

<sup>48</sup>Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor. *Materiales de Discusión...*, p. 108.

<sup>49</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor. “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal”. *Revista de Política Criminal*. N° 1, D1, p. 1-92. disponible en <http://www.politicacriminal.cl>

<sup>50</sup> *Ibíd.*

- e) Se elimina la referencia a la proposición y conspiración para delinquir contenidos en el actual Código Penal en su artículo 8º y que, como se señaló anteriormente, consisten en actos preparatorios expresamente sancionados, trasladando su tratamiento a delitos concretos entendiendo que, por tratarse de casos excepcionales, ello ha de hacerse en los delitos para los cuales eventualmente se prevean.<sup>51</sup> Así por ejemplo en el Título XVI relativo a los delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado artículo 404 que señala: “En los casos de los cinco artículos precedentes el delito frustrado se castiga como si fuera consumado, la tentativa con la pena inferior en un grado a la señalada para el delito, la conspiración con la inferior en dos grados y la proposición con la de reclusión menor en cualquiera de sus grados”.

## **CAPITULO SEGUNDO: ANALISIS DOGMÁTICO DEL ITER CRIMINIS DE DELITOS RELEVANCIA PRÁCTICA**

### **1. Delitos contra la propiedad**

#### 1.1 El hurto

##### 1.1.1 Consumación

Una de las cuestiones de más complejidad y que más discusión ha generado, es la determinación del momento consumativo del hurto, es decir, aquel en que puede considerarse perfecta la apropiación, reconociendo cuatro posiciones al respecto:

a) *contrectatio*, tocamiento o aprehensión de la cosa de acuerdo a la cual es suficiente para fijar el momento consumativo tomar la cosa e incluso tocarla.

b) *amotio*, según la cual para que exista consumación basta remover la cosa de un lugar a otro, sin que sea necesario sacarla del medio físico en que se encuentra.

c) *ablatio* o extracción de la cosa, habrá delito consumado desde el momento en que la cosa se ha movido de un lugar a otro de modo que es sacada de la esfera de protección en que se encontraba;

d) *illatio* o aprovechamiento: para la cual es necesario que el sujeto lleve la cosa al lugar que originalmente pensaba destinándola o utilizándola en el provecho perseguido. Esta posición puede identificarse con la teoría de la disponibilidad.<sup>52</sup>

La primera posición es criticada por anticipar demasiado el momento consumativo.<sup>53</sup> La segunda, *amotio*, del mismo modo que la anterior, impediría determinadas hipótesis de desistimiento, al ser suficiente la remoción la cosa de un lado a otro para entender consumado el delito. La cuarta posición se rechaza también, por ser en extremo subjetiva, al confundir la consumación del delito con la obtención de los beneficios perseguidos por el agente lo que trae como consecuencia que hay que estarse a las intenciones de este último para determinar

---

<sup>51</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor. *Materiales de Discusión...*, p. 108.

<sup>52</sup> Etcheberry, A. *Derecho Penal...*, t. III, pp. 296 y ss; Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, p. 165; Politoff, S. *Lecciones...*, p. 309.

<sup>53</sup> Etcheberry, A. *Derecho Penal...*, t. III, p. 297; apunta que tenía su origen en el derecho romano debido a la inexistencia de los tipos tentados.

aquella, en circunstancias que el delito se encuentra ya consumado para la víctima con independencia de los fines del sujeto activo. Garrido Montt es partidario de esta posición al destacar la insuficiencia, que para la consumación significa, el hecho de sacar la especie de la esfera de resguardo del dueño siendo necesario además que se esté “en condiciones de disponer de ella, siquiera una instante”.<sup>54</sup> En el sentido de esta teoría de la disponibilidad, el apoderamiento precisa la configuración de una situación fáctica que permita al autor aprovecharse de las facultades que le otorga el dominio para estimar consumado el delito de tal manera que si no existe esa mínima disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo cabe la condena por tentativa.<sup>55</sup> Esta situación no se constituiría por ejemplo, producto del mero ocultamiento de las especies en las ropas del sujeto al interior de un establecimiento de comercio ya que si bien objetivamente permitiría considerar la creación de una nueva esfera de custodia en poder del agente (lo que se denomina esferas superpuestas;<sup>56</sup> una del establecimiento y otra del particular), en tanto no pueda ejercer actos materiales de disposición como propietario, el delito no se considera consumado.

La disponibilidad como elemento central de la consumación, permitiría concebir hipótesis de hurto frustrado como el caso del que huye del lugar con las especies pero es aprehendido por el dueño de estas, puesto que, si bien el sujeto sacó las cosas de la esfera de custodia de su propietario, no pudo disponer de ellas.

La posición que cuenta con más adherentes en el ámbito nacional es la de la *ablatio*, que se vale de concepto amplio de esfera de resguardo o custodia y que puede variar de acuerdo a las circunstancias, como por ejemplo un automóvil o una casa. Esta posición, destaca Etcheberry<sup>57</sup>, tiene el mérito de servir para establecer la línea divisoria entre los actos preparatorios y la tentativa en los términos de que habrá comienzo de ejecución toda vez que se penetre en la esfera de custodia o resguardo del titular de la cosa. Asimismo, Bascuñan, señala que “la tesis de la *ablatio* como momento consumativo coincide con esta apreciación en todos los casos en que la custodia se entiende ejercida sobre un determinado ámbito espacial, y se entiende que esa custodia perdura mientras la cosa permanece en ese ámbito”.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Garrido Montt, M. Derecho Penal..., p. 165, sostiene además que es de la naturaleza del hurto la apropiación de una cosa arrojándose las facultades inherentes al dominio, siendo fundamental entre ellas, la facultad de disposición. Luego, siguiendo la opinión de Mezger, el autor señala que la consumación de la sustracción supone dos actos: el quebrantamiento de la custodia y la constitución de una nueva en poder del agente en condiciones que este pueda disponer del bien. p. 150.

<sup>55</sup> Cfr. Kahlo, Michael. cit. por Carnevali, Raúl. *Criterios para la punición...*, p. 15.

<sup>56</sup> Son partidarios de reconocer esta posibilidad Ramírez, María Cecilia. “La frustración en los delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia. Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, 2005, p.140. nota 20 y Etcheberry, A. *Derecho Penal...*, t. III, p. 299.

<sup>57</sup> Cfr. Etcheberry, A. *Derecho Penal...*, t. III, p. 298.

<sup>58</sup> Bascuñan Rodríguez, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. En *Comentario de la Jurisprudencia del año 2003*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Legis. Número 1. Bogotá, 2004, p. 300.

### 1.1.2 *Iter criminis*

Este delito es reconocido como un delito de mera actividad o emprendimiento de modo que solo admite dos etapas de desarrollo, la tentativa propiamente tal y la consumación.

Si bien la exclusión de etapas frustradas para el delito de hurto como consecuencia que este constituye un delito de mera actividad, se podía considerar una cuestión clara desde un punto de vista doctrinal, la incertidumbre en la determinación de cuándo se consideran consumados estos ilícitos penales, ha llevado a que en la práctica aumente la persecución y sanción de tipos imperfectos, especialmente en los relacionados con la llamada pequeña delincuencia patrimonial, en específico, los delitos de hurto cometidos grandes tiendas comerciales y en establecimientos de autoservicio (como son los supermercados). Es en estos recintos que por sus especiales características permiten la concurrencia de numerosos consumidores (donde los sistemas de control social y sistemas de prevención son más eficaces porque consiguen detectar la ejecución de delitos antes de su consumación), en los cuales se plantea el problema de determinar el momento consumativo, tomando en cuenta las posiciones sostenidas por la doctrina, pero aplicadas al caso. La discusión gira en torno al momento y circunstancia que determina el apoderamiento, estos son, en primer lugar, el traspaso de la denominada “línea de caja”, entendida como el límite de la esfera de custodia del dueño de la cosa, (que en este caso son los mismos establecimientos comerciales encargados, además, de establecer este límite y el momento en que el cliente debe manifestar su intención de adquirir un producto). En segundo lugar la creación de una nueva esfera de resguardo en la persona del sujeto activo y, en tercer lugar, las condiciones que precisa esta última para considerarla constituida, en especial la relativa a la facultad de disposición de modo tal que habilite al autor para poder comportarse de una manera similar al propietario de la cosa.

La discusión relativa a la consumación de los delitos cometidos en estos establecimientos, gira entonces, en torno a si resulta suficiente el traspaso de la cosa de una esfera de custodia a otra en poder del agente, de acuerdo a la posición mayoritaria en la doctrina chilena seguidora de la *ablatio*, o se requiere algún otro factor o elemento como sería la posibilidad de disposición de la misma, como sería recurrir a la teoría de la *illatio* o de la disponibilidad de la cual es partidario Garrido Montt y en la cual se han basado los tribunales para considerar algunos hurtos como frustrados.

Hoy en día, la posibilidad de concebir un hurto frustrado tiene un argumento legal con la introducción de la figura del hurto – falta del artículo 494 bis del Código Penal, por la Ley N° 19.950 que aumenta sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación<sup>59</sup>, del 5

---

<sup>59</sup> Un examen de las criticables consecuencias político criminales de las modificaciones introducidas por esta ley en materia de hurto, entre las cuales destaca la inobservancia de principios limitadores del ius puniendi tales como el principio de lesividad y de proporcionalidad, el castigo de las etapas ejecutivas anteriores a la consumación de delitos de bagatela, el adelantamiento de la barrera de protección penal, puede verse en Oliver Calderón, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto – falta”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI. Semestre I. Valparaíso, 2005. pp. 295 – 397.

de Junio de 2004, artículo que sanciona penalmente la etapas ejecutivas anteriores a la consumación de esta falta, es decir, la tentativa y la frustración al señalar en su inciso final: “se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7º”, adelantando la intervención punitiva del Estado en donde no se aprecia – como señala Carnevali<sup>60</sup> – un peligro cierto respecto de algún interés jurídico, alterando las reglas generales relativas a la punibilidad en estos delitos, en la medida que, según el artículo 9º, se castigan solo cuando se encuentren consumadas, siendo impunes las etapas de desarrollo anteriores a ésta y estableciendo por tanto una excepción al resto de las faltas contempladas en el Título I del Libro III del Código Penal.

Una de las razones para las modificaciones introducidas por esta ley fue el hecho que en la jurisprudencia, para la consumación del hurto, se exigía que el sujeto activo tuviera, siquiera por un instante, la posibilidad de disposición de la cosa objeto del delito, de modo que en todos aquellas situaciones en que quienes sustraían especies de supermercados o tiendas comerciales sin pagarlas, siendo aprehendidos portando aquellas después de traspasar las cajas registradoras o de abandonar el edificio ocupado por el establecimiento comercial, los tribunales apreciaban una tentativa de hurto o hurto frustrado, que en el caso de ser de un valor inferior a una unidad tributaria mensual (UTM), constituía un hurto – falta sancionado conforme al artículo 494 N° 19 por lo dictaban fallos absolutorios, en consideración que las faltas, sólo se castigan cuando han sido consumadas.<sup>61</sup>

Entre las críticas formuladas a este precepto por la doctrina, se encuentra el relativo a errada técnica legislativa empleada por el legislador que se traduce en la infracción del principio de legalidad de las penas referido tanto a la descripción típica del hecho como la de la sanción, en la medida que el legislador, al penalizar las etapas ejecutivas en cuestión, habría incurrido en la omisión de establecer sanción para aquellas, lo que traería como consecuencia, la inaplicabilidad del artículo en lo que a la sanción de estas etapas se refiere. La razón se encontraría en el hecho que si bien en el precepto se señala que la tentativa y la frustración se castigan de acuerdo al artículo 7º, los artículos que regulan la penalidad de las etapas imperfectas, estos son, los artículos 51 a 54 del Código Penal, solamente resultan aplicables a los crímenes y simples delitos pero no a las faltas. La acogida de este argumento en los tribunales ha llevado a la presentación de tres proyectos de ley al Congreso con el objetivo de “salvar” esta omisión.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Véase, Carnevali Rodríguez, Raúl. “¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, *La Semana Jurídica*, número 192. 2004. p. 11, Este autor pone de manifiesto el carácter de delitos de bagatela del que forman parte el hurto – falta y la vulneración del principio de lesividad en que se incurre con la introducción de esta figura.

<sup>61</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 299.

<sup>62</sup> SCS de 20.04.2005, rol 5990-2004 y recientemente SCS de 26.04.2006, Rol N° 889 – 06. Véase además Carnevali Rodríguez, Raúl. *Criterios para la punición...*, p. 3, con nota de los boletines N° 3867-07, 3931-07, 3969-07. El Proyecto de Ley que consta en el Boletín N° 3867- 07 del Congreso Nacional, que modifica la Ley 19.950 estableciendo la pena a aplicar para el hurto falta en grado de frustrado, señala entre sus fundamentos, la necesidad de sancionar en forma expresa y conforme a la regla general estos grados de iter criminis, frustrado y tentativa. Esta moción parlamentaria se transformó finalmente en la Ley N° 20.140 publicada el día 30 de Diciembre de 2006 que sustituye el artículo 494 bis del Código Penal y señala en su inciso segundo: “la falta de

## 2. Figuras de robo calificado. Robo con homicidio

### 2.1 Consumación

Se trata de un delito complejo en el cual es interesante la determinación de la línea divisoria entre los actos preparatorios y la tentativa ya que si para esta última se requiere dolo directo, hay que destacar que en el robo con homicidio, el dolo debe cubrir ambos delitos. La consumación del delito requiere la consumación completa tanto de la apropiación como del homicidio concretándose por tanto todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

### 2.2 *Iter criminis*

Los delitos de robo con homicidio o con violencia en las personas en general, son figuras de resultado o materiales de modo que pueden encontrarse en grado tentado o frustrado.

En la medida que acá el homicidio es el medio violento por el cual se obtiene la apropiación de la cosa (conexión ideológica entre los delitos), si se ha comenzado a ejecutar ésta pero no el homicidio (suponiendo la presencia de violencia o intimidación destinadas a obtener la manifestación de la cosa pero no la de dolo de matar) o bien, respecto de este, solo existe dolo eventual, no hay tentativa de robo con homicidio sino que robo simple. Por el contrario, cuando, existiendo el elemento subjetivo señalado, es decir la vinculación subjetiva del autor -en el sentido que la muerte es el medio para obtener la apropiación- y el dolo sobre ambas conductas, pero falta algún acto correspondiente a cada uno de los delitos o a solo uno de ellos, como ocurre en el caso en que para obtener la cosa se ha dado comienzo a la ejecución del homicidio o bien los que este ya se produjo sin dar comienzo a la ejecución de la apropiación, habrá tentativa de robo con homicidio. De este modo se ha señalado: “la tentativa de robo con homicidio puede construirse con la realización acabada de la muerte con ese mismo propósito” ejecutando completamente una de las dos acciones del delito e incluso, “puede llegarse dentro de la tentativa, al comienzo de ejecución de la apropiación”.<sup>63</sup>

Luego, si las acciones ejecutadas por el sujeto activo no se concretan en la apropiación y homicidio por causas independientes de la voluntad de aquél, el delito quedará en grado frustrado.

---

que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada” agregando además una norma aplicable para los caso de reincidencia, en los cuales la multa se aumenta al doble.

<sup>63</sup> Vivanco S, Jaime. *El Delito de Robo con Homicidio. Ensayo de una interpretación a la luz de la doctrina del tipo*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000. p. 87.

### 3. Disposiciones relacionadas con el *iter criminis* en materia de delitos contra el patrimonio

#### 3.1 Artículo 444 CP

El artículo 444 del CP contiene una presunción legal de tentativa de robo respecto del sujeto que sea sorprendido en las circunstancias que la norma señala.<sup>64</sup> Para su aplicación se requiere que el sujeto sea sorprendido dentro del lugar habitado, esto es, que haya penetrado materialmente en los lugares indicados empleando alguno de los medios de ejecución señalados en la norma.

Esta presunción solo opera tratándose delitos de robo con fuerza en las cosas cometidos lugares habitados o destinados a la habitación y sus dependencias.

En relación a su penalidad, el artículo 450 inciso 1° CP señala que la tentativa de algunas modalidades de robo, entre las que se encuentra la referida por el artículo 444 CP ya indicada, se castigan como figuras consumadas de modo tal que la pena no se determinaría según las normas generales, estas son, la que permitirían la rebaja en dos grados, sino que se aplicaría la pena del delito consumado correspondiendo por tanto imponer como mínimo una pena de crimen. En relación a este punto, en la doctrina nacional se ha señalado, que al constituir los hechos descritos en el artículo 444 del CP, una presunción legal de tentativa, esta ya significaría una situación excepcional de modo que “imperativamente” tales hechos deben ser castigados como tentativa sin hacer aplicación al artículo 450 inciso 1° del mismo cuerpo legal.<sup>65</sup>

Por el contrario, se sostiene que el artículo 444 CP no establece nada nuevo referente al grado de desarrollo del delito sino que solamente da por supuesta la introducción del agente en la morada ajena con la intención de apropiarse de objetos que se encuentre en su interior, presumiéndola legalmente, ya de no existir esta norma, la situación puede ser perfectamente encuadrada dentro de los supuestos de tentativa del artículo 440 CP.<sup>66</sup> Este planteamiento puede resultar discutible considerando que el artículo 444 CP da por supuesta la existencia de dolo de robar pero en base a hechos objetivos como es el ingreso al lugar. De este modo, si no se logra acreditar la intención señalada, no se puede ir directamente a subsumir los hechos en el artículo 440 CP ya que pueden ser constitutivos solamente de una violación de morada del artículo 144 CP.

---

<sup>64</sup> Art. 444 CP: “Se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”.

<sup>65</sup> Garrido Montt, M. Derecho Penal..., p. 241.

<sup>66</sup> De la Fuente Hulaud, Felipe. “Delitos contra bienes instrumentales” *Comentario de la Jurisprudencia del año 2004.*”. Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. N° 2. Editorial Legis. Bogotá, 2005. p. 576.



### 3.2 Artículo 450 inciso 1° Código Penal

El artículo 437 originario imponía la pena del delito consumado para la tentativa de robo con violencia o intimidación calificado, en caso de cometerse el delito adicional constitutivo de la calificante. Luego, el artículo 450 inciso 1° CP fue incorporado por la Ley 11.625 de 1954<sup>67</sup> derogando el artículo 437 y modificado luego en su texto por la Ley n° 17.727 de 27 de septiembre de 1972, y señala: “Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en N° 9 grado de tentativa” estableciendo una regla de equiparación de la penalidad para los delitos de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, el robo con violencia o intimidación en las personas en sus distintas variedades, el robo por sorpresa, el de piratería y el de extorsión.

Para el resto de los delitos de apoderamiento por enriquecimiento no comprendidos en el artículo, es decir, el hurto en sus diversas variedades y en el de robo con fuerza en las cosas que no sean las del artículo 440, se aplican las reglas generales relativas al *iter criminis*.

Este artículo ha sido objeto de una discusión respecto a su aplicación a los casos concretos por ser considerado un precepto inconstitucional y diversos autores han planteado sus opiniones para la solución del conflicto. Uno de los puntos de objeción de esta norma es su funcionalidad desde un punto político criminal que estaría dado por la contravención que significa al principio de proporcionalidad de las penas vinculado a la adecuación entre la magnitud del injusto típico y la magnitud de la respuesta penal del Estado ya que al individuo que incurrió en una tentativa de robo o cuyo accionar se vió frustrado, se le impone la pena de una etapa del *iter criminis* que nunca se perfeccionó en la realidad (la del delito consumado), utilizando una “consumación irreal” para graduar la pena aplicable.<sup>68</sup>

En un principio, como destaca Mera Figueroa<sup>69</sup>, las penas asignadas a los delitos de robo eran razonablemente proporcionadas y guardaban correspondencia con otras figuras típicas de mayor o menor gravedad. Así, señala este autor, el robo calificado tenía una pena, que si bien era elevada, era menor a la correspondiente al homicidio calificado, cuestión que hoy no se aprecia en cuanto las penas asignadas al primero, parten de la misma base y sobrepasan el límite superior del segundo.

Garrido Montt pone de manifiesto en primer lugar, la inconveniencia de la norma tanto desde un punto de vista político criminal como desde uno dogmático en relación a la naturaleza de la disposición, en la medida que, en primer lugar, el precepto altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas, ya que a las hipótesis de imperfecta ejecución, tradicionalmente les ha correspondido una pena inferior a la asignada al delito

---

<sup>67</sup> Esta disposición, que establecía igual equiparación a la contenida actualmente, era criticada por su carácter amplio en la medida que se refería al hurto y robo con carácter general, aumentando desmesuradamente la penalidad sin justificación político criminal alguna, tal como lo hace ver Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. T.III, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998, p. 357.

<sup>68</sup> Kunsenmüller, Carlos. “*Importancia dogmática y político – criminal*”..., p. 5.

<sup>69</sup> Mera Figueroa, Jorge. *Hurto y robo*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile, 1995. p. 39.

consumado, y en segundo lugar, el desequilibrio, en cuanto a las sanciones se refiere, que trae su aplicación práctica, considerando que la determinación de aquellas debería quedar entregada a la apreciación del tribunal que tiene un mejor conocimiento de las circunstancias de cada caso y cuya valoración es importante.<sup>70</sup>

Para este autor, la naturaleza de la regla implica que las fases de tentativa propiamente tal y de frustración desaparecen, pero solamente para efectos de su sanción, cuestión que evita las críticas que podrían plantearse si se pensara que tales etapas fueran llevadas a ser consideradas una consumación del delito mediante la regla en cuestión.

En relación a este último punto y en el mismo sentido, Politoff, quien también hace presente el carácter reprochable de la norma desde un punto de vista político criminal, sostiene, que el artículo 450 inciso 1° del CP solo significa una equiparación de los conceptos que involucra, esto es, que se castigará por el delito tentado con las penas del consumado.<sup>71</sup> Sin embargo, al contrario que el autor anterior, plantea que la asimilación de penalidades no implica una modificación a las reglas generales sino que ello corresponde a un caso especial frente a los artículos 50 y siguientes CP, tal como lo autoriza el artículo 55 que dispone: “Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.

Sin embargo, este debate se ha dado principalmente en los tribunales de justicia y ha sido estos los encargados de dar la respuesta definitiva en base a los argumentos esgrimidos para fundamentar su impugnación. Esta discusión ha girado esencialmente en torno a dos puntos: el carácter de presunción de responsabilidad penal que significaría la norma y la infracción del mandato de determinación de los tipos penales derivado del principio de legalidad en que ella incurriría.<sup>72</sup>

### 3.2.1 Presunción de derecho de la responsabilidad penal

La prohibición de establecer presunciones de derecho de la responsabilidad penal se encuentra consagrada en el artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR que dispone: “ la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

---

<sup>70</sup> Cfr. Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 253.

<sup>71</sup> Cfr. Politoff, Sergio. et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2004, p. 379.

<sup>72</sup> Otros principios limitadores al ius puniendi cuya vulneración se puede plantear con esta norma son los de lesividad y como se señaló, el de proporcionalidad. Para un examen más detallado en base a fallos de la Excm. Corte Suprema del año 2004, véase al respecto: De la Fuente Hulaud, F. *Delitos contra bienes instrumentales...*, pp. 575 – 594. En la jurisprudencia por ejemplo: SCS. 22.07.2003, Rol N° 1800; SCS. 19.10.2005, Rol N° 2.430-05, SCS. 25.01.2005, Rol N° 4372-2004; SCA Santiago. 20.01.2003, Rol N° 63120-02; 22.01.2004, Rol N° 32459-03 y 09.03.2005, Rol N° 56.150-2001 que no aplican el artículo 450 CP por estimarlo inconstitucional y derogado tácitamente. Este mismo Tribunal en sentencia de 11.04.2003, Rol N° 63.326-02, considera que ni siquiera es necesario recurrir a la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad.

A esta norma se agregaría el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Código Procesal Penal que consagran la prohibición de considerar culpable a una persona mientras no medie sentencia firme en conformidad a la ley.

El argumento tras esta impugnación sería que la ley no puede establecer ficciones de culpabilidad de modo tal que esta no necesite ser probada en circunstancias que lo adecuado y normal en un Estado de Derecho social y democrático, es que la responsabilidad se establezca progresivamente según el grado de participación y ejecución del hecho.

La infracción a la prohibición aludida se produciría en la medida que se sanciona a un sujeto con el desvalor de una conducta cuya ejecución no alcanzó la fase de consumación, es decir, castigando hipótesis tentadas y frustradas al modo como si el delito fuese consumado, dando por supuesto un resultado o peligro concreto que el agente nunca llegó a concretar en la realidad vulnerando asimismo el principio de culpabilidad comprendido como uno de los presupuestos fundamentales para imputar responsabilidad penal a una persona.

En relación a esta causal de inconstitucionalidad, se puede señalar que el artículo 450 CP, como es la opinión de los autores, no es más que una regla de excepción a la rebaja de punibilidad que se establece para el delito imperfecto y en ningún caso una norma que presuma de derecho la responsabilidad criminal, puesto que no significa una orden al tribunal para tener por realizado un hecho sin que este sea establecido previamente por los correspondientes medios de prueba lícitos. Bascuñan señala en este sentido, que “la norma solo declara irrelevante, para efectos de penalidad aplicable, la cuestión de si concurren o no concurren los elementos adicionales que diferencian la consumación de la tentativa”.<sup>73</sup> En este mismo sentido se agrega que “asignar una determinada pena a un hecho no implica presumir nada”<sup>74</sup> y que además la oposición al artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR no sería tal, por la circunstancia que esta norma no supone alguna concepción acerca de los presupuestos de la responsabilidad penal, sino que solamente proscribire las presunciones de derecho de esta, como fundamento de la pena que se pueda imponer.<sup>75</sup>

### 3.2.2 Infracción del mandato de determinación de los tipos penales

El mandato de determinación de los preceptos penales se encuentra en el artículo 19 n° 3 inciso final de la Carta Política que establece: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. El precepto en cuestión no resultaría aplicable por encontrarse incompleto al no estar configurado en la forma en que necesariamente se establece en la Constitución, puesto que no describe en forma expresa como hechos ilícitos penales, los delitos a los cuales se refiere. En contra de este argumento se ha escrito<sup>76</sup> que no resulta inconstitucional, ya que la tentativa propiamente tal y la

<sup>73</sup> Bascuñan Rodríguez, Antonio. *Delitos contra intereses instrumentales...*, N°1. p. 317.

<sup>74</sup> De la Fuente Hulaud, F. *Delitos contra bienes instrumentales...*, p. 576.

<sup>75</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 578.

<sup>76</sup> Cfr. Politoff, Sergio. et. al. *Lecciones...*, Parte Especial, p. 379.

frustración están expresamente descritas en el artículo 7° CP para todos los delitos en que ellas son concebibles, de modo que la descripción de los hechos materia de la prohibición a que se refiere el artículo 450 CP, se obtiene con la conjugación del tipo penal de consumación recogido en la parte especial del Código Penal o en una ley especial, con el tipo dependiente o de complemento contenido en el artículo 7° CP de la forma como ocurre en la generalidad de los casos en que existen hechos típicos en que no se ha completado su ejecución o alcanzado el resultado punible. El rol de la norma en cuestión (artículo 450 CP), es entonces establecer la pena que se debe imponer al caso concreto y que supone una excepción desde el punto de vista del sistema pero no es ilegítima desde el punto de vista de las garantías constitucionales.

Además, la obligación constitucional que implica para el legislador el artículo 19 n° 3 inciso final de la Carta Política supuestamente infringido consiste en fijar las penas correspondientes a cada infracción, sin que sea necesario que la conducta típica y la sanción se encuentren en un mismo precepto.<sup>77</sup>

En el Anteproyecto de Código Penal de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal, en cuanto a las disposiciones comunes del hurto y del robo, según de indica en los Materiales de Discusión Parte Especial, en general se ha prescindido de ellas, por parecer innecesarias o inadecuadas en razón de estimarse que no se alcanzan a ver razones para alterar las reglas generales de *iter criminis*, establecer presunciones de responsabilidad o para establecer reglas especiales en materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.<sup>78</sup>

#### 4. Delito de violación

##### 4.1 Consumación

Hasta el año 1999, el artículo 362 CP contenía una regla acerca del *quantum* del acceso carnal para entender consumada la violación para disipar la duda que se planteaba acerca de si esta se produce al iniciar la invasión, cuando ha habido penetración completa o cuando se ha eyaculado, al señalar: “los delitos de este párrafo se castigarán como consumados desde que hay principio de ejecución”.

En cuanto a su interpretación, se sostenían dos posiciones. La primera de ellas entendía el “principio de ejecución” mencionado en la norma, como los actos anteriores a la conjunción carnal y destinados a ésta (como los golpes para dominar a la mujer, desnudarla y otros actos análogos). La segunda posición, distinguía entre “comienzo de la ejecución del delito”, sancionado como tentativa, y “comienzo de ejecución de la cópula”, que se identificaba con la consumación del delito.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Cfr. De la Fuente Hulaud, F. *Delitos contra bienes instrumentales...*, p. 581. Este autor agrega que la supuesta infracción al principio de legalidad constituye una alegación ni siquiera plausible.

<sup>78</sup> Matus, Jean Pierre y Hernández, Héctor. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. *Política Criminal*. n° 1, D3, p. 223.

<sup>79</sup> Ramírez, María Cecilia. *La frustración...*, p. 135. Un mayor examen de las diversas interpretaciones en torno al antiguo artículo 362 puede verse en Künsenmuller, Carlos. “Breve análisis de algunas cuestiones

Este artículo fue suprimido por la Ley N° 19.617 dejando el *iter criminis* de la violación regida por las reglas generales (artículo 7° CP), y actualmente la mayoría de la doctrina adhiere a la segunda interpretación, es decir, el delito se entiende consumado desde que hay principio de ejecución de la penetración,<sup>80</sup> siendo suficiente la invasión o comienzo de la introducción en la vagina, ano o boca de la víctima de acuerdo al criterio de la *inmissio penis*<sup>81</sup>, sin que sea necesario acreditar la realización completa del acto sexual, esto es, la *inmissio seminis*.<sup>82</sup> Se agrega también el argumento del sentido literal de la expresión “acceder” que utiliza el artículo 361 CP, la cual – según señala Garrido Montt- debe implicar algo más que el simple contacto o frotación (como sería con el criterio de la *coniunctio membrorum* que permitiría el castigo como consumadas de las hipótesis de violación frustradas por imposibilidad material de introducir el miembro) y algo menos que la penetración, e incluso, mucho menos que la inseminación, bastando la existencia de una invasión de las cavidades mencionadas en la norma, independiente de la magnitud de la misma.

#### 4.2 *Iter criminis*

Se trata de un delito de mera actividad en la medida en que su consumación no demanda un resultado por lo que no puede presentarse frustrado siendo posible solamente la tentativa en aquellos casos en que “los hechos vinculados con el forzamiento, intimidación o acceso carnal representen objetivamente un peligro de penetración sexual ponderada desde la perspectivas de un tercero imparcial situado ex ante”<sup>83</sup> es decir, en actos encaminados a doblegar la voluntad como el empleo de la fuerza o actos intimidatorios (coger a la víctima, quitarle sus ropas), sin que llegue a perfeccionarse el acceso carnal cualquiera que sea la causa de la ausencia de penetración como por ejemplo, tenaz resistencia de la víctima o la intervención de terceros, Asimismo, se apreciaría la tentativa en los casos en que, establecida la intención del agresor relativa a lograr el acceso y vencida la resistencia de la víctima, solamente se verifique un simple acercamiento a las zonas genitales o exista un contacto del

---

problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal Chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. LXXXIX. N° 2. 1992. pp. 49 y ss; Etcheberry, A. *Derecho Penal*. Parte Especial. t IV. pp. 62-64.

<sup>80</sup> Por todos: Cfr. *Ibíd.*; Politoff, S. et. al. *Lecciones...*, Parte Especial, p. 261; Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, t. III, p. 294; Rodríguez Collao, L. *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. p. 141.

<sup>81</sup> Tobar, Juan Carlos. “Violencia Sexual. La Nueva Ley” en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*. N° 1. 2000. p. 111, es partidario de distinguir entre las vías de materialización de la violación para establecer el momento consumativo. Así, señala que cuando esta se materialice por vía vaginal o anal, bastará la penetración aun parcial del miembro viril (*inmissio penis*), pero tratándose del acceso carnal por vía bucal, debe tratarse, según el autor, de “un verdadero remedo de la cópula” o penetración total del miembro en la boca de la víctima, para entender consumado el delito apoyándose en la menor relevancia sexual que implica para la víctima esta vía en comparación a las primeras.

<sup>82</sup> De acuerdo a ese criterio, la violación se entiende consumada con la eyaculación con lo que puede ser preferido por razones probatorias por ejemplo para las hipótesis de acceso carnal vía bucal, puesto que la simple penetración no deja evidencia alguna. Con mayor detalle, Rodríguez Collao, L. *Delitos sexuales*. p. 139-142, señala argumentos para el rechazo tanto de este criterio como para el de la *coniunctio membrorum*.

<sup>83</sup> Ramírez, María Cecilia. *La Frustración...*, p. 135. Esta consideración implica reconocer el carácter perfectamente fraccionable de la conducta exigida por el tipo de violación, cuestión que es fundamental para apreciar la tentativa en los delitos de mera actividad como se señaló anteriormente.

pene con las zonas externas de la cavidad a través de la cual se pretendió el acceso carnal, lo que se conoce como coito vestibular.<sup>84</sup>

Si bien la mayoría de la doctrina excluye la frustración en estos delitos, en conformidad a su naturaleza, hay algunos autores que por el contrario la plantean como una situación posible. Entre ellas se encontrarían las hipótesis de impedimento físico para la realización de la cópula como la desproporción entre los órganos genitales, la *impotencia couendi*, (situaciones que para la posición mayoritaria serían constitutivas de tentativa inidónea)<sup>85</sup> el coito vestibular y en general en todos aquellos supuestos en los que la intromisión del miembro en los órganos de la víctima no llega a verificarse por causas independientes de la voluntad del autor como la llegada de terceros, la policía o eyaculación precoz.<sup>86</sup>

El desistimiento de la tentativa de violación, puede operar claramente en sus formas voluntarias siendo punibles por tanto, de acuerdo a las reglas generales, el desistimiento originado en causas involuntarias o ajenas al sujeto entre las que se puede mencionar la eyaculación prematura y el desistimiento como consecuencia de la menstruación de la mujer.

#### 4.3 Posibilidad de aplicar los abusos sexuales

Usualmente la violación conlleva actos de significación sexual distintos al acceso carnal que están destinados a buscar una mayor excitación.

Estos actos pueden ser encuadrados como un delito de abusos sexuales, que en caso de coexistir antes, durante y después de la consumación del acceso carnal, se entienden absorbidos y copenados en la pena asignada al delito de violación, prefiriendo para ello, la intención con la que ha actuado el sujeto, es decir, el tipo subjetivo que consiste en acceder carnalmente a la víctima.<sup>87</sup>

Pese a lo anterior, la solución no parece tan clara en la práctica en aquellos casos en que se presenta una tentativa de violación (por ejemplo una violación propia en la que la fase consumada tiene asignada una pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio), y que puede resultar difícil de distinguir de los abusos sexuales consumados, considerando que ambos delitos vulneran el mismo bien jurídico protegido y solo difieren respecto a la

---

<sup>84</sup> Cfr. Achaval, Alfredo. *Delito de violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico*. 2º edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992. p. 233.

<sup>85</sup> Cfr. Rodríguez Collao, L. *Delitos Sexuales...*, p. 165. Así también la SCS de 12.09. 1995, Rol N° 31840-95, considera como una hipótesis de violación frustrada, un caso en el cual el acceso carnal no se verifica por la resistencia de la víctima.

<sup>86</sup> En este sentido: Tobar, Juan Carlos. *Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley*. Pehuen Editores Ltda. Santiago, 1999. p. 42. asimismo, en doctrina comparada, Bajo Fernández, Miguel y Díaz – Maroto, Julio. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 2º Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. p. 206, agregando que, sostener que no es posible apreciar frustración en estos delitos por ser de mera actividad, es una cuestión que carece de relevancia práctica ya que la tentativa ofrece suficiente margen de penalidad para que los tribunales puedan castigar la conducta en los términos que resulte conveniente.

<sup>87</sup> En jurisprudencia por ejemplo: SCS. 03.03.2005, Rol N° 103-05, declaró inadmisibile el recurso de nulidad contra sentencia de TJOP de Linares de 17.12.2004, RIT N° 74-04, que establece que el tipo de violación absorbe acciones de connotación sexual, por lo que no cabe sancionar por los dos ilícitos.

naturaleza del acto con el cual se perfecciona la lesión, estos son, el acceso carnal y cualquier otra acción de índole sexual respectivamente. En estos supuestos, en los cuales jugaría un rol fundamental la apreciación del dolo del autor a través de pruebas indiciarias en la medida que por los solos actos exteriores no resulta fácil determinar cuándo el sujeto pretendía cometer uno u otro delito; de acuerdo a las reglas generales, debe sancionarse con una pena inferior en dos grados, esto es, con una pena de presidio menor en su grado medio como base, resultando una penalidad inferior a la asignada a los abusos sexuales propios (presidio menor en su grado máximo).<sup>88</sup>

Garrido Montt sostiene que en este caso es aplicable el principio de consunción, dando importancia al desvalor de las conductas típicas realizadas. De este modo, lo esencial de acuerdo al criterio de la consunción lo constituye el hacer “primar la figura que comprenda en su disvalor delictivo a la otra”. Para el caso específico, el disvalor de la acción es el mismo en ambos delitos pero el disvalor del resultado en la tentativa de violación importa la puesta en peligro del bien jurídico protegido a la vez que en el delito consumado de abusos sexuales, su lesión. De este modo, el disvalor delictivo de este último es superior y abarca la ejecución tentada de violación por lo que corresponde imponer la pena de los abusos sexuales.<sup>89</sup>

Rodríguez Collao plantea que el concurso en cuestión se resuelve en principio de acuerdo al criterio de subsidiariedad expresa según el artículo 366 que se refiere a “una acción sexual distinta del acceso carnal”. Luego, para el caso en que la pena de los abusos sexuales resulte inferior a la de una tentativa de violación, debe optarse por la penalidad de los primeros estimando que el disvalor asignado a aquellos es inferior al intento de violación. Por el contrario, reconoce que si la pena de la tentativa de violación resulta inferior a la de los abusos sexuales, no puede afirmarse la primacía de aquella figura, correspondiendo aplicar entonces la pena prevista para los últimos.<sup>90</sup>

Para Politoff, del mismo modo que el autor anterior, el caso en cuestión también se trata de un concurso aparente de leyes penales que en caso de violación consumada, ésta absorbe otros tipos penales en atención a su mayor penalidad pero en el caso del delito de violación tentada resulta aplicable el principio de alternatividad con el cual prima la pena más grave en concreto “para no castigar dos veces el mismo hecho ni conceder un absurdo privilegio”.<sup>91</sup>

Esta última solución resulta sin embargo discutible desde un punto de vista político criminal en tanto atenta contra el principio de culpabilidad y fija la atención solo en el disvalor del acto olvidando el dolo del sujeto. Además, la penalidad de los hechos que se planteen se supedita a una apreciación subjetiva por parte un tercero o del juzgador de no

---

<sup>88</sup> SCS. 06.05.1996, Rol N° 33.167-1995, pone énfasis en los hechos externos y directos destinados a la realización de la cópula pese a que esta no se verifica, calificando los hechos como una tentativa de violación.

<sup>89</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal...*, t. III, p. 402.

<sup>90</sup> Cfr. Rodríguez Collao, L. *Delitos Sexuales*. p. 269-271.

<sup>91</sup> Cfr. Politoff, S. et. al. *Lecciones...*, Parte Especial, p. 262. En el mismo sentido Mercado Gómez, Marco Antonio. *Problemas Concursales y Delito Continuado en los Delitos que Protegen la Libertad Sexual*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003. p. 50.

desperdiciar una oportunidad de aplicar una mayor pena a hechos que objetivamente no la merecen.

## **CAPITULO TERCERO: LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACION ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA**

### **1. Corte de Apelaciones de Valdivia**

El examen de la jurisprudencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valdivia comprende un período que se inicia con la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal en la X Región en el mes de Diciembre de 2003 y que abarca los fallos pronunciados entre el mes de Enero de 2004 y Septiembre de 2006.

En relación a lo que interesa a esta investigación, esto es, apreciar el desarrollo que los tribunales dan a los problemas que en doctrina se plantean respecto a las etapas imperfectas de ejecución de los delitos, la Corte se pronunció con ocasión de recursos de nulidad planteados ya sea por el Ministerio Público o por la Defensoría Penal Pública, contra sentencias definitivas dictadas en procedimientos abreviados, simplificados o monitorios; fundados en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho.

En su totalidad los fallos corresponden a cuestiones vinculadas a delitos contra la propiedad en lo que dice relación con la determinación de su momento consumativo, especialmente a los hurtos cometidos en supermercados y tiendas comerciales en los cuales su penalidad queda fijada por el valor de las especies sustraídas y que determina su sanción ya sea como un hurto simple del artículo 446 CP o bien, un como un hurto falta y también se encuentran fallos que resuelven las objeciones planeadas al artículo 450 inciso 1° CP.

#### **1.1 Delitos contra la propiedad**

En relación al hecho de constituir el hurto un delito de mera actividad que no admitiría por tanto la frustración, la Corte en los fallos del período examinado, no es partidaria de seguir esa corriente doctrinal. De este modo, aún con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.950 que hace punibles la etapas imperfectas del hurto falta, como consecuencia de la incertidumbre doctrinal en el establecimiento de un criterio que fije la consumación y para otorgar solución a los numerosos casos correspondientes a hipótesis de apropiación que no lograron consumarse, la Corte califica e incluso recalifica erróneamente como figuras frustradas de apropiación, delitos que en primera instancia fueron sancionados como consumados.

En esta línea encontramos el fallo rol n° 157 – 2004 de 24 de Agosto de 2004 en el cual se analiza el grado de ejecución de un delito de robo en lugar habitado. La Corte, reconociendo las dificultades en la distinción entre la tentativa, frustración y consumación del delito y precisando que el delito se consuma cuando el delincuente saca la especie de la esfera



de custodia de su legítimo tenedor, acción esta última que hace coincidir con la consumación (asumiendo la teoría de la *ablatio*), considera que, “concluir que en los casos de robo no existe prácticamente delito frustrado” no parece ser la intención del legislador. Acude entonces la Corte a la historia de la ley según las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno en las que se consigna que existió una indicación para no incluir la división de las tres etapas al modo del Código Español, indicación que sin embargo, luego de un largo debate, fue rechazada. De este modo, los hechos que decían relación con diversas especies que estaban siendo introducidas en un camión llevado al lugar especialmente para efectos de cometer el ilícito, se consideraron como constitutivos de delito frustrado, en circunstancias que los sujetos aún se encontraban en faena delictiva cuando fueron sorprendidos. Este supuesto, de acuerdo a las definiciones del *iter criminis* otorgadas por el Código Penal y la teoría de mayor acogida en la doctrina nacional, debió ser encuadrado dentro de una tentativa de delito, ya que los sujetos no habían finalizado la ejecución del mismo y le faltaban “uno o más actos para su complemento”.

#### 1.1.1 El Hurto Falta

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 19.450, el hurto falta era una figura sancionada originalmente en el artículo 494 n° 19 solo cuando se encontraba consumada. Por esta razón, en aquellos casos en los que el Juzgado de Garantía calificaba un hurto falta como frustrado o tentado, correspondía la absolución del imputado.

En uno de los casos presentados en el período examinado, el Ministerio Público recurrió de nulidad argumentando que el delito se encontraba consumado en base a que el imputado había removido las especies de la esfera de custodia del dueño de estas (el supermercado) al ocultarlas en su ropas y al franquear la barrera de las cajas sin pagar por ellas, estimando por tanto que se daban los presupuestos de la apropiación, al contrario de la decisión del juez de primera instancia que consideraba el delito como frustrado.

La Corte, fallando el recurso, estimó que el ocultamiento significa el ánimo inequívoco de apropiación y, adhiriendo a la teoría de la *ablatio*, señala que, sacando las especies de la esfera de custodia se considera consumado el hurto a pesar que no se encontraba agotado, identificando con este último momento, la posibilidad de disposición material (por ejemplo ingerir la especie) de la que habría gozado el sujeto pero que no habría ejercido.<sup>92</sup>

Cabe destacar la importancia que juega en estos establecimientos la vigilancia ejercida sobre las especies, factor que debe ser considerado al momento de establecer los elementos, hechos o circunstancias que permiten estimar la consumación del hurto puesto que, generalmente, los guardias vigilan el desarrollo de la conducta de aprehensión de las especies al interior del recinto de ventas y su traslado por el mismo, hasta el pago de aquellas

---

<sup>92</sup> CA Valdivia, de 17-02-2004, Rol 1 – 2004.

en las cajas registradoras, acto que es entendido como el mecanismo de adquisición legítima de los productos. Esta vigilancia resulta entonces relevante para precisar la extensión de la esfera de custodia que el dueño de los productos tiene sobre ellos (para efectos de la *ablatio*) y para determinar la creación de una nueva esfera en poder del sujeto que oculta especies entre sus ropas quebrantando la anterior apreciando la existencia de esferas de custodia superpuestas.

Al respecto la Corte ha considerado que la apropiación en estos casos de vigilancia permanente de los guardias en el lugar, no permitiría la apropiación cuando la detención se produce inmediatamente al momento de traspasar las cajas por no salir la especie del lugar en que el dueño ejerce su vigilancia y control. Señala la Corte que: “no concurre esta circunstancia (sacar la especie) porque fue impedida dentro del salón de ventas, precisamente, por los vigilantes apostados en el lugar, quienes observaron la conducta del requerido desde su comienzo y allí mismo recuperaron las especies”.<sup>93</sup> El Tribunal de Alzada estima entonces que en estas condiciones, bajo ninguna circunstancia el imputado habría logrado la apropiación, considerando la falta como *frustrada* rechazando el recurso de nulidad.

Al contrario que la solución anterior, se estimó consumado un hurto en el caso que el sujeto fue detenido en el estacionamiento del supermercado, aún cuando la acción fue vigilada en todo momento por los guardias del lugar, quienes lo observaron y siguieron hasta el traspaso de las cajas y para asegurar su posterior detención mediante una persecución ininterrumpida, considerando esta vez que la apropiación se perfecciona con el hecho de no pagar el precio de las especies en las cajas en las cuales considera que termina la esfera de custodia del dueño de estas. Para tomar esta decisión, la Corte diferencia entre la esfera de vigilancia de la esfera de custodia “que tuvo en cuenta el legislador para tipificar al apropiación, que se alza en el eje del delito de hurto” de modo que entonces le resta el valor asignado a la primera (esfera de vigilancia) en el fallo ya citado anteriormente.<sup>94</sup> Del mismo modo se falló, distinguiendo los ámbitos de custodia, en el caso en que la imputada salió por la puerta principal de un supermercado llevando las especies ocultas en su cartera. La Corte en esta oportunidad se ocupa de precisar los límites de las esferas en cuestión estableciendo un criterio espacial para determinar la consumación y señala para ello en su considerando 8º: “no se debe confundir la esfera de custodia con la esfera de vigilancia, que es más amplia merced a los modernos medios tecnológicos. La primera comienza y termina en las cajas” “...y en la puerta de entrada al recinto donde se encuentran las mercaderías”. Estima, entonces, no fijando su atención en la posibilidad de disposición de las especies, que el delito se consuma cuando se sacan las especies de la esfera de custodia del propietario que ya no llega hasta las cajas registradoras, sino que alcanza todo el establecimiento desde sus umbrales de ingreso.<sup>95</sup> En este mismo sentido se resolvió en el caso en que la imputada fue

---

<sup>93</sup> CA Valdivia, de 23-03-2004, Rol 23 – 2004, considerando 2º.

<sup>94</sup> CA Valdivia, de 23-03-2004, Rol 24 – 2004, considerando 10º.

<sup>95</sup> CA Valdivia, de 12-08-2005, Rol 142 – 2005.

detenida en el sector custodia considerando que existió una disponibilidad potencial de la especie como dueña<sup>96</sup> volviendo a exigir el ejercicio de esta facultad para determinar la apropiación combinando de este modo nuevamente la *ablatio* con al *illatio*.<sup>97</sup>

Por otra parte, en relación a la creación de una nueva esfera de resguardo en poder del autor para apreciar el hurto como consumado, la sentencia de 22 de Agosto de 2005, Rol N° 151- 2005, sostiene que la aprehensión de las especies de los estantes en que se exhiben, su ocultamiento en las vestimentas y el paso por las cajas sin pagar su valor, constituye consumación del delito pues “ha incorporado a su propia esfera de resguardo las especies habiéndolas sacado de la esfera de resguardo de su verdadero propietario”<sup>98</sup>. En este sentido, la Corte asume la teoría de la *ablatio* considerando quebrantada la esfera de resguardo del dueño con el no pago de los productos y admite la posibilidad de considerar la existencia de una esfera de custodia dentro de otra generada por el ocultamiento de aquellos en manos del autor (Esferas superpuestas).

Otro de los casos en el que se califica como hurto frustrado es aquel en el cual un celular fue sustraído a una clienta al interior de un supermercado pero es de inmediato recuperado por los guardias del establecimiento. La Corte<sup>99</sup> confirma la sentencia apelada calificando como frustrada la figura con el argumento que el hurto nunca pudo consumarse en la medida que los hechores no pudieron retirarse del lugar antes de ser sorprendidos y la especie nunca salió de la esfera de resguardo. Sin embargo surge en este caso la duda acerca de cual es la esfera que se considera vulnerada y respecto a la cual no hay pronunciamiento en el fallo. ¿La del local de autoservicio? no, ya que la especie no le pertenecía. En cambio, sí podría considerarse infringida la esfera de resguardo de la de la víctima en la medida que esta no descubrió el ilícito por si misma. Con esta conclusión, según la teoría de la *ablatio* se consideraría el hurto consumado en cuanto que la recuperación de las especies se produjo por terceros y desde el momento en que las mismas salen del cuidado de la víctima, se lesionó el bien jurídico resultando irrelevante para estos efectos la posibilidad de disposición y el pago del precio de aquellas ya que no se trataba de productos en venta.

Un fallo interesante es el pronunciado el día 27 de Abril de 2006, rol n° 95 – 2006. En primer lugar, se trata de un fallo que conoce un recurso de nulidad, en el que, a diferencia de los planteados en las sentencias ya analizadas, no se solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, sino que solamente de esta última. Es así que la Corte, luego de acoger el recurso, procede a la dictación de una nueva sentencia en conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal. La importancia de este fallo está en que con la utilización de este mecanismo

---

<sup>96</sup> CA Valdivia, de 01-04-2004, Rol 32 – 2004.

<sup>97</sup> Considerando 5°: “el acto de apropiación, entonces, culmina y se concreta cuando el hechor logra salir de la sala de ventas, ya sea por cajas o por las puertas habilitadas para quienes no han comprado, sin pagar el precio de los productos que ha escondido. *En ese momento dispone potencialmente de la especie como suya*”

<sup>98</sup> Considerando 6°. El Ministerio Público sostenía en el recurso que la esfera de custodia del propietario de circunscribe a la sala de ventas y el paso de las cajas sin pagar el valor de las mercaderías implica la consumación del delito.

<sup>99</sup> CA Valdivia, de 09-07-2004, Rol 97 – 2004.

se evitan las negativas consecuencias procesales<sup>100</sup> que acarrea la declaración de nulidad de una sentencia y un juicio entre las que se encuentra la realización de un nuevo procedimiento por un tribunal no inhabilitado para hechos que no son de gran relevancia. De esta forma, en la medida que no se controvierta el establecimiento de los hechos realizada por el tribunal de primera instancia, la Corte perfectamente puede dictar sentencia definitiva reemplazando en lo pertinente, el fallo recurrido.

En segundo lugar resulta interesante porque permite apreciar el criterio más reciente del Tribunal de Alzada en materia de consumación de los hurtos. La sentencia asume la teoría de la *ablatio* hecha valer por la defensa en los fundamentos de su recurso de nulidad, cambiando la calificación jurídica realizada por el tribunal ad quo (hurto consumado) estableciendo que el delito solo quedó en etapa de frustración por estimar en su considerando 9º que “el imputado no logró apropiarse de las especies que escondió entre sus ropas” como consecuencia de haber sido aprehendido por los guardias de seguridad quienes lo entregaron a la policía, al interior del supermercado, permaneciendo dentro de sus sistema de custodia y vigilancia lo que “revela que no alcanzó a lucrarse” con las especies pese a ser inequívoca tal intención.

En cuanto a la penalidad de la figura contenida en el artículo 494 bis que sanciona la tentativa y la frustración de la falta de hurto<sup>101</sup>, la Corte se pronunció en dos oportunidades. La primera de ellas, corresponde al fallo de 2 de Diciembre de 2004, Rol N° 231 – 2004. En este caso, el Ministerio Público recurrió de nulidad de una sentencia absolutoria de primera instancia recaída en un delito de hurto falta frustrado fundado en que aquella no hacía aplicación de los artículos 50 y siguientes del Código Penal por estimar el fallo recurrido que para que alguien pueda ser condenado, su conducta debe ser típica y estar sancionada por la ley, requisitos que no se cumplirían en el artículo 494 bis CP que efectúa una remisión al artículo 7º del mismo cuerpo legal, con lo que pone de manifiesto una vulneración al principio de legalidad de las penas. La Corte, para dar solución a la controversia planteada con el recurso, es decir, si es efectivo que el hurto falta frustrado tiene una pena asignada, se avoca a precisar el significado de la palabra “también” contenida en el inciso 4º del artículo 494. Luego de descartar la sanción con la misma pena que el delito consumado (como lo sostenía el Ministerio Público y como asimismo lo plantea uno de los ministros en su voto en contra<sup>102</sup>), llega a la conclusión en su considerando décimo, que las etapas en cuestión

---

<sup>100</sup> Véase Fernández Cruz, José Angel. “Determinación del *iter criminis* en la falta de hurto cometido en supermercados” *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Volumen XVI. Julio. 2004; el autor plantea que la utilización del recurso para este tipo de supuesto genera un uso ineficiente de recursos, presión innecesaria a la independencia del Poder Judicial y una deslegitimación del nuevo sistema procesal.

<sup>101</sup> Artículo 494 bis inciso 4º: “se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7º”.

<sup>102</sup> El voto sostiene que la palabra “también” debe entenderse en el sentido que las etapas imperfectas se sancionan con la misma pena que la falta consumada quedando clara perfectamente la voluntad del legislador de hacer excepción a la impunidad de esta clase de ilícitos en sus etapas imperfectas. En Oliver Calderón, Guillermo. *Análisis crítico...*, p. 301, con nota a algunos fallos, puede apreciarse otra de las posibilidades que se han presentado en los tribunales frente a la ausencia de una declaración expresa de la ley acerca de la sanción correspondiente a estas figuras, que corresponde a el castigo con multa.

efectivamente están sancionadas, pero “aparece clara la omisión de indicar la pena para uno y otro grado de ejecución”, agregando que “no corresponde que jurisprudencialmente se salve la omisión, pues ello atenta en contra del principio de reserva legal constitucionalmente consagrado”.

En la segunda oportunidad, pese a la claridad de los considerandos consignados en fallo anterior, la Corte, en la sentencia rol n° 260 – 2006 de 27 de Septiembre de 2006, sostiene el planteamiento contrario al expuesto. Es así que, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría basado en la inexistencia de pena para el hurto falta y la imposibilidad del juez a quo de salvar por la vía de interpretación esta omisión (cuestión sostenida por el fallo ya citado), sostiene la Corte en su considerando 5° que, para sancionar la falta frustrada, debe estarse lo señalado por el artículo 7° que describe lo que debe entenderse por aquella, relacionando esta disposición con el artículo 51° del cual se obtiene la pena aplicable al caso, rechazando el recurso interpuesto.

#### 1.1.2 Artículo 450 inciso 1°

La Corte de Apelaciones de Valdivia se pronunció sobre la inconstitucionalidad y derogación de esta norma en los fallos Rol N° 167 – 2005, 207 – 2005, 70 – 2006 y 79 – 2006, conociendo de recursos de nulidad presentados en contra de sentencias definitivas que la aplicaban a delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y destinado a la habitación en grado de frustrados y a delitos de robo con intimidación en grado de frustrado y tentativa.

Los recurrentes -que en todos los casos fue la defensa de los sentenciados-, se basan en la derogación tácita de la norma por la infracción de diversos preceptos tanto constitucionales (artículos 19 N° 3 incisos 6,7 y 8) como de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes (Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que gozan de supremacía sobre normas de carácter común. Se apoyaban además, en normas de apreciación de la prueba, fines de la reforma procesal penal en relación a la privación de libertad y fines de la pena.

La Corte rechaza los argumentos esgrimidos por la defensa y no acoge los recursos en consideración que el artículo 450 inciso 1° CP no contiene ningún tipo especial de delito sino mas bien describe conductas en relación a preceptos a los que hace referencia expresamente (tipos tentados y frustrados del artículo 7° CP), afectando la magnitud de la sanción asignada al injusto típico al entregar una regla especial de penalidad consistente en la equiparación de la pena del delito imperfecto con la del delito consumado configurando de este modo una excepción a los artículos 50 y siguientes del Código Penal.

Al respecto, en uno de los fallos la Corte sostiene que la norma cuya aplicación en la resolución de primera instancia es objetada, no significa una vulneración a preceptos constitucionales y no presume de derecho la responsabilidad penal en ya que “la sentencia impugnada ha sido señera para expresar cual es la prueba de los hechos y cual es la

responsabilidad de los sentenciados, analizarlas y sentar conclusiones en virtud de las mismas”<sup>103</sup> y, sostiene otro, que el precepto “no alteró las disposiciones generales sobre las distintas etapas del desarrollo del delito”<sup>104</sup>.

## 2. Corte Suprema

### 2.1 Hurto Falta

Resulta interesante destacar en principio un voto de minoría contenido en el fallo de la Corte Suprema de 18 de Mayo de 1999, Rol N° 347 – 99, en el cual se hace alusión a la configuración de la frustración en los delitos de mera actividad, “pues constituye una precedente valioso” para la resolución de, entre otros delitos, el hurto. Los autores de la prevención señalan que solamente en los delitos de resultado puede concebirse la frustración en la medida que en ellos únicamente se exige la producción de un resultado como consecuencia de las acciones ejecutadas por el autor y que puede no concretarse por causas ajenas a su voluntad. En los delitos de robo y hurto, por el contrario –se sostiene en el voto– no se exige realmente un resultado ya que se consuman cuando el objeto material del delito sale de la esfera de custodia del legítimo tenedor pero si aquello (el traslado de la cosa) se ve interrumpido, se configura una tentativa “y no un delito frustrado, como en ocasiones erróneamente se sostiene”.

La Corte Suprema se ha pronunciado tanto en respecto a la discusión generada en torno a la consumación del hurto falta cometido en establecimientos comerciales, como en la vinculada a la penalidad asignada a esta figura.

Estas materias llegan a su conocimiento por la vía del recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación de derecho, que si bien generalmente su decisión está entregada a la Corte de Apelaciones, el artículo 376 inciso 3° del Código Procesal Penal, le da competencia a este Tribunal para conocer de aquel, cuando existan sentencias con interpretaciones contrapuestas emanadas de fallos de los tribunales superiores, para así fijar criterios a fin de uniformar la aplicación del derecho en resguardo del principio de igualdad ante la ley y con ello evitar dispersiones jurisprudenciales.

Uno de los fallos más comentados lo constituye el de 16 de Junio de 2004, Rol N° 1611 – 2004, en el cual el Máximo Tribunal, calificando un hurto falta como figura frustrada, estima en su considerando 6°, que los elementos o presupuestos del delito consumado son: para la víctima, que la especie haya salido de su esfera de resguardo y para el hechor, la facultad de comportarse como propietario, inclinándose de este modo por la teoría de la disponibilidad para determinar la consumación de la figura en estudio. Otra de las consideraciones de relevancia es aquella según la cual se establece que tomar una especie y ocultarla entre las ropas, no constituye presunción de apropiación como lo sostienen los recurrentes (Ministerio Público y la víctima) en la medida que “la infracción”, esto es la

---

<sup>103</sup> CA Valdivia, de 13-04-2006, Rol 70 – 2006, considerando 2°.

<sup>104</sup> CA Valdivia, de 19-04-2006, Rol 79 – 2006, considerando 2°

apropiación, se produce al traspasar las cajas registradoras sin pagar, existiendo previamente solo una mera tenencia de la especie que puede concluir con la adquisición legítima de producto y no necesariamente con la sustracción de la misma, desestimando además con este argumento, la corriente planteada por un sector de la doctrina de acuerdo a la cual el ocultamiento implicaría la creación de una nueva esfera de resguardo que permitiría a su vez tener por consumado el delito.

La Corte en sentencia de 8 de Agosto de 2005, Rol N° 25 – 2005, se hace cargo de un caso en el que un sujeto sustrajo ciertos productos del interior de un local comercial siendo retenido por los guardias al salir de la sala de ventas. Luego de tener presente la insuficiencia de las teorías concebidas en la doctrina acerca de la consumación y sostener la teoría de la disponibilidad de modo similar al fallo anteriormente citado, vuelve al límite de las cajas para precisar el momento en el que la infracción se consuma, señalando en su considerando 8°, que el imputado “ha logrado sacar las especies de la esfera de cuidado, custodia o vigilancia del supermercado y al traspasar las cajas registradoras sin pagar el valor de aquellas, ha consumado así su conducta de hurto” entendiendo que el sujeto tuvo la posibilidad de comportarse como señor y dueño (o simplemente no atendió a ese presupuesto) confirmando la sentencia de primera instancia y rechazando la calificación del delito como frustrado planteado por la defensa sin acoger su alegación de exigir algo más que la configuración de una esfera de resguardo por parte del autor.<sup>105</sup>

En el fallo de 18 de Enero de 2006, Rol N° 5960 – 05, el Tribunal, rechazó un recurso de nulidad que planteaba la consumación de un hurto – falta siendo que este había sido calificado en 1ª instancia, correctamente conforme a su naturaleza, como delito tentado. Se agrega acá un nuevo elemento para la consumación del ilícito, cual es la idoneidad de los

---

<sup>105</sup> De modo similar, estos planteamientos se encuentran en el fallo de 20 de Diciembre de 2005, Rol N° 5121 – 05, que rechaza un recurso de nulidad estimando el delito como frustrado (la imputada ingresó al Supermercado, para sustraer desde su interior especies que ocultó entre sus vestimentas pasando por la caja registradora sin cancelar su importe, siendo sorprendida al abandonar el supermercado en la puerta de acceso al mismo, y detenida por un guardia de seguridad) y en cuyos considerandos se reúne el criterio sostenido en los fallos analizados correspondientes al año 2005: “**Sexto.**- Que de lo dicho hasta ahora, debe convenirse que la consumación es la etapa superior del iter criminis, en atención a que se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado. Asimismo, aunque el delito de hurto es fácilmente distinguible de otros y es uno de los de más frecuente ejecución, es difícil determinar en qué momento se produce la consumación, por lo que se ha discutido mucho doctrinalmente este punto. Así, algunos sostienen que la consumación se produce con sólo tocar la cosa, teoría prácticamente superada; otros proponen que ello se produce cuando se logra trasladar la cosa de un lugar a otro distinto y también se dice que la consumación sólo se produce cuando el o los hechores han logrado trasladar la especie al lugar específico donde pensaban utilizarla y, por último, se sostiene que el hurto sólo se consuma cuando se ha logrado sacar la especie de la esfera de cuidado, de custodia, de vigilancia del propietario; **Séptimo.**- Que, como ha sostenido Mario Garrido Montt, hoy ninguna de estas visiones es satisfactoria por ser formalistas y no estar de acuerdo con su naturaleza. El hurto es la apropiación de una cosa arrojándose las condiciones inherentes al dominio y en especial, de la de disposición. Por ello el delito sólo podrá estimarse consumado "cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante" (Garrido Montt, Derecho Penal, parte especial, Tomo IV, página 166)” (...) “**Noveno.**- Que el recurso del Ministerio Público insiste en que la acción de apropiación se consuma tan pronto se transponen las cajas, por lo que se hace necesario traer a colación lo que ya en reiteradas ocasiones esta Corte ha pronunciado al respecto: "Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sublite, fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño”.

actos desarrollados por el sujeto. En el considerando 11° la Corte Suprema sostiene que si bien en principio los actos ejecutados son aptos para la consumación, en las etapas posteriores pierden esta calidad en la medida que es sorprendido en su actuar doloso por el sistema de vigilancia del establecimiento manteniéndose por tanto en la esfera de custodia que el propietario tiene sobre las especies sustraídas<sup>106</sup>. Conforme al criterio señalado en el fallo Rol N° 1611 – 2004, se rechaza también en esta oportunidad la tesis de acuerdo a la cual las vestimentas implican una esfera de resguardo de la cosa sustraída, en la medida que como el criterio que adopta es la consumación al traspasar la cajas, aquella conducta solo consiste en la realización de un acto de ejecución destinado a la apropiación, faltando otros para su complemento. La Excma. Corte en apoyo de su razonamiento señala en el considerando 12°, que la aceptación de esa idea implicaría “la supresión de las etapas imperfectas de ejecución en el hurto” por ser castigadas como figuras consumadas” con la consiguiente conmoción de los principios de legalidad y culpabilidad que informan nuestro derecho penal”.

En relación a la penalidad asignada por el artículo 494 bis CP a las figuras imperfectas del hurto falta, el Máximo Tribunal en los fallos Rol N° 5990 – 04, de 20 de Abril 2005 y Rol N° 889 – 06, de 26 de Abril de 2006, sostiene que el hurto falta en grado de tentativa y frustrado, no puede ser sancionado por no haber señalado el legislador la pena correspondiente. Incluso en la sentencia ya examinada Rol N° 5960 – 05, se rechaza el recurso de nulidad planteado respecto a una sentencia de juicio simplificado que absolvía al requerido por el delito de hurto falta en grado de tentativa por la inexistencia de una pena para el caso, pese a que el ilícito se encontraba acreditado en el proceso y solo se discutió la calificación jurídica en relación al grado de desarrollo que la conducta había alcanzado.

Los argumentos de la Corte Suprema apuntan a que no se satisface la garantía que implica el principio de legalidad de las penas consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental. Ambas sentencias reconocen la omisión en que incurre el legislador al no señalar la penalidad de forma expresa o hacer la remisión a la normativa que corresponda aplicar pese a que queda clara, por medio de la con la expresión “también”, la intención de hacer típica las etapas imperfectas quedando estas por tanto sin castigo.

## 2.2 Presunción de tentativa de robo

La aplicación práctica del artículo 444 CP no resulta del todo fácil en el sentido de ser insuficiente para permitir establecer directamente con su solo sentido literal y a partir de hechos concretos, de qué manera el ingreso en una morada, o en general a los lugares respecto de los cuales es aplicable la presunción, puede ser subsumido en la norma, por cuanto para esta operación juega un rol fundamental el elemento psicológico del sujeto a la

---

<sup>106</sup> El considerando señala al respecto: “al convicto siempre se le tuvo bajo control hasta su detención en los estacionamientos” Se trata del caso en que el sujeto ocultó mercaderías en un bolso, traspasando las cajas y saliendo del lugar siendo detenido en los estacionamientos. El Ministerio Público fundaba su recurso en que para la consumación bastaba la vulneración de la esfera de resguardo sin exigir nada más porque la disponibilidad implicaba a su juicio, confundir la consumación con el agotamiento del delito.



hora configurar esta tentativa ya que los hechos pueden ser constitutivos además de una simple violación de morada ajena que se caracteriza por la inexistencia de dolo de robar. De esta manera resulta preciso establecer el ánimo de apropiación del sujeto activo de acuerdo a las circunstancias que acompañan el ingreso como se puede apreciar en el caso de la sentencia de 29 de Enero de 2002, Rol N° 4462 – 01, en la que la aplicación de la presunción legal es sustentada en aspectos tales como la entrada al lugar forzando una ventana, el hecho de salir huyendo al encontrar un morador y la presencia de otro sujeto que esperaba en la calle, pruebas que no resultaron ser desvirtuadas por la defensa.

Por el contrario, la Corte Suprema en sentencia de 25 de Enero de 2000, Rol N° 4425 – 99, invalida de oficio una sentencia que calificaba la entrada de un sujeto forzando una ventana siendo sorprendido luego por personal policial durmiendo en una habitación, como tentativa de robo con fuerza en las cosas, recalificando los hechos como una violación de morada en razón que las circunstancias no permitían inferir un dolo de apropiación. Asimismo en el fallo de 9 de Mayo de 2002 que considera determinante el elemento psicológico (ánimo de apropiación de cosa mueble ajena) para castigar por tentativa de robo y debe buscarse la correspondencia de aquel en el elemento material, “que en el caso de la tentativa es incompleto, pero que debe exteriorizarse en hechos objetivos que no admitan dudas en cuanto a las finalidades del hechor” concluyendo que, faltando un presupuesto del tipo penal, no se puede establecer la configuración de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, pero si, el delito de violación de domicilio.<sup>107</sup>

En lo que dice relación con la penalidad de la figura del artículo 444 CP, es preciso señalar que resulta de mucha importancia la norma que se aplique para efectos de la cuantía de la pena, es decir la sanción que corresponda al delito una vez establecida en el proceso la tentativa de robo, esto es, los artículos 51 y siguientes CP o bien el 450 inciso 1° CP, considerando que esta última norma establece una regla de equiparación de la pena castigando como consumados los delitos que señala, desde que se encuentren en grado de tentativa. En otras palabras, hay que apreciar lo que significa aplicar, en primer lugar una presunción legal en relación al grado del *iter criminis* para entonces, en segundo lugar, aplicar la pena del delito consumado, por la infracción al principio de culpabilidad que se puede plantear con la decisión que se adopte.

Una solución jurisprudencial a lo planteado se puede ver en el fallo de la Corte Suprema de 17 de Enero de 2006, Rol N° 3077 – 05. En esta oportunidad la defensa de un condenado deduce recurso de casación en el fondo denunciando una serie de infracciones<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> SCS. 9.05.2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Tomo XCIX. Abril-Junio, 2002.

<sup>108</sup> Los hechos consistían en que un sujeto tras forzar la ventana del segundo piso de un departamento ingresó a uno de los dormitorios encontrándose con una persona al interior, dándose a la fuga saltando por la ventana al exterior donde lo esperaban otros sujetos, siendo aprehendidos portando elementos aptos para robar. El tribunal de 1ª instancia dictó sentencia condenatoria por robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en carácter de frustrado. La Corte Suprema recalifica los hechos -con un criticable criterio en tanto que la naturaleza del delito no admite la frustración-, entendiendo, en su considerando 8º, que habría existido frustración “siempre que habiéndose tomado las especies, no hubiese podido el inculpado apropiarse de ellas, es decir, que haya hecho uso

entre la que se encuentra la no aplicación del artículo 444 CP a la calificación de los hechos, agregando, para el caso de ser acogido el recurso, la solicitud que no se aplique el artículo 450 inciso 1° CP argumentando que la presunción legal de tentativa es una figura especial que requiere ser interpretada restrictivamente por lo que resulta aplicable como consecuencia, el artículo 52 CP con la correspondiente rebaja en dos grados por tratarse de una tentativa de robo. La Corte Suprema anula la sentencia recurrida cambiando la calificación jurídica de los hechos discutidos en las instancias inferiores acogiendo los argumentos de la recurrente y no aplica la regla especial de equiparación de la punibilidad aplicando por tanto el artículo 444 CP y la pena del delito tentado.

### 2.3 Artículo 450 inciso 1°

La Corte Suprema ha sido constante en rechazar las objeciones vinculadas a la inconstitucionalidad de esta norma, siendo clara al señalar que supone una regla especial de equiparación de la penalidad para las fases imperfectas de los delitos, de modo tal que hace excepción a la rebaja de punibilidad que los artículos 51 y siguientes del Código Penal contemplan para los ilícitos no consumados.<sup>109</sup> Incluso, al tener el Tribunal la certeza de la aplicación de este artículo, ha señalado que resulta irrelevante debatir acerca de la exacta etapa del *iter criminis* alcanzado<sup>110</sup>, ya que ello no trae en definitiva consecuencia práctica alguna sobre el *quantum* de la penalidad en consideración que todos los delitos que se entienden comprendidos en la norma reciben la pena como si fuesen consumados, conclusión que resulta discutible en la medida que la determinación de la fase de ejecución puede resultar de interés en la medida que permite precisar el dolo del sujeto que puede ser encuadrado en otra figura penal como es el caso de la violación de domicilio.

La tesis de la derogación de la norma por atentar contra el principio de legalidad tampoco tiene asidero según la Corte Suprema en tanto que la configuración de las conductas sancionadas con el artículo 450 inciso 1° CP se obtiene con la conexión de la respectiva figura de la parte especial con el artículo 7° CP que describe las etapas imperfectas de ejecución, artículo que bajo ninguna circunstancia se entiende modificado o derogado por la Ley 17.727 que introdujo la impugnada norma<sup>111</sup> y entender lo contrario, es decir, no admitir que el precepto se complementa con el artículo 7° CP, significaría que ningún delito frustrado o en tentativa podría sancionarse al no estar tipificado de forma autónoma por cada tipo penal.

Por otro lado, respecto a las criticables consecuencias prácticas que implica la aplicación de esta norma desde un punto de vista político criminal y que muchas veces ha sido denunciado por la doctrina, cabe recordar que la Corte Suprema no es el órgano encargado de

---

de las facultades que les daría el dominio de las mismas por un instante siquiera”, lo que no ocurrió ya que no se realizó todo lo necesario para consumir el delito, de modo que corresponde calificar como tentativa de robo según el 444.

<sup>109</sup> SCS. 22.07.2003, Rol N° 1800-03; SCS. 25.08.2003, Rol N° 1235-03; SCS. 23.08.2004, Rol N° 2369-04, SCS. 25.05.2005, Rol N° 5812-2004.

<sup>110</sup> SCS. 20.12.2002, Rol N° 4458-03; SCS. 27.04. 2006, Rol N° 4458-2006.

<sup>111</sup> SCS. 24.02.2004; Rol N° 5688-03; SCS. 03.07.2004, Rol N° 1985-2004.

corregirlas puesto que corresponde a una labor del legislador que es diferente a la aplicación a los casos concretos que ella debe realizar. En este sentido se ha pronunciado el Máximo Tribunal en las sentencias de 25 de Enero de 2005, Rol N° 4372-04 y de 15 de Julio de 2004, Rol N° 2369-04 señalando que la corrección de la inconveniencia político-criminal de la norma en cuestión, le corresponde al legislador ya que de lo contrario se abre la puerta al arbitrio judicial.<sup>112</sup> Este argumento es recogido por el reciente razonamiento desarrollado en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de Agosto de 2006, Rol N° 1241 – 06, que en su considerando 6° sostiene que el artículo 450 inciso 1° CP contiene “solo una regulación de pena a determinados ilícitos hecha soberanamente por el legislador sin que los tribunales puedan apoyarse en pretendidas inconstitucionalidades para dejar de cumplir con su deber”, lo que significa que deben aplicar la norma de todas maneras mientras se encuentre vigente sin cuestionarla político-criminalmente. Este fallo agrega además respecto a la infracción de garantías contenidas en la Carta Fundamental y en tratados internacionales que puedan plantearse, que “de ser inaplicable (el artículo) la declaración sería de competencia del Tribunal Constitucional de acuerdo al n° 6 del artículo 93 de la citada Carta Fundamental”.

En este sentido, resulta muy interesante destacar el fallo del Tribunal Constitucional de 18.07.2006, Rol N° 530 – 2006 respecto a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 450 inciso 1° CP planteado por la defensa de un imputado, en el cual se afirma la vigencia de la norma puesto que el aumento de la cuantía de la pena que implica, es una decisión del legislador que actúa en el marco de sus atribuciones y por lo tanto no se divisa que haya actuado fuera del marco de la reserva legal como tampoco una infracción de preceptos constitucionales.<sup>113</sup>

#### 2.4. Delito de violación

Con la reforma introducida el año 1999 por la Ley 19.617 que sustituye el antiguo artículo 362 que consideraba consumado el delito de violación desde que hay principio de ejecución, los tribunales deben hacerse cargo de precisar con claridad cuales son los hechos que constituyen tanto las etapas imperfectas como asimismo, la consumación.

La Corte Suprema, en sentencia de 29 de Noviembre de 1999, Rol N° 3425 – 99, condena a un sujeto como autor de violación en calidad de frustrada en consideración que no se logró la consumación del delito en la medida que el acceso carnal no se verificó por causas ajenas a la voluntad de aquel, como consecuencia de la eyaculación precoz, las dificultades

---

<sup>112</sup> Considerando séptimo de SCS. Rol N° 2369-04 y sexto de SCS. Rol N° 4372-04 y séptimo de SCS. Rol N° 2369-04, sentencia que no se hace cargo de las fundamentaciones de la SCA Santiago Rol N° 2682-04 que no aplica el artículo 450 inciso 1° CP por ser tener efectos desproporcionados, exagerados e injustos vulnerando la Constitución Política de la República (igualdad ante la ley, principio de culpabilidad) y tratados internacionales.

<sup>113</sup> Considerandos octavo y noveno del fallo. Es menester recordar respecto a los fallos del Tribunal Constitucional por requerimientos de inaplicabilidad, que esto solo tienen un efecto para el proceso en que se pronuncian pero en ningún caso implican una derogación de la norma impugnada

que supone la penetración de una menor de edad y la llegada de los padres de la víctima.<sup>114</sup> La Corte invalida de oficio la sentencia recurrida, alterando el grado de ejecución de delito establecido en los tribunales de 1ª y 2ª instancia, en los cuales se calificaba jurídicamente los hechos como un delito consumado.<sup>115</sup> Se trata de un caso interesante ya que se plantea la cuestión relativa a la diferenciación entre el delito de abusos sexuales y las etapas imperfectas de ejecución del delito de violación<sup>116</sup> obligando a escoger de entre varios delitos en principio aparentemente aplicables al caso, pero que en definitiva, consiste en solo uno por tratarse de un concurso aparente de leyes penales.

Para lograr el objetivo señalado, el Máximo Tribunal intenta despejar la duda acerca si los hechos en cuestión consisten o no en el principio de ejecución de la violación, o bien, si el sujeto puso todo de su parte pero el delito no se consumó por causas ajenas a su voluntad. Uno de los elementos más importantes que analiza es el relativo al tipo subjetivo de este delito, es decir, la intención de concretar un acceso carnal (dolo de violar) o simplemente se trata de una acción sexual distinta para poder determinar entonces, si los hechos realizados eran todo lo que quería hacer el agresor o tan solo un paso previo, precisión que el fallo recurrido de segunda instancia, no realiza.

La Corte Suprema estima, que si bien los hechos no constituyen un acceso carnal, si revelan indudablemente el propósito de acceder carnalmente a la menor (pero que no logró por la llegada repentina de los padres aquella) y no de efectuar solamente el abuso sexual. Considera a partir de esa conclusión que los tocamientos de la menor constituyen abusos absorbidos por el tipo penal de la violación frustrada (aplicando principio de consunción y especialidad), al contrario de lo que plantea el voto de minoría que estima, fijando su atención en el plano objetivo y considerando no del todo inequívocas las circunstancias que rodearon los hechos para deducir de ellos el dolo de violar, que la conducta es constitutiva de abusos sexuales por cuanto no hubo acceso carnal, prefiriendo la aplicación del principio de subsidiariedad que considera más adecuado para el caso, en razón de estimar que se ajusta al principio de tipicidad “en cuanto descripción precisa de la conducta sancionada”.

Una caso similar de interrupción en la ejecución del delito es aquel en el cual, una vez reducida la víctima y existiendo contacto de los órganos sexuales sin concretarse la penetración, el sujeto desiste de mantener relaciones sexuales como consecuencia, no del actuar de terceros, sino por el hecho que la mujer muerde la oreja de su agresor provocándole dolor y sangramiento. En primera instancia el Juzgado del Crimen de Coyhaique calificó los

---

<sup>114</sup> Este supuesto sería constitutivo, de acuerdo a la mayoría de la doctrina, de una violación tentada, considerando además que este delito corresponde a uno de mera actividad que por tanto no admite la calificación determinada por el tribunal.

<sup>115</sup> El fallo de 2º instancia contradictoriamente, por una parte califica como consumados los hechos por aplicación del artículo 362 CP vigente previo a la reforma de la Ley N° 19.617 y por otra aplica la nueva redacción del artículo 361 CP por ser más favorable al sentenciado.

<sup>116</sup> La Corte en su considerando 9º: “la pregunta central que debe formularse se refiere a si la conducta antes mencionada, consistente en la frotación del pene sobre la vagina de la menor, causándole lesiones menores en la vulva y congestión en el introito, sin penetración, habiendo eyaculado el sujeto, corresponde a una hipótesis de violación consumada, frustrada o tentada o incluso, a un delito contra la libertad sexual diverso, como el abuso sexual”.

hechos como violación frustrada y la Corte de Apelaciones confirmó la resolución. Las razones para adoptar esa decisión radican en que ambos tribunales diferencian entre el principio de ejecución del delito y el principio de ejecución de la cópula y con esta distinción confunden las etapas imperfectas al concluir que, pese a la ausencia del acceso carnal con el cual falta uno de los actos para el complemento de la violación consumada, hay delito frustrado puesto que aquella no se perfeccionó por causas independientes de la voluntad del sujeto. Es así que cometen un error estos tribunales al razonar de este modo, ya que mal puede haber frustración si esta requiere que se ejecuten todos los actos necesarios para que el delito pueda consumarse pero por otro lado señala que falta uno o más para su complemento. Se trata además de una decisión que olvida la naturaleza del delito investigado (delito de mera actividad).

La Corte Suprema, en cambio, en el fallo de 27 de Noviembre de 2001, Rol N° 2163 – 2001, acogiendo un recurso de casación en el fondo, anula el fallo y resuelve que se trata de una violación en grado de tentativa. Para llegar a esta conclusión, la Corte en su considerando 5°, citando a Mario Garrido, indica tres elementos que requiere la tentativa y que se dan en el caso en cuestión. En primer lugar que el sujeto no alcanzó a desarrollar una parte de la actividad que le correspondía realizar para la consumación del delito; en segundo lugar tuvo que interrumpir su continuación de modo que faltan actos para su complemento y en tercer lugar, la interrupción se produce por causas ajenas a su voluntad. Entre estos elementos, el que estima más importante la Corte, corresponde a la circunstancia de faltar actos para la completa ejecución del delito, que en el caso específico de la violación, está constituido por “la penetración vaginal del sexo invasor”<sup>117</sup> y que resulta esencial para entenderla consumada.

En relación al perfeccionamiento del delito, la Corte estima que este se entiende consumado, al igual que la mayoría de la doctrina, con la penetración parcial del órgano sexual masculino, no siendo necesaria que esta sea completa ni finalice con la inseminación. Así resuelve el Máximo Tribunal en la sentencia del 28 de Agosto de 2003, Rol N° 2.866 – 03, donde sostiene en el considerando 4° y 5°, que la penetración vía anal con la punta del miembro, satisface los elementos del tipo de violación que penaliza el acceso carnal no consentido, desestimando el recurso de casación interpuesto en contra de las sentencias de 1° y 2° instancia que sostenían el mismo criterio.

En relación también respecto a la consumación de este delito, la presencia de espermios en el flujo vaginal de una menor, permitió establecer en el fallo de la Corte Suprema de 28 de Octubre de 2003, Rol N° 2032 – 2002, una tentativa de violación pese a que el informe médico legal de ginecología forense lo explicaba como consecuencia de abusos deshonestos en la medida que las lesiones constatadas por las pericias efectuadas a la víctima, no acreditaban una violación por no haber desgarros, e incluso el himen se

---

<sup>117</sup> Considerando 6°: que en el caso de autos y dada la descripción del hecho investigado, resulta evidente que nos encontramos ante un caso de delito tentado, pues el autor si bien realizó algunos actos destinados a violar a la víctima, no alcanzó a penetrarla, (...), o sea, para completar el delito le faltó el elemento esencial de la violación, que consiste en la penetración vaginal del sexo invasor”.

presentaba intacto. Este tribunal estima por el contrario, que los hechos configuran una tentativa como consecuencia de la imposibilidad de acceso carnal a la menor, debido a la desproporción de los órganos sexuales, en los cuales el sujeto solamente tuvo un contacto e intento de penetración y sin que sea necesaria para la consumación, la rotura del himen lo que implica que no se requiere la penetración completa.

El tribunal de primera instancia en su sentencia de 1998, apreciando los antecedentes reunidos en el proceso, rechaza desde el inicio la solicitud de la defensa en orden a recalificar el delito objeto de investigación, a uno de abusos deshonestos, considerando que “la circunstancia que el himen esté intacto, no implica que no hayan existido maniobras sexuales destinadas a la cópula y eyaculación, lo que se reafirma con la presencia de espermios en el flujo vaginal”. A esto agrega: “y lo dispuesto en el artículo 362 del Código Penal”, refiriéndose a la redacción de dicha norma al tiempo de dictarse el fallo y que establecía que la violación se considera consumada desde que existe principio de ejecución, disposición que en ese momento resultaba plenamente aplicable.

En el caso que la tentativa de violación no hubiese estado debidamente establecida como lo sostenía la defensa y correspondiese la calificación como abusos deshonestos (hoy en día abusos sexuales), probablemente la decisión del juzgador de calificar los hechos como una tentativa de violación habría estado orientada por un criterio político criminal vinculado a la posibilidad que otorgaba el artículo 362 CP de estimar como consumados los hechos para efectos de su penalidad, opción que claramente implica una mayor penalidad de la que correspondía a los abusos sexuales y con ello dar una respuesta mas fuerte al repudiable atentado a la indemnidad sexual de la menor que significan tales hechos.

Luego, si esa decisión no es del todo criticable como consecuencia que se trata de normativa vigente a la fecha del fallo del Segundo Juzgado del Crimen de San Bernardo y además por la facultad de acudir a la sana crítica que posee el juez a la hora de esclarecer esta clase de hechos, no se puede decir lo mismo de la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel del año 2002, Rol N° 2333-98. Este Tribunal de Alzada confirma el fallo en lo relativo a la calificación de los hechos y aplica, sin fundamentación alguna en sus considerandos, la agravación que suponía el artículo 362 CP en circunstancias que a la fecha se encontraba derogado, y la ley que así lo disponía (Ley N° 19.617), incluso hacía aplicable sus disposiciones a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, por ser menos gravosa atentando contra el principio constitucional de reserva legal contemplado en el inciso 7° del artículo 19 N° 3 CPR.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Asimismo se plantea la infracción del principio pro reo de acuerdo al cual se permite la aplicación retroactiva de la ley penal en cuanto esta sea más favorable, principio que es reiterado en el artículo 18 del Código Penal.

La Corte Suprema, advirtiendo la manifiesta infracción de ley que influye en lo dispositivo del fallo en que incurre el tribunal de alzada, casa de oficio la sentencia, rebajando la pena a la correspondiente al delito de violación en grado de tentativa.<sup>119</sup>

En esta misma línea de criterio acerca de la consumación de la violación se encuentra el fallo de la Corte Suprema de 7 de Julio de 2004, Rol N° 118 – 2004 que rechaza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Alzada y que pretendía cambiar la calificación jurídica de los hechos sostenida en 1° y 2° instancia fundándose en el fracaso del individuo en su intento de penetrar a la víctima, agregando que los informes periciales demostraban la inexistencia de espermios en muestra vaginal de la afectada, así como el argumento que la tentativa de violación se subsume en el artículo 366 bis.

La Corte Suprema resolvió, en su considerando 5°, que la violación se consuma tan pronto se inicia la penetración del miembro viril del autor, no siendo necesaria la inseminación de tal modo que la ausencia de espermios resulta irrelevante para esos efectos.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> En la sentencia de reemplazo dictada por este tribunal, se presentó un voto de minoría que planteaba que los hechos no configuraban una tentativa sino que se trató de un delito consumado en consideración que, citando un fallo anterior, se define la violación caracterizándola por el hecho que no se requiere la penetración completa del órgano viril ni la ruptura del himen ni la eyaculación, y el caso en cuestión es tal, ya que el autor tuvo acceso carnal con la menor vía vaginal, eyaculando en ella, sin llegar a romper el himen.

<sup>120</sup> La Corte Suprema no se pronuncia acerca de la posibilidad de aplicar los abusos sexuales en el fallo pero esta omisión se basa tal vez en los hechos que se tuvieron por establecidos como son haber conducido a la menor a un sitio eriazo siendo sorprendido in fraganti por funcionarios policiales, elementos que junto otros contenidos en el fallo, permiten tener por establecido el dolo de violar.

## CONCLUSIONES

1. La tentativa y la frustración constituyen ampliaciones de la punibilidad respecto de delitos descritos en el Código Penal como consumados y cuya configuración se verifica por la conexión del tipo penal de la Parte especial, con el artículo 7° del mismo cuerpo legal que establece que no es punible solo el delito consumado sino que además aquellas hipótesis en que se ha dado inicio a la ejecución de un delito pero faltan uno o más actos para su complemento o bien, aquellas en las cuales, pese a la ejecución completa de los actos necesarios para la consumación, esta no se produce por alguna causa independiente de la voluntad del sujeto que ejecuto los hechos.
2. La discusión dogmático penal relativa a la delimitación de las fases del *iter criminis* encuentra respuesta unánime en contadas ocasiones, pero partiendo casi en su totalidad desde el modelo objetivo que fundamenta la punibilidad de las fases anteriores a la consumación del delito.
3. A nivel jurisprudencial, los límites al *ius puniendi* como criterios político-criminales a la hora de interpretar los tipos penales y decidir acerca de una u otra fase de ejecución de un delito encuentran un límite que esta dado por el hecho que las consideraciones que realicen los sentenciadores no debe pretender evaluar la justicia o conveniencia de determinada norma bajo el riesgo de ejercer funciones que le competen al Tribunal Constitucional el cual debe ser el verdadero encargado de velar que las leyes penales no vulneren los derechos de las personas y no infrinjan principios, constitucionales o no, derivados del Estado Liberal de Derecho en el momento de dar respuesta a la persecución de delitos que no significan un ataque grave a bienes jurídicos protegidos.
4. Los fallos analizados en el período permiten señalar que los criterios jurisprudenciales no siguen las opiniones planteadas por la doctrina en lo que dice relación con la admisión de determinadas etapas del *iter criminis* como es el caso de la frustración en los delitos de mera actividad, respecto a la cual, en los delitos examinados, constantemente, tanto la Corte de Apelaciones de Valdivia como la Corte Suprema, se pronunciaron sin ambages por su configuración.
5. Asimismo, se puede concluir que en los fallos de la Corte Suprema, los razonamientos desarrollados y las conclusiones a las que llega son en general constantes buscando con ello uniformar los criterios en casos de similares características, como ocurre con los elementos necesarios para la consumación de la violación y el carácter del inciso 1° del artículo 450 CP como una regla especial de punibilidad, pese a que no se haga cargo de todas las cuestiones planteadas por los recurrentes en las impugnaciones.
6. Las decisiones de los tribunales analizados, en muchas ocasiones se esconden bajo un ánimo persecutorio promovido por los encargados de realizar esta labor, mas que en una aplicación objetiva de los tipos penales que de una respuesta adecuada que se ajuste tanto a la culpabilidad del sujeto como a la gravedad de los hechos y no vaya destinada a aumentar la cuantía de la pena.



## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de la República
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal. *Revista Electrónica de Política Criminal*. N° 1, D1. <http://politicacriminal.cl>
- ACHAVAL, Alfredo. *Delito de violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico*. 2° edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel Y DÍAZ – MAROTO, Julio. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 2° edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. En *Comentario de la Jurisprudencia del año 2003*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Legis. Número 1. Bogotá, 2004.
- CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Revista Electrónica de Política Criminal*, N° 1, 2006. A2. disponible en <http://www.politicacriminal.cl>

¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, *La Semana Jurídica*, N° 192.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7° edición. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.
- DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “Delitos contra bienes instrumentales” *Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*.”. Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. N° 2. Editorial Legis. Bogotá, 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo II y III. 3° edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. “Sentencias sobre determinación del iter criminis en la falta de hurto cometido en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia - Corte de Apelaciones de Valdivia)”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XVI, 2004, p. 229-240.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Tomo II. 3° edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

*Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV. 3° edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

*Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1984.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Estudios y Defensas Penales*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2º edición. Ediciones Jurídicas Marcial Pons. Madrid, 1997.
- KUNSENMÜLLER, Carlos. “Importancia dogmática y político - criminal de los principios limitadores del ius puniendi”. *Gaceta Jurídica*. Nº 264.

“Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal Chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. LXXXIX. Nº 2. 1992

“Los principios cardinales del ius puniendi a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Revista Electrónica de Política Criminal*. Nº, 2006. A3. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl>

- LUIZI Luis. “El principio de intervención mínima”. En Luiz, Luis. et. al. *Política Criminal y Reforma Penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitas S.A. España, 1999.
- MAÑALICH RAFFO, Juan. *Tentativa y Delito Frustrado*. Revista de Derecho. Editorial Legis. Universidad Adolfo Ibáñez. Colombia. Nº 2. 2005
- MERA FIGUEROA, Jorge. *Hurto y robo*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 1995
- MERCADO GÓMEZ, Marco Antonio. *Problemas Concursales y Delito Continuado en los Delitos que Protegen la Libertad Sexual*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1991.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”, “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”, *Revista de Política Criminal*. Nº 1, D2. disponible en <http://www.politicacriminal.cl>
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5º edición. Editorial Reppertor, S.L. Barcelona, 1998
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Parte General, Tomo II. 3º edición. Santiago, 2005
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de la últimas modificaciones legales en materia de hurto – falta”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI. Semestre I. Valparaíso, 2005
- POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999

*Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2004
- RAMÍREZ, María Cecilia. “La frustración en los delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia. Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, 2005.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.
- TOBAR, Juan Carlos. “Violencia Sexual. La Nueva Ley” en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*. Nº 1. 2000.
 

*Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley*. Pehuen Editores Ltda. Santiago, 1999. Vivanco S, Jaime. *El Delito de Robo con Homicidio. Ensayo de una interpretación a la luz de la doctrina del tipo*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000.
- Apuntes de Derecho Penal Parte General año 2006: Tipos de imperfecta Realización: el *iter criminis*. Prof. Dr. José Ángel Fernández Cruz.