



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EL ITER CRIMINIS EN EL DERECHO PENAL CHILENO

ALEJANDRO FIGUEROA HERRERA
FELIPE ANDRÉS LOZANO VALDERRAMA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Roberto Salim-Hanna

Santiago, Chile

2017

Tabla de contenido.

CAPITULO 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1 El iter criminis. Concepto	1
1.2. Fundamento de la punibilidad de los actos previos a la consumación del delito	6
1.3. Importancia del iter criminis en nuestro ordenamiento jurídico	14
1.4. Problema en estudio	17
1.5. Dificultad del problema en estudio	20
CAPITULO 2. LA FASE INTERNA	25
2.1. La ideación, deliberación y resolución criminal	26
2.1.1 <i>Fase de ideación:</i>	26
2.1.2 <i>Deliberación:</i>	27
2.1.3 <i>Resolución Delictual</i>	28
2.2. Impunidad de los pensamientos	31
2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia. Limitaciones	34
CAPITULO 3. LA FASE EXTERNA: LOS ACTOS PREPARATORIOS	41
3.1 Actos Preparatorios	41
3.2 Concepto de actos preparatorios	42
3.3 Impunidad de los actos preparatorios en la medida que no se conecten con actos ejecutivos	47
3.4 Los actos preparatorios en materia de crimen organizado	51
CAPITULO 4. LA TENTATIVA (TENTATIVA INACABADA)	55
4.1 Concepto de Tentativa:	55
4.2. Distinción entre actos preparatorios y tentativa	59
4.3 Teorías o posturas doctrinarias que tratan de explicar o delimitar los actos preparatorios de la tentativa	61
4.3.1 La Faz Objetiva del Tipo de Tentativa	61
4.3.1.1 La Teorías Objetivas en General	61
4.3.1.2 Teorías Objetivas Propias	66
4.3.1.2.1 Teoría Formal de Beling	66
4.3.1.2.2 Teorías Mixtas	66
4.3.1.2.3 Teorías Escépticas	67

4.3.1.3 Teorías Objetivas Impropias.....	68
4.3.1.3.1 Teoría Pragmática de Carrara.....	68
4.4 Criterios Generales que deben servir como pauta al tribunal.....	73
4.5 Distinción entre actos preparatorios y tentativa en los delitos de mayor connotación social.....	78
4.6 Importancia de la distinción entre Actos Preparatorios y Tentativa.....	87
4.7 Tentativa Inidónea y Delito Putativo.....	88
4.8 Tentativa en el Delito Omisivo.....	90
4.9 Análisis Jurisprudencial.....	91
4.9.1 Jurisprudencia en Delitos contra las Personas.....	91
4.9.2 Jurisprudencia en Delitos contra la Integridad Sexual.....	98
4.9.3 Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad.....	102
CAPITULO 5. EL DELITO FRUSTRADO O TENTATIVA ACABADA.....	111
5.1 Concepto de Delito Frustrado o Tentativa Acabada.....	111
5.2 Elementos del Delito Frustrado o Tentativa Acabada.....	112
5.3 Distinción entre Tentativa y Delito Frustrado.....	113
5.4 El Desistimiento.....	116
5.5 Análisis Jurisprudencial.....	117
5.5.1 Jurisprudencia en Delitos contra las Personas.....	117
5.5.2 Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad.....	126
CAPITULO 6. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.....	147
6.1 Concepto de Consumación.....	147
6.2 Momento de Consumación en los delitos de mayor connotación social.....	148
6.3 Análisis Jurisprudencial.....	166
6.3.1 Jurisprudencia en Delitos contra las Personas.....	167
6.3.2 Jurisprudencia en Delitos contra la Integridad Sexual.....	177
6.3.3 Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad.....	180
CAPITULO 7. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL ITER CRIMINIS: EL DOLO.....	195
7.1 Concepto de Dolo en Materia Penal.....	195
7.2 Dolo Eventual e Iter Criminis.....	196
7.3 Delito Preterintencional y Delito Calificado por el Resultado.....	198
CONCLUSIÓN.....	202
BIBLIOGRAFÍA.....	204

CAPITULO 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 El iter criminis. Concepto

El tema en estudio se denomina el *Iter Criminis*, (*el camino del delito*), es decir, “las distintas hipótesis en que el sujeto trató de cometer el delito, pero éste no llegó a consumarse, constituye el tema principal de lo que los prácticos italianos llamaron el iter criminis, esto es, el camino o vía del delito. El iter criminis puede reducirse a una mínima expresión o presentarse de manera más o menos compleja y elaborada”.¹

La comisión de un delito o hecho punible puede en la gran mayoría de los casos, fragmentarse en el transcurso del tiempo, así, el *Iter Criminis* comienza desde la ideación del delito en la mentalidad del sujeto (fase interna) hasta su consumación definitiva, o incluso extendiendo su análisis hasta la fase del delito agotado. De esta forma se distinguen las diversas etapas de un acto punible, de manera cronológica, y separándolo de aquellos actos que nuestro ordenamiento jurídico considera impunes.

“En todo delito doloso es posible trazar el curso de la conducta del actor a través de diversos estadios, por fugaces que sean (aunque ellos no estén siempre claramente

¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Los actos preparatorios del delito Tentativa y Frustración, El Iter criminis, 1ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1999. 25 p.

diferenciados en la realidad de la vida). Ellos se inician con la ideación y la resolución de cometer un delito; puede seguir una actividad preparatoria, que incluye, eventualmente, si no se trata de un hecho pensado como acción puramente individual, la proposición de la ejecución del delito a otra u otras personas por el que ha resuelto cometerlo, o la conspiración, esto es, el concierto entre dos o más personas para su ejecución (art. 8° del C.P.); luego el principio de ejecución; la entera actividad de ejecución y la producción del resultado, a todo lo cual puede añadirse todavía la fase de la terminación o agotamiento del delito, posterior a la consumación y por lo mismo, irrelevante para ella ”²

El “Iter Criminis” según los prácticos italianos del siglo XVIII en adelante, es el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, es lo que otros autores denominan como “el camino del crimen”, es decir, las distintas etapas de la concreción del delito.³

Así en este contexto, sostiene la doctrina que el iter criminis supone la investigación de las fases por la que atraviesa el delito, desde la IDEACIÓN, hasta su agotamiento⁴. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, es todo lo que pasa desde que la idea entra en él, hasta que consigue el logro de sus afanes.⁵

“La fase interna comprende la *ideación, deliberación y resolución* delictiva. La externa, que sigue en el tiempo a la anterior, comprende los actos *preparatorios*; los de *ejecución y consumación*, que se creen susceptibles de diferenciar objetivamente, aunque

² íbid.

³ ARANGO DURLING, Virginia. El Iter Criminis, Introducción al tema, 1ª Edición, Ediciones Panamá Viejo, República de Panamá, 2001, 10 p.

⁴ BUSTOS RAMIREZ, Manual 1984, 308 p.

⁵ FRIAS CABALLERO. 17 p., BUSTOS RAMIREZ, 1984. 308 p.

hay reconocimiento unánime de que en la realidad esa distinción es compleja y ambigua, aun recurriendo a criterios objetivos y subjetivos en conjunto”.⁶

En palabras del profesor Enrique Cury: “De manera muy esquemática, en el proceso de ejecución de un delito es posible distinguir una progresión de etapas sucesivas. El sujeto idea primero el hecho punible, es decir, éste se representa a su inteligencia como posibilidad de realización; luego resuelve cometerlo, acogiendo en la voluntad lo que el intelecto le ha propuesto y poniéndolo además nuevamente en juego para planificar la conducta. Una vez decidido, el agente necesita preparar la ejecución, ordenando medios e instrumentos a fin de asegurar el éxito. Sólo entonces se dispondrá a verificar la acción típica y, en el caso de los delitos de resultado, a la consiguiente causación del evento diferenciadas. En un homicidio pasional, por ejemplo, es posible que se confundan completamente desde el punto de vista cronológico. Y, sin embargo, también en tales casos se las habrá recorrido, aunque entre ellas sólo medie un espacio de tiempo imperceptible. Este desarrollo complejo concluye con la consumación, esto es con la realización completa del hecho típico. Pero los límites del tipo suelen no coincidir con el momento en que el autor alcanza la meta que se ha propuesto. En estos casos se distingue la consumación del agotamiento del delito. Aunque la importancia penal de este último es limitada, no es posible ignorarlo por completo.”⁷

Es durante este proceso cronológico del iter criminis que el hecho puede verse interrumpido por causas independientes de la voluntad de su autor, es decir, por motivos no queridos ni previstos por el ejecutor de la conducta, así por ejemplo quien se disponía a cometer un asesinato, es sorprendido por la policía en el momento que preparaba el veneno.

⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapas de concreción del delito, 4º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005. 341 p.

⁷ CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general, Concepto de tentativa y delito frustrado, 8º edición. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p.p. 549-550.

“En el delito intentado y en el frustrado es fundamental que el resultado típico no se haya producido, y ello por causas *independientes* a la voluntad del autor. Esto último es fundamental, pues si la no producción de ese resultado se debe a la voluntad del sujeto activo, no habrá delito, como se señalará cuando se analicen el desistimiento y el arrepentimiento”.⁸ Sin embargo esta opinión de Garrido Montt debe matizarse, ya veremos más adelante que existe una discusión doctrinaria en torno al desistimiento. Para un amplio sector de la doctrina “el efecto de la excusa absolutoria sólo tendrá lugar cuando el actor no sólo interrumpe la acción efectivamente comenzada, sino que renuncia, también para el futuro, a un ataque equivalente en contra del mismo objeto.” Por lo tanto para estos autores la mera “suspensión” de la realización del hecho punible, no basta para que haya desistimiento, es decir, se requiere además que renuncie a realizarla en el futuro.

Como se señaló el proceso delictual o camino del delito puede verse interrumpido en cualquiera de sus distintas etapas, por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. “Cuando esto ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado exteriormente de algún modo, la situación es irrelevante para el derecho, en virtud del principio, aceptado ya por los juristas romanos de que *cogitationis poenam nemo partitur* (el puro pensamiento nunca es punible). Tampoco ha de considerarse la realización de *actos preparatorios* a los cuales no se sigue la verificación del delito. Pero cuando el sujeto emprende la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, o cuando, ejecutada toda la acción, no consigue ocasionar el *resultado típico*, se da lugar a una sanción penal”.⁹

⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. pp 349-350.

⁹ CURY URZÚA, Enrique. Op.Cit. 550 p.

Nuestra ley sanciona no sólo al que ha consumado el delito, también sanciona conductas anteriores a la consumación del mismo (tentativa y frustración). Cuando un delito se encuentra consumado, se sancionará conforme a la pena total establecida para este, así se debe recordar que el Código Penal chileno tipifica las conductas una vez que se encuentran consumadas (rara vez tipifica como consumadas conductas que son en sí mismas tentativas o actos preparatorios, pero en estos casos equipara la tentativa o el acto preparatorio al delito consumado). Artículo 50 C.P.: “*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado*”. “El delito está consumado cuando el hecho concreto responde exacta y enteramente al tipo abstracto, delineado por la ley en una norma incriminadora especial”¹⁰

Sin embargo, si bien la ley en general sanciona los delitos una vez consumados, también como se señaló, va a sancionar conductas anteriores a su consumación: delito tentado y frustrado, cuando el delito no se pudo concretar por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Es dentro de este contexto que va a surgir el problema de establecer desde qué momento se entiende que hay tentativa. En otras palabras, desde cuándo se da comienzo a la ejecución del delito por hechos directos y el derecho penal debe sancionar esa conducta.

¹⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.Cit. 13 p.

1.2. Fundamento de la punibilidad de los actos previos a la consumación del delito

El derecho penal existe desde que el hombre vive de manera civilizada en sociedad. La existencia de penas impuestas por la autoridad para quien no acatara determinados comportamientos, existe desde épocas inmemoriales, ya en la antigüedad, en Babilonia existía el Código de Hammurabi que sancionaba con penas estrictas. Se estableció la Ley del Tali3n (ojo por ojo diente por diente). Posteriormente en Roma la ley de las doce tablas, las tablas VIII y IX contenían normas de derecho penal en esa 3poca hist3rica. Se establecía especialmente la pena capital.

Así se evolucion3 hasta el advenimiento de los Estados modernos, hoy en nuestro pa3s nuestro C3digo Penal sanciona los delitos de mayor connotaci3n social. Para entender la justificaci3n de las penas en una sociedad, hay que realizar un estudio completo sobre la Teor3a de la Pena, y ver las diversas teor3as que tratan de explicar la fundamentaci3n de que se impongan penas por la autoridad en una sociedad determinada, y la funci3n del derecho penal en general. As3 existen teor3as absolutas, que justifican la pena en s3 misma, es decir su funci3n es restablecer el daño causado, entendiendo que el delito es un daño que se le hace a la sociedad en general. Tambi3n como una retribuci3n que el Estado otorga a la v3ctima de ese delito. Por otro lado est3n las teor3as relativas de la pena, que otorgan un fin distinto a la pena, como prevenir futuros delitos o la rehabilitaci3n del delincuente. Estas teor3as en t3rminos generales y dependiendo de la postura que se adopte, tratan de explicar los fines de la pena y del derecho penal.

En nuestra opinión creemos que el fin de la pena debe estar dado por una justificación en sí misma, esto es, una teoría absoluta, en sentido de restablecer el daño causado tanto a la sociedad en general como a la víctima.

Para nosotros en el *Iter criminis*, la justificación de que la autoridad sancione con penas (la mayoría privativas de libertad) a quien ha dado inicio a la ejecución de un delito o un crimen, tienen en términos generales los mismos fundamentos que la imposición de penas para los delitos consumados, sin embargo, aquí el Estado sanciona no sólo a quien atenta efectivamente contra ciertos bienes jurídicos sino también a aquellos que lo ponen en peligro, en caso de la tentativa y frustración. Se sanciona a quien de manera dolosa, ha puesto en peligro dichos bienes jurídicos, aunque no se haya consumado efectivamente, sino que basta con que se haya dado inicio a la ejecución del hecho delictual.

Aunque si bien representa un grado menor de sanción a quien sólo ha puesto en peligro dicho bien jurídico, a diferencia del que efectivamente lo lesionó.

Creemos que aunque sea el mismo dolo del agente que participa en la tentativa acabada e inacabada y en el delito consumado, se justifica plenamente la graduación de la pena, atendiendo a la fase de comisión y a la mayor o menor cercanía a la lesión efectiva del bien jurídico tutelado. En este sentido a menor peligro o lesión objetiva, menor penalidad, lo que justifica la reducción de sanción en la tentativa. Por ende, no nos parece del todo lógico que en los delitos de robo con violencia e intimidación, piratería y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, se equipare la pena de la tentativa al delito

consumado, puesto que no subyace el mismo peligro o lesión efectiva a los bienes protegidos.

“La tentativa, en cuanto delito imperfecto, representa un menor injusto con relación al delito consumado, ya que, aunque la voluntad del hechor apunte a la consumación, el tipo legal no se ha completado, sino que únicamente se le ha dado principio. No es bastante, pues, la voluntad que apunta a la realización del tipo descrito en la ley, sino que ella debe haberse exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos”.¹¹

“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. Existe hurto cuando con el objeto de apropiarse de una cosa, el autor la sustrae de la esfera de custodia de la víctima. Sin embargo, la circunstancia de que no se consume el hecho no significa que no puedan castigarse los actos dirigidos a ese objetivo y que no lo logran”.¹²

Es decir, se sancionan actos que preceden a la consumación del delito, y que si bien representan un menor injusto en relación al delito consumado, el legislador ha optado por sancionarlos.

¿Por qué razón el legislador ha preferido penalizar estos actos previos a la consumación (tentativa y frustración)?

¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op. Cit. pp 106-107.

¹² GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit. 343 p.

Si bien la doctrina ha elaborado diversas teorías en cuanto a la punibilidad de la tentativa, Teorías objetivas que se enfocan en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado y por otro lado las teorías subjetivas, que al contrario, apuntan a la peligrosidad del sujeto: en este sentido se podría llegar a sancionar incluso como tentativa el delito imposible, aunque no se ponga en peligro efectivamente el bien jurídico protegido. En la Alemania nacionalsocialista surge esta tendencia, así existen un sinnúmero de casos citados por el profesor Politoff, a saber, la condena por tentativa de aborto de una mujer que pretendía ocasionarse un aborto comiendo terrones de azúcar y que sin embargo no estaba embarazada (imposibilidad absoluta del objeto y de los medios), la condena por deshonra a la raza aria de un hombre ario que mantuvo relaciones sexuales con una mujer aria, pero que él creía que era judía, se le sancionó por tentativa, ya que existía una “voluntad delictual”, aunque objetivamente no se pusieran en peligro de ningún modo dichos bienes jurídicos, por ser delitos imposibles. A raíz de esto surge la tendencia de sancionar la tentativa inidónea.

En las teorías subjetivas se le da énfasis a la voluntad del sujeto activo:

“La tentativa es punible porque el delincuente, aunque no consume el delito tentado, con su accionar criminal, ha revelado su grado de peligrosidad social, fundamento último del castigo de la norma penal”¹³

¹³ MONOGRAFIAS: <http://www.monografias.com/trabajos89/tentativa-y-delito-imposible-guia-estudio/tentativa-y-delito-imposible-guia-estudio.shtml#ixzz34ExzKad1>

Nos parece excesiva dicha postura ya que se estaría sancionando la exteriorización material de una voluntad dañina, pero que en la vida real no logra poner en peligro o lesionar a bien jurídico alguno. Siendo dicha lesión el fundamento último de la norma penal y no la peligrosidad social del agente, como se pretende por los subjetivistas.

“Así ha surgido una teoría subjetiva extrema, que ha logrado imponer su criterio a la jurisprudencia alemana y cuyo expositor más destacado e influyente fue BURI, postula la punibilidad de toda tentativa, así la idónea como la inidónea, de manera *ilimitada*. Nada importa que los medios empleados sean totalmente incapaces de producir el resultado típico o que el objeto del ataque no haya existido jamás. La voluntad rebelde que se expresa en la ejecución de la acción basta para justificar la irrogación de una pena”.¹⁴

De más está decir que estamos totalmente en desacuerdo con dicha postura, en un Estado de Derecho, enmarcado por principios, como el de tipicidad que describe conductas concretas, y atentados reales y efectivos en contra de bienes jurídicos como la vida, integridad, patrimonio, etc., y actos que ponen en peligro de manera directa y real a los individuos de la comunidad. Si no fuera así, llegaríamos al absurdo de tener que sancionar incluso a aquellos magos o hechiceros que con rituales o toda suerte de artilugios, pretenden causar un mal a otros, por solo revelar una voluntad criminal, y que jamás por más que quisieran podrían efectivamente causar un daño a una persona.

¹⁴ CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit. 576 p.

A pesar de lo anterior aún “hay quienes sostienen que lo que se castiga primordialmente en la tentativa ya que falta el resultado típico, es el ánimo o voluntad dañina del autor, el aspecto subjetivo (derecho penal de autor)”¹⁵

Para estos “el delito es en su esencia violación de un deber de obediencia, no lesión de un bien o conmoción de un interés”¹⁶

“No se castiga el acto peligroso, sino al individuo peligroso para el Estado”.¹⁷

Por otro lado existen las tesis objetivas: “Para esta teoría el fundamento del castigo de la tentativa es la puesta en peligro, con el accionar del autor, del bien jurídico protegido. Cuando se habla de bien jurídico protegido se hace referencia al derecho que mira cada delito, aunque no se cause daño alguno a ese derecho con dicha infracción, -como es el caso de los delitos de peligro”¹⁸

¹⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op. Cit. 110 p.

¹⁶ BETTIOL, Op.cit., 492 p.

¹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 264 p.

¹⁸ MONOGRAFIAS: <http://www.monografias.com/trabajos89/tentativa-y-delito-imposible-guia-estudio/tentativa-y-delito-imposible-guia-estudio.shtml#ixzz34F7ltuqx>

“Aunque el dolo no difiera en la tentativa y en el delito consumado, es el concepto de la peligrosidad objetiva de realización del tipo legal –el cual es mayor que en los meros actos preparatorios –el fundamento de la punibilidad no meramente excepcional de la tentativa”¹⁹. Es decir, lo que interesa realmente es la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma como fundamento del castigo de la tentativa, y no el elemento subjetivo de peligrosidad del sujeto. Por lo que para un sector de esta doctrina sería impune la tentativa inidónea.

“Frente a la teoría subjetiva, el objetivismo proclama la impunidad de la tentativa inidónea y, consiguientemente, se esfuerza por trazar un deslinde entre ella y la idónea. Es idónea aquella tentativa que ha sido ejecutada con medios capaces de causar el resultado típico y que ataca un objeto existente; si el objeto no existe o los medios de ejecución no son hábiles para realizar la lesión, la tentativa es inidónea”.²⁰

“Aquí se distingue la teoría objetiva clásica, cuya versión más depurada lo representa la concepción de CARRARA”²¹, quien distingue entre *inidoneidad absoluta* y *relativa*. “La inidoneidad es absoluta cuando los medios son por su naturaleza incapaces de alcanzar el resultado, o cuando el objeto de ataque no existe del todo. Por la inversa, la inidoneidad es relativa si los medios que generalmente serían hábiles para causar el resultado, no lo son atendida la situación concreta, o si el objeto existe, pero, en el momento de ejecutarse la acción, se ha colocado accidentalmente fuera del alcance de ataque. Esto ocurriría si se hubiese intentado envenenar a Mitrídates con una dosis que sería letal para un hombre corriente (medio relativamente inidóneo) o se disparara sobre el lecho en que la víctima no se encuentra en ese instante porque lo abandonó por un lapso breve (objeto relativamente inexistente). CARRARA estima que la tentativa es punible

¹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op. Cit. 107 p.

²⁰ CURY URZÚA, Enrique. Op. cit. 577 p.

²¹ CARRARA, I, 359 y sgts, págs. 249 y sgts., y Grado en la fuerza física del delito, cit., 70 y sgts., 271 p; FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 4^o edición, 1808, cit. Por MEZGER, II, 53, III, 1 pág.253; Tratado cit., 42, nota 3, 76 p.

cuando se han empleado medios relativamente idóneos o se actuó contra un objeto relativamente inexistente, en tanto que el delito frustrado exige, para su perfección, la existencia absoluta del objeto y la absoluta idoneidad de los medios”.²² En opinión de Cury el criterio seguido por CARRARA es inaprovechable. Ya que “la rica variedad de combinaciones que puede presentar la realidad vuelve relativa toda inidoneidad. Un vaso de agua azucarada puede ser letal para un diabético. El golpe con un periódico doblado causará la muerte a quien fue recién operado del cerebro. En el fondo todo depende de la situación real y del *conocimiento* que el autor tenía de ella. Pero si se pretende introducir este correctivo, se pierde la objetividad que a los clásicos importaba tanto mantener”.²³

Dentro de las teorías objetivas también se encuentran la teoría de la ausencia (defecto) del tipo y la teoría de la impresión o del peligro concreto.

“Las bases de la teoría de la impresión (teoría del peligro concreto) fueron echadas por LISZT, para el cual *la tentativa no peligrosa (absolutamente inidónea) no es tentativa y, por consiguiente, no es punible*. El acto no debe ser considerado según una generalización arbitraria, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias especiales que le acompañan. El juicio se emite sobre una *base concreta* esto es atendiendo a aquellas de las circunstancias que el autor conocía o podía conocer en el momento de obrar. Por consiguiente sólo se toman en cuenta los factores *cognoscibles*, es decir, aquellos de cuya presencia se habría percatado un hombre corriente y que, de acuerdo con los resultados ordinarios de la experiencia, obstaban a la verificación de las consecuencias

²² CURY URZUA, Enrique. Op. cit., pp 577-578.

²³ CURY URZUA, Enrique. Op.cit. 578 p.

típicas”.²⁴ “Cuando el espectador de recto juicio dice al autor: ¡Deténte!, hay tentativa; no cuando le dice: Estúpido!”²⁵

1.3. Importancia del iter criminis en nuestro ordenamiento jurídico

El Iter Criminis es un tema general del derecho penal, que comprende el estudio de todo el proceso cronológico en la concreción del delito, desde su ideación hasta su consumación. Es transversal a la generalidad de crímenes y simples delitos que se cometan dentro del territorio nacional, excluyendo solamente las faltas. “Sólo son punibles en su forma imperfecta de frustración o tentativa los crímenes y los simples delitos, excluyéndose las faltas, en una práctica y laudable decisión de política criminal que los redactores del Código plasmaron en el art. 9º del mismo, con la sola excepción del nuevo art. 494 bis, que castiga la tentativa del hurto-falta, inspirado en criterios puramente preventivos.”²⁶

Los crímenes y delitos son acontecimientos que ocurren de manera cotidiana en nuestro país. Cada día, en cada región y lugar de Chile se cometen un sinnúmero de hechos delictuales. Basta leer los periódicos o ver los noticieros. Existe toda una institucionalidad estatal destinada a la persecución punible, el “*Ius puniendi*” del Estado, a través de las Policías (Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, etc.) que trabajan en conjunto con el Ministerio Público, en la investigación y persecución de los delitos. Los diversos tribunales: Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, para juzgar la

²⁴ *ibid*

²⁵ HIPPEL, Op.cit.,46, nota 2, 223 p.

²⁶ , POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre RAMIREZ, Maria Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004, 370 p.

comisión de estos. El Ministerio Público tiene facultades legales para investigar y acusar, no sólo respecto a delitos consumados sino también respecto a delitos tentados y frustrados. Es de común ocurrencia que estos no se logren consumir por causas independientes de la voluntad del autor, ya sea, porque la víctima logró sobrevivir a los balazos, porque Carabineros logró impedir que se consumara un robo, etc.

Nuestros Tribunales deben calificar jurídicamente un hecho que se les somete a su conocimiento y muchas veces existen dificultades de interpretación en cuanto a la calificación jurídica del mismo. Así por ejemplo, podrán surgir dificultades en determinar si un hecho constituye tentativa de un determinado delito o bien consumación de otro tipo penal. Por ejemplo si en el caso de un atentado contra la vida de una persona que resultó salir ileso, constituye ya sea un homicidio frustrado o uno tentado, o bien constituyen solo lesiones leves consumadas, o un concurso de ambos delitos. Ya exponía esto el Ilustre penalista italiano Francesco Carrara, en un caso sometido a la Corte Suprema italiana, en el cual un hombre llamado José Biagi disparó un arcabuz en contra de Miguel Bedini, por los celos que le provocaba que este cortejara a su enamorada Ester Berti. Este atentado le causó solo lesiones leves a Bedini. Carrara sostenía: “Toda la cuestión se reducía y se reduce a saber si el título y la pena consiguiente que debía aplicarse al delito de Biagi eran el de tentativa de homicidio premeditado, que inconsultamente fue definido por los jueces populares con una mayoría de siete contra cinco votos, o más bien el título de lesiones leves premeditadas, que yo sostengo que es el único título aplicable al caso, de acuerdo con la más rigurosa justicia [...] Se ha confundido e identificado desacertadamente la premeditación para herir con la premeditación para matar”²⁷

²⁷ CARRARA. Cuestiones sobre la Tentativa, Objetividad de la premeditación en la tentativa. Teoría. Editorial Temis S.A., 1992, 22 p.

Aquí se discute principalmente si el sujeto tenía dolo de lesionar o de asesinar, y por lo que expone Carrara llega a la conclusión que Biagi sólo tenía ánimo de lesionar, no había un *animus necandi*. Por lo que no procedía aplicar el delito de tentativa de homicidio premeditado. Es relevante en este caso el aspecto subjetivo de la tentativa, y es relevante para los efectos de determinar si el delito cometido fue de lesiones consumadas, por existir sólo ánimo de lesionar, o eventualmente de tentativa de homicidio por existir un dolo de asesinar, o incluso un homicidio frustrado.

En nuestro país, de la misma forma se han presentado un sinnúmero de casos de esta índole, en que se ha discutido en Tribunales si el sujeto tenía ánimo de lesionar o de matar. Es un asunto complejo de resolver y de suma importancia para efectos punitivos. Y aquí se debe relacionar la tentativa con el concepto de delito preterintencional. Y es al final el juez quien debe calificar jurídicamente el hecho, por esta razón debe conocer profundamente la teoría relativa al *iter criminis*.

Estos asuntos y otros resultan difíciles de resolver en la práctica, por ejemplo, cuando existe dificultad en distinguir si lo que ejecuta el agente son meros actos preparatorios o ya existe derechamente tentativa de delito. No existen parámetros claramente establecidos o demarcados y muchas veces puede quedar a la arbitrariedad de los magistrados.

El juez siempre tiene que estimar si en el caso concreto sometido a su conocimiento existe o no un hecho punible. Debe determinar si se dio o no inicio a la ejecución del delito, y si no es así considerarlo un mero acto preparatorio que es absolutamente impune.

O bien distinguir con las pruebas que el Ministerio Público le ha presentado, si aquellos hechos se enmarcan dentro de una tentativa o de una frustración, y para ello debe distinguir el aspecto subjetivo, también si el sujeto puso todo de su parte para que el crimen o simple delito se consumara y esto no se verificó por causas independientes de su voluntad, o si faltaban uno o más para su complemento. Todo ello con la importancia práctica de la penalidad que le asignarán al imputado, si es frustrado tendrá una pena mayor que si es tentativa.

Aquí radica la importancia social y fundamental de este tema, saber diferenciar los distintos momentos en la fase de comisión del crimen o simple delito para efectos de su penalidad, o de la absolución del imputado de toda pena por estimarse por el tribunal que no se había dado principio a la ejecución del mismo.

1.4. Problema en estudio

Es dentro de este contexto que surge la **problemática** de distinguir qué actos se enmarcan dentro de lo punible y cuales actos no quedan sancionados por nuestro derecho, y por ende son impunes. Es decir, actos preparatorios o preliminares al simple delito o crimen que no son sancionados, por no estar tipificados. Remitiéndonos al principio base del derecho penal “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, es decir, que no puede existir un delito o una pena sin una ley que lo establezca y sancione expresamente, es decir, todo aquello que el legislador no ha tipificado como delito, es impune y no puede ser sancionado, aunque sea una conducta aberrante o moralmente inaceptable para los miembros de una sociedad.

El problema surge cuando nuestro legislador ha sancionado la tentativa de delito, es decir, una conducta que es anterior a la consumación del mismo, en términos temporales. Y la ha descrito en los siguientes términos: *“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”*.

Y he aquí donde surge la principal dificultad a resolver: **¿Qué entiende nuestro legislador por dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos?** Ya que la ley no lo señala, es decir, no establece parámetros claramente demarcados. Por lo tanto, ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han tratado de resolver esta problemática y han jugado un papel fundamental en la elaboración de tesis y teorías que intentan delimitar los actos preparatorios de los actos de ejecución.

Un hecho que es impune (actos preparatorios) deja de serlo cuando comienza a ser tentativa de delito, en otros términos, ese hecho que era inocuo pasa a ser un hecho delictual y que la ley sanciona. Por esta razón es tan importante distinguir qué actos son preparatorios y cuáles ya son claramente tentativa, ya que unos serán impunes y los otros no. Por ejemplo: Un sujeto desea matar a otro y para esto lo hará por medio de veneno. El sujeto se dirige a la farmacia a comprar un veneno determinado, llega a su hogar y prepara un plato de comida, a la cual agrega el veneno, coloca el plato de comida en el lugar de la persona que desea asesinar y éste lo prueba. ¿En qué momento este hecho comienza a ser un acto delictual?, ¿lo será acaso desde el momento en que el sujeto idea en su mente el hecho de matarlo?, ¿o podría ser en el momento que compra el veneno?, ¿o acaso cuando

agrega el veneno a la comida?, ¿o en el momento que el sujeto lo lleva a su boca?. Es una respuesta difícil de responder. Y he aquí la problemática de trascendencia, ¿cuándo se debe entender que se da inicio a la ejecución del delito?, responder esta interrogante nos va a permitir establecer un límite que enmarca desde qué momento preciso el derecho penal debe intervenir, en otras palabras desde qué momento ese acto debe ser merecedor de sanción. Todo lo que quede comprendido antes de la tentativa será impune y todo lo que esté comprendido después de ella estará dentro del ámbito de lo punible.

En palabras de Sergio Politoff: **“¿Desde cuándo, en esa sucesión de etapas, pasa la conducta del agente a tener carácter delictivo y se vuelve merecedora de pena? ¿En qué casos, con qué fundamento y bajo qué condiciones se hacen punibles fases del desarrollo del delito anteriores a su consumación?** Tales son las preguntas principales que aborda la doctrina relativa al iter criminis ”.²⁸

“A esto se refiere la faz objetiva del tipo tentativa. En relación con este aspecto, la cuestión fundamental radica en determinar cuándo ha comenzado la ejecución del hecho punible respectivo y cuándo, por la inversa, los actos ejecutados deben sindicarse sólo como preparatorios. Constituye, sin duda, uno de los problemas más arduos con que se enfrenta la ciencia del derecho punitivo.”²⁹

²⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit. pp 26-27.

²⁹ CURY URZÚA, Enrique, Op.cit, 552 p.

En síntesis **¿Qué entiende nuestro legislador por dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos?, ¿Desde cuándo existe tentativa de delito?**

La exposición-**siguiendo en esto al profesor Cury**- “debe distinguir, en primer lugar, entre teorías objetivas y subjetivas. Las primeras, a su vez, se dividen en teorías objetivas *propias e impropias*, y las segundas en teorías subjetivas *extremas y limitadas*. Al grupo de las teorías objetivas propias pertenecen la *formal*, la *mixta* y, en cierto modo, la escéptica; al de las impropias, la teoría *pragmática*, las de la *causalidad* y las *materiales*”.³⁰ Las que serán explicadas y analizadas en detalle en el Capítulo IV de esta memoria.

1.5. Dificultad del problema en estudio

El problema anteriormente descrito ha presentado innumerables dificultades dentro de la doctrina penal, y de esta forma han surgido muchas escuelas y posturas que sostienen que es una tarea muy dificultosa y oscura de resolver, incluso algunos han llegado a afirmar que es imposible.

³⁰ id.

“En el centro de esa problemática está el concepto de tentativa, considerado por algunos, probablemente con cierta razón, “el más controvertido problema de la teoría general del derecho penal”.³¹

“Los prácticos del siglo XVIII ya calificaban ese asunto como *muy difícil y oscuro* (*Perdifficilis et perobscura est questio de conatu delinquendi*). En términos parecidos se expresaban, más tarde, autores clásicos como CARMIGNANI, en Italia, y MITTERMAIER, en Alemania. La jurisprudencia de la *Common Law* ha declarado también que la tentativa criminal *es más intrincada y difícil de comprender que cualquier otra rama del derecho criminal*”³²

La dificultad radica en poder distinguir la línea demarcatoria, la gran mayoría de las veces difusa que separa un acto preparatorio de la tentativa punible. Puede prestarse al arbitrio y a la interpretación subjetiva por parte del juez. La doctrina ha intentado demarcar dicho límite, a través de distintas tesis y posturas, que muchas veces también resultan contradictorias, incompatibles o desacertadas. Este es un asunto que “aún hoy sigue martirizando a los especialistas y a la jurisprudencia, aunque tiene razón, por supuesto CURY, cuando anota risueñamente que es algo exagerada la pretensión de algunos juristas alemanes de que la determinación del comienzo de ejecución del delito pudiera compararse a la *cuadratura del círculo jurídico penal*. Lo que sí vale la pena subrayar es que la teoría de la tentativa corresponde, como se ha destacado con razón por GÜNTER SPENDEL, a aquellos problemas del derecho penal en que con mayor claridad se advierte la diferencia

³¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 27 p.

³² íbid.

entre las distintas concepciones acerca del delito, no sólo en el plano teórico, sino también para los fines de la práctica en la aplicación del derecho”.³³

Sin embargo, como se señaló anteriormente para muchos autores resulta imposible establecer el límite entre actos preparatorios y actos de ejecución, siendo para estos un problema sin solución en la práctica, o bien para otros sólo sería posible delimitarlos en relación a cada delito en particular, pero no de manera general. “Sobre este aspecto, señala FONTAN BALESTRA refiriéndose a FRANK, destacando la imposibilidad de fijar siquiera posible tal diferenciación, hecho que también ha sido señalado por NOVOA MONREAL cuando manifiesta que *buen número de penalistas desecha la posibilidad de fijar de manera nítida con principios generales el deslinde entre actos preparatorios y actos ejecutivos* (FRANK, MASSARRI, DEL ROSAL) y piensan que se trata de una distinción muy relativa que no puede ser resuelta sino en relación con cada tipo concreto y en cada hecho determinado que se presente. De igual forma, podemos citar entre otros, autores que niegan tal distinción, a MANZINNI, ALIMENA y FRÍAS CABALLERO”.³⁴

Para GARRIDO MONTT la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos aparte de ser imposible, resulta artificiosa e inútil. Para este autor sólo basta con establecer si existe tentativa o no. “En verdad, la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, que desde una perspectiva naturalística es imposible concebir, resulta artificiosa e inútil. Lo que interesa jurídicamente es precisar qué actos que no logran consumir el tipo y han sido realizados con el objetivo de concretarlo, son punibles y cuáles no; los punibles son actos de tentativa. En síntesis, lo que hay que determinar es qué actividad realizada por el autor del hecho punible constituye tentativa, tenga o no naturaleza de acto preparatorio o

³³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit, pp 29-30.

³⁴ ARANGO DURLING. Op.cit., 21 p.

ejecutivo, que es algo secundario”.³⁵ Luego señala “Las doctrinas que pretenden diferenciar entre actos preparatorios y ejecutivos han fracasado al no tener éxito en señalar criterios jurídicamente válidos a ese efecto. Por ello, analizarlas en detalle es algo inútil”.³⁶

Sin embargo, creemos que, determinar cuándo en un tipo concreto habrá tentativa y cuándo no, equivale a lo mismo que señalar si los actos realizados son ejecutivos o son meramente preparatorios. Ya que debemos establecer que en algún momento del actuar comienza a haber un principio de ejecución por hechos directos, y esto es lo que se trata de esclarecer. En otras palabras, desde qué momento esa conducta se hace merecedora de pena.

Es esta la importancia fundamental de delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos.

“La demarcación entre la actividad preparatoria y la ejecutiva, difícil de precisar a veces en la práctica, es de señalada importancia, en atención a que, por regla general, aquélla no está sujeta a sanción. En este sentido, el criterio clásico continúa imperando.”³⁷

³⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 347 p.

³⁶ *ibid.*

³⁷ LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal, Tomo I, Los Actos Preparatorios, 9º Edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 179 p.

No creemos que esta labor sea imposible, de lo contrario no existiría esta tesis, sin embargo estimamos que siendo difícil precisar el momento exacto, es posible delimitarla claramente en atención a cada tipo en particular y en el análisis de cada hecho determinado, siguiendo pautas y teorías que ya expondremos en su oportunidad.

En esta memoria se analizará y se distinguirán los actos preparatorios de los ejecutivos en los tipos de mayor connotación social en nuestro sistema jurídico. Es decir, cuándo habrá tentativa en un homicidio, tentativa en un robo, en una violación, etc. Y cuándo sólo serán meros actos preparatorios encaminados a ejecutar esos delitos. Ya que el tema del iter críminis lo debemos aterrizar a cada tipo particular y concreto.

Por esta razón se tratará de establecer, primero, si existe una teoría general que explique de manera satisfactoria estos límites para todos los delitos, y que esa teoría sea aplicable a nuestro derecho. Y segundo aplicando esa teoría a cada delito en particular, de los que presentan una mayor relevancia en la sociedad.

A continuación se analizarán las diversas etapas o estadios del iter críminis, desde la fase interna donde nace en el sujeto la idea de delinquir, hasta su consumación definitiva, incluyendo la etapa del delito agotado.

CAPITULO 2. LA FASE INTERNA

“Había soportado pacientemente y de la mejor manera posible las mil ofensas que me hacía Fortunato; pero, cuando llegó a insultarme, juré tomar venganza. Ustedes que conocen bien mi naturaleza supondrán que no pronuncié palabra alguna de mi propósito. Me vengaría en el tiempo, esto estaba definitivamente decidido y, por lo mismo, quedaba excluida toda idea de riesgo. No sólo debía castigar, sino castigar impunemente. Un insulto queda sin reparo cuando su castigo perjudica al vengador, o cuando no queda completamente claro para el ofendido quién es su castigador. Tendrán que saber que Fortunato no tuvo jamás un motivo para dudar de mi persona, ni sospechar de mis proyectos. Tal como lo planeé, seguía sonriendo en su presencia sin que él advirtiera que mi sonrisa se originaba en la idea de quitarle la vida.”

EDGAR ALLAN POE.

“El Barril de Amontillado”.

2.1. La ideación, deliberación y resolución criminal

El iter criminis comienza en la mentalidad del sujeto con la ideación, deliberación y resolución delictiva. A esta etapa psicológica se le denomina comúnmente “*fase interna*”. Porque el sujeto no ha exteriorizado a través de una conducta sus pensamientos, los cuales aún permanecen en el terreno de la *psiquis*, y naturalmente son íntimos o internos en el individuo. “El hecho punible se forma primero en la mente de su autor y luego se realiza en el mundo material”.³⁸ “Por ende, la fase interna ocurrirá en el cerebro del sujeto (elabora en su mente planes y fines)”.³⁹

La fase interna comprende tres distintas etapas, las cuales son: La ideación, deliberación y la resolución delictual.⁴⁰ Esta distinción, puede a veces no ser tan clara y absoluta en la realidad, más aun pensando en lo difícil que resulta desentrañar o esclarecer qué es lo que sucede en la mentalidad de un sujeto. Pero para efectos doctrinales los autores se han encargado de separar esta fase psicológica en tres momentos distintos.

2.1.1 Fase de ideación:

“Es en esta fase donde se origina la idea criminosa”⁴¹. “Se presenta cuando surge en el agente la idea de cometer el delito, es decir, en el momento en que se origina en su

³⁸GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 341 p.

³⁹ id.

⁴⁰ id. ARANGO DURLING, Op.cit., 11 p.

⁴¹MUÑOZ Rubio y GUERRA de Villalaz, 210 p.

mente, la intención de realizarlo, *es como lo que los escolásticos llaman la tentación*. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Es el instante en que surge en el delincuente la idea de cometer el delito, momento en que su mente ruge la intención de cometer el delito”.⁴²

Aquí en el sujeto nace la idea de cometer el crimen o simple delito, éste ha comenzado a pensar en la idea de asesinar a su padre (parricidio), de hurtar la billetera de su amigo, de colocar un artefacto explosivo en el Palacio de Gobierno. No existe aún una deliberación más allá, tampoco se ha resuelto en cometer el delito, puede incluso aparecer en su mentalidad como una idea fugaz o pasajera.

Para Garrido Montt sucede que “la fase de ideación incorpora frecuentemente la búsqueda de medios, lo que se hace antes de adoptar una resolución definitiva con trascendencia jurídico-penal. Las simples pretensiones que pueden llevar a una deliberación y búsqueda de medios, no son *decisiones* para estos efectos”.⁴³

2.1.2 Deliberación:

⁴² ARANGO DURLING, Op. cit. 11 p.

⁴³ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 342 p.

“La deliberación es la fase siguiente a la ideación, y representa un proceso en el agente de meditación de la idea criminosa, de lucha interna, examinando los pro y los contra”.⁴⁴

“En tal sentido, decía JIMENEZ DE ASUA⁴⁵ que la idea criminosa puede ser rechazada por el sujeto, quedando anulada, o por el contrario, puede determinar una resolución criminal al su aprobada”.⁴⁶

Aquí el sujeto puede entrar en un proceso de duda, de lucha mental, todavía no tiene la seguridad de cometerlo, pero hay un impulso hacia la resolución delictiva. Puede presentarse como una disputa interna entre razón y pasión. Así por ejemplo un sujeto ha visto a su cónyuge cometiendo adulterio en el lecho conyugal, puede presentarse fugazmente la idea de darles muerte, sin embargo, su razón le advierte que aquello no está bien moralmente, y puede entrar en un proceso de deliberación, de lucha interna, aún no se ha resuelto a matarlos, pero su pasión lo arrastra a ello. Lo que caracteriza fundamentalmente a esta etapa es la duda.

2.1.3 Resolución delictual:

⁴⁴EZAINÉ CHÁVEZ, Amado. 13 p. ARANGO Durling, Op.cit., 12 p

⁴⁵JIMENEZ DE ASÚA, Luis. La ley, 459 p.

⁴⁶ARANGO DURLING, Virginia. Op.cit., 12 p.

“Concluida la deliberación entramos a la etapa de la resolución delictual, que implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, que habrá de operarse como base para el inicio de la actividad a partir de este momento exteriorizada. Constituye, por tanto, el momento en que como producto de la deliberación el agente decide cometer el delito”.⁴⁷

Aquí el agente está decidido en su actuar delictual, en su fuero interno se ha decidido en cometerlo, y lo más probable es que pase a exteriorizar lo que ha resuelto, a través de actos o conductas. Si bien, no debemos olvidar que aún nos encontramos en la fase interna, y por lo tanto psíquica del individuo.

Por ejemplo: el sujeto en su interior ha decidido cometer el delito de violación en una mujer, puede que aún no haya desplegado actividad alguna para realizar su propósito, pero en su mentalidad lo tiene absolutamente decidido. En este caso se mantiene en su fuero interno y aun no se ha manifestado en un determinado actuar.

La resolución delictual es el “momento cumbre en que como producto de la deliberación del agente decide llevar adelante su propósito criminal: etapa con la que queda agotado el proceso interno del iter criminis”⁴⁸

⁴⁷ id.

⁴⁸ CFR: EZAINE CHÁVEZ, Amado. p.13

“En otras palabras, esta fase supone según indica Muñoz Pope, la consiguiente decisión de realizar el hecho punible”.⁴⁹

Esta etapa es fundamental para efectos jurídico-penales, ya que al haber decisión habrá **dolo**. “Lo que interesa es distinguir –en el ámbito del derecho – cuando hay *decisión de concretar el delito* (dolo), de cuando aún no lo hay. Si para el derecho hay *decisión*, los actos posteriores dirigidos a concretarla serán siempre de ejecución, pero estos últimos únicamente merecen sanción cuando cumplen la característica de ser *directos* (art 7°), los restantes normalmente no son típicos. El problema es establecer cuándo hay decisión, voluntad de concretar el tipo, o sea cuándo hay dolo y cuándo, para los efectos del derecho, comienza la ejecución en el mundo material de la acción u omisión punible”.⁵⁰

Si bien estas distintas etapas de la fase interna se presentan ordenadas para efectos pedagógicos, en la realidad de la vida puede presentarse de manera compleja, y no necesariamente van a presentarse todas o a seguir ese orden cronológico. Lo importante como señala Garrido Montt, es determinar cuándo hay resolución delictual, para efectos de determinar el dolo. “El derecho penal es una ciencia práctica –calificación ésta que podrá tildarse de contradictoria –que requiere de normas aprensibles fácticamente que permitan una regulación clara del comportamiento humano en sus consecuencias punitivas, lo que está lejos de lograrse con el esquema recién señalado; en el hecho no es posible distinguir entre etapa interna y externa en el sentido antes enunciado, tanto en el ámbito material como en el temporal. [...] Las diversas fases no se concretan en forma tan categórica y

⁴⁹ ARANGO DURLING, Virginia. Op.cit., 12 p. MUÑOZ POPE (Lecciones, II, p.135)

⁵⁰ GARRIDO MONTT, MARIO. Op.cit., 342 p.

ordenada en el comportamiento humano. Lo que interesa es distinguir –cuándo hay *decisión de concretar el delito (dolo)*”.⁵¹

2.2. Impunidad de los pensamientos

Si bien, los pensamientos pueden adquirir las formas más horribles, como en el relato de Allan Poe, existe un principio general del derecho penal, que señala que “el pensamiento no delinque”, principio ya consagrado legislativamente en el Digesto, y conocido con el aforismo romano: *Cogitationis poenam nemo partitur*.⁵²

Tanto la fase de ideación, de deliberación y de resolución delictual pertenecen al fuero interno del individuo, y por lo tanto son impunes.

Por más reprochable que nos parezcan las ideas o el pensamiento de una persona, el derecho penal en estos casos debe abstenerse de actuar, y más aún en un sistema democrático en que se respeta como derecho fundamental la libertad de conciencia y de pensamiento. En nuestro sistema jurídico esto está consagrado en el artículo 19 numeral 6° de la Carta Fundamental: “La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de conciencia”.

⁵¹ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapa interna y externa, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 262.

⁵² ULPIANO, Dig. 48, 19, 18

Un sujeto es dueño de sus pensamientos, y puede pensar como le plazca.

“Al permanecer la idea en el claustro mental del sujeto y no revelarla al exterior no es posible su incriminación, ya que no hay acción criminosa”⁵³

“Los hechos de la fase interna escapan al Derecho Penal, porque siendo el Derecho relación entre personas, los pensamientos íntimos no son objeto de su consideración; porque castigarlos significaría invadir el campo de la conciencia porque aún cuando se les suponga conocidos, no causan daño ni violan precepto legal alguno”⁵⁴

Labatut sostiene que en la fase interna estos fenómenos síquicos carecen de relevancia jurídica, “escapan al derecho penal, pues a éste – y al derecho en general –le interesa el hombre como ser actuante y no simplemente como ser pensante. Los pensamientos y voliciones criminales carecen de significación si no se manifiestan externamente. No existen para el derecho penal moderno delitos sin acción o de mera sospecha, pues él no penetra en el campo de la conciencia y aparte de que la voluntad no puede ser considerada y tratada como irrevocable”.⁵⁵

⁵³ ARANGO DURLING, Virginia. Op.cit., 11 p.

⁵⁴ id.

⁵⁵ LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., 179 p.

“La Constitución lo reconoce explícitamente al establecer el principio de tipicidad, en su art. 19 N°3 inciso 8° “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la **conducta** que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. El principio de que el solo pensamiento no delinque halla un primer fundamento evidente en la dificultad práctica de conjeturar lo que pasa por la cabeza de un sujeto, aunque hoy no se excluya la posibilidad de llegar a columbrarlo a través de los modernos psicofármacos y el narcoanálisis, sin contar la aplicación de torturas. En suma, “un legislador juicioso nunca regula procesos que están fuera de sus posibilidades de control”. A lo dicho cabe añadir aún el abismo que media entre el pensamiento y el hecho, entre el propósito y su actuación ”.⁵⁶

Se establece que **el sólo** pensamiento no delinque, sin embargo, esto no obsta a que la responsabilidad penal se base además del elemento objetivo en un elemento subjetivo o interno del individuo, es decir, de que ha habido un actuar doloso, con lo cual juega un papel importante y primordial lo que pasa por la mentalidad del sujeto en el momento de realizar una conducta tipificada por la ley. Por eso se señala que el sólo pensamiento no delinque, ya que si este pensamiento va acompañado de una conducta que se adecúe al tipo penal, ese pensar va a tomar relevancia para determinar el dolo, y en consecuencia el elemento subjetivo del tipo penal.

“En suma, la referencia al plan del autor sirve para precisar las características específicas del tipo con que, en el caso concreto, debe compararse la acción ejecutada por el autor.”⁵⁷

⁵⁶POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., pp. 30-31

⁵⁷CURY URZÚA, Enrique. Op.cit., 560 p.

Como lo explica el profesor Etcheberry: “Suele decirse que esta etapa (interna) no interesa al derecho penal, lo cual entendido literalmente sería un grave error. Esta etapa presenta un vital interés para el derecho penal, pero solamente **después** de la exteriorización: nada menos que toda la teoría de la culpabilidad no es otra cosa que el análisis de la fase interna del delito. Pero esto cobra relevancia **con posterioridad a** la exteriorización”.⁵⁸

Ya se explicó por qué el sólo pensamiento no delinque ya que atentaría contra el principio de tipicidad establecido en nuestra Constitución y contra la libertad de conciencia.

Estos pensamientos por sí solos carecen de relevancia jurídica, y podrán tener importancia para la religión o la moral, pero no para el derecho, ya que este regula conductas humanas. “El delito en su fase interna sólo puede interesar a la conciencia moral y religiosa como tentación o pecado del pensamiento, para reprimirlo, solo están llamados el sentimiento del deber y Dios *ne nos inducas in tentationem* (no nos dejes caer en tentación)”⁵⁹

2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia. Limitaciones

⁵⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal, parte general. Tomo II, 3° Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1999, 52 p.

⁵⁹ MAGGIORE, p.69. ARANGO DURLING, Op.cit., pp. 11-12

Si bien, la libertad de conciencia está reconocida en nuestra Constitución y en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Esta libertad no ha sido absoluta en el transcurso de la historia nacional como extranjera. Esta garantía fundamental, que va íntimamente ligada con la Libertad de expresión: “*La libertad de emitir opinión*” (Art.19 n°12 de nuestra Carta Fundamental), es propia de los países que han adoptado un sistema democrático. Sin embargo, es frecuente que se vea amenazada o restringida en países con regímenes autoritarios o totalitarios. Es común en estos sistemas totalitarios que el Estado se inmiscuya en asuntos de la vida privada de las personas, incluso en su libertad de conciencia y de expresión, así es frecuente que se quemen libros o propaganda que sea contraria al actual régimen, que se supriman credos, se destruyan iglesias, se prohíba escuchar cierto tipo de música, censura a la prensa, se supriman canales de televisión, de radio, y el Estado pase a tomar control de los medios de comunicación, y se prohíba toda forma de manifestación u opinión contraria al régimen.

El pensamiento puede ser reprimido, es decir, el Estado puede obligar a que ese pensamiento no se manifieste. Pero no existe Gobierno o Estado alguno que impida que las personas puedan pensar libremente. El libre pensamiento por lo tanto no puede jamás ser reprimido.

“Así sostenía SPINOZA que cada persona es dueña de sus pensamientos.”⁶⁰

⁶⁰ SPINOZA, Op.cit.,III, 240 p.

El problema radica, no cuando ese pensamiento permanece en el fuero interno del sujeto, sino cuando ese pensamiento va acompañado de una determinada conducta o un determinado actuar, es decir, cuando de alguna manera ese pensamiento se exterioriza.

“Ese principio pasa a tener relevancia, precisamente, desde que el pensamiento se comunica a otro”.⁶¹ La libertad de expresión pública es la posibilidad de comunicar a otros las propias ideas; no sólo la libertad para el discurso oratorio, la publicación impresa y la cátedra, sino también para el sencillo intercambio de información u opinión”.⁶²

“En suma, la libertad de pensamiento no comprende sólo la de formar una opinión, sino también la de expresarla. Como consecuencia de lo anterior es que, como regla, también la mera comunicación de una resolución delictiva, si no es seguida de hechos para llevarla a cabo, debiera permanecer impune”.⁶³

La libertad de pensamiento y expresión no obsta a que existan delitos asociados a la mera expresión de palabras o ideas, los cuales constituirían una limitación a esta libertad en nuestro sistema jurídico. Así el delito de calumnias e injurias. Por acusar falsamente a otra persona de un delito que no ha cometido, o a proferir insultos, denigrarlo públicamente o desacreditarlo, a través de cualquier medio, sea oral o escrito. También el delito de amenazas, se configura a través de la comunicación, de igual forma el falso testimonio. Esto demuestra que la libertad de pensamiento y de expresión, no son ilimitadas, es decir, existen límites válidos en nuestro ordenamiento jurídico, ya que ellas no puede atentar

⁶¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 33 p.

⁶²,id.

⁶³ POLITOFF LIFSCHITZ, Op.cit., 34 p.

contra otros bienes jurídicos protegidos, en el caso de las injurias y calumnias, contra el honor de una persona, que es otro derecho fundamental reconocido en el art. 19 n°4 de la Carta Fundamental.

Por la misma razón anterior es que existe una constante pugna entre la denominada libertad de prensa y el derecho al honor de las personas.

“Otro caso de límite a esta libertad en nuestra legislación está en la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, sanciona la *apología o la propaganda de doctrinas que preconicen el crimen o la violencia, como medio para lograr cambios políticos, económicos o sociales (art 6 letra c) o la Ley 19.366 que incrimina a quienes induzcan o promuevan el uso o consumo de estupefacientes o drogas psicotrópicas*”.⁶⁴

En tales casos pareciera justificado que existan estos límites a la libertad de pensamiento y de expresión. Ya que el ser humano al vivir en sociedad y no de manera aislada, debe respetar los derechos fundamentales de los demás miembros de la colectividad. Se ha sostenido por algunos juristas que los derechos fundamentales garantizados por la Constitución son ilimitados, sin embargo, la verdad es que esto no es así, ya que los derechos si tienen límites. El límite válido a dichos derechos son los de los demás miembros de la sociedad. Es decir, un derecho subjetivo no puede ser ejercido en perjuicio de un tercero. Así el derecho a informar o a emitir opinión no puede ni debe ser ejercido contra la honra de una persona. El derecho de propiedad no puede ser ejercido en abuso de un tercero, o afectando otros derechos fundamentales como el derecho a vivir en

⁶⁴ id.

un medio ambiente libre de contaminación, etc. Estos constituyen límites válidos en un ordenamiento jurídico.

Sin embargo existen otros casos en que no parece tan justificado que se impongan límites a la libertad de pensamiento y de expresión. Y es un tema difícil de delimitar, es decir, cuándo se entiende que una disposición legal sería atentatoria contra este derecho fundamental.

“La jurisprudencia norteamericana (particularmente celosa en la protección de la libertad de opinión) ha dirigido, en un fino análisis, entre la acción dirigida a persuadir y la incitación a una acción ilegal. Predicar en abstracto doctrinas más o menos partidarias de la acción violenta ilegal no equivale a acaudillar un motín o incitar a un grupo de personas a pasar a la acción de manera inmediata”.⁶⁵

Se ha señalado que será ilícito todo aquello que haga referencia a ideas que atenten contra la esencia de la dignidad humana, ideas que promuevan el racismo, la xenofobia, o que se basen en discriminaciones arbitrarias a ciertos grupos de personas basados en su raza, sexo o religión.

⁶⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 37 p.

“En otro ámbito de ilicitudes, puede verse afectada por la exteriorización de ideas ofensivas la dignidad humana, lesionada por aquellas expresiones que “conciten al odio, la hostilidad o el menosprecio respecto de las personas o colectividades en razón de su raza o religión”.⁶⁶

En este mismo sentido se ha reprimido en ciertos países de Europa, “un aspecto especialmente odioso de la provocación demagógica, hiriente para las víctimas de crímenes contra la humanidad, ha sido incorporada a la legislación penal de Alemania, Francia y otros países. Se trata de las acciones que consisten en minimizar o trivializar los crímenes cometidos por el régimen nazi. El C.P. de la R.F.A. castiga con pena privativa de libertad, que puede llegar hasta cinco años, al que, de manera que pueda perturbar la paz pública, ya sea públicamente o en una reunión, aprueba, niega o trivializa acciones perpetradas bajo el régimen nacionalsocialista. Como se hace presente por LENCKER, se ha introducido así la incriminación del envenenamiento del clima político a través de la negación de la existencia del Holocausto (la llamada mentira de Auschwitz)”⁶⁷

Todas estas constituyen limitaciones a la libertad de conciencia y de expresión, y son limitaciones propias de sistemas democráticos.

En resumen, se debe recordar que el principio fundamental como garantía y derecho humano básico es “la libertad de conciencia y de expresión” y esta no puede afectarse de forma arbitraria, ya que toda persona tiene el derecho de expresar a otros sus

⁶⁶ íbid.

⁶⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 40 p.

ideales y pensamientos. Siempre y cuando esto no afecte en su esencia a otros derechos fundamentales como la honra de las personas, o a otros bienes jurídicos protegidos, o bien constituya actos arbitrarios que promuevan la violencia o la discriminación o segregación en base a raza, sexo o religión.

Creemos que los bienes jurídicos no son ilimitados, así la libertad de expresión o información no podrá afectar la honra, u otros derechos fundamentales.

CAPITULO 3. LA FASE EXTERNA: LOS ACTOS PREPARATORIOS

En la fase externa se sale del dominio psicológico de las intenciones, o de la resolución simplemente manifestada, y se llega a la materialización de la voluntad criminal. Los actos externos se dividen en dos categorías: “*indirectos o preparatorios*” o de “*ejecución*”, que comprenden la *tentativa*, el *delito frustrado* y el *delito consumado*.⁶⁸ También se incluye el *delito agotado*.

En este capítulo nos enfocaremos en el estudio de los actos preparatorios o preliminares.

3.1 Actos preparatorios

Es frecuente que, antes de dar principio a la realización del delito a través de su ejecución por hechos directos, es decir, antes del estadio de la tentativa, el actor realice *actos preparatorios* que apuntan a *hacerlo posible* o a *facilitar* esa ejecución. La ciencia medieval italiana diferenciaba ya el *conatus proximus* y el *conatus remotus*, según su mayor o menor proximidad al resultado final. Sin embargo, un buen número de juristas se ha mostrado escéptico de la posibilidad de trazar con claridad el límite entre los meros

⁶⁸ LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., 179 p.

actos preparatorios y los *actos de ejecución* (“lo que hasta ahora no se ha logrado, ni se logrará”, al decir de FRANK)⁶⁹

3.2 Concepto de actos preparatorios

Con este nombre se designan ciertos actos preliminares que únicamente en la siquis del hechor se vinculan a la comisión de un delito, por cuanto se relacionan con él sólo en forma mediata e indirecta; por ejemplo, la compra del arma para perpetrar un homicidio. Como la “ejecución del delito es un viaje emprendido por el malvado hacia la violación de la ley” (Carrara), es frecuente que se realicen actos previos al momento ejecutivo que, sin ser parte de él, al menos lo hacen posible.⁷⁰

“Son *actos preparatorios* aquellos que temporalmente preceden a la acción típica, cuyo proyecto deben posibilitar o facilitar, pero que no son todavía subsumibles en el tipo delictivo, es decir, que no son todavía típicos”.⁷¹

Garrido Montt sostiene que: “Los actos preparatorios son aquellos realizados para concretar la resolución delictiva, pero que no alcanzan a conformar una tentativa porque no pueden calificarse como actividades ejecutivas”.⁷²

⁶⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 42 p.

⁷⁰ LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., 180 p.

⁷¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., pp 42-43.

⁷² GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., pp. 346-347.

“La etapa de preparación comienza en el momento en que el autor exterioriza su voluntad delictiva realizando actos materiales dirigidos a facilitar la ejecución del hecho, actividad normalmente no punible”.⁷³

En principio, los actos anteriores a la resolución delictiva no son sancionables, salvo contadas excepciones, como la conspiración, la proposición, la instigación y la complicidad; pero tampoco pueden calificarse de preparatorios, ni mucho menos de resoluciones manifestadas, porque no lo son.⁷⁴ Esto en opinión de Garrido Montt. Para Politoff, en cambio, tanto la proposición como la conspiración constituyen actos preparatorios punibles.⁷⁵

Otros escritores ponen énfasis en la ausencia de lesión o puesta en peligro al *bien jurídico tutelado*: es *preparatorio* el acto que “aunque comience a realizar el plan del autor, no interfiere todavía en forma alguna con el bien jurídico que se pretende atacar ni con su ámbito de defensa o protección, de suerte que no puede dañarlo ni le ofrece hasta el momento una amenaza suficientemente concreta y unívoca”.⁷⁶

⁷³ íbid.

⁷⁴ íbid.

⁷⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 51 p.

⁷⁶ íbid.

Estos actos preparatorios son un medio necesario para que el delincuente pueda efectuar el plan delictivo que se ha propuesto en su mente. De esta forma el autor de un robo en lugar no habitado debe primero cerciorarse que efectivamente el inmueble se encuentra deshabitado, para esto probablemente observará la vivienda durante algunos días para verificar si hay personas en el lugar, llamará a la puerta, etc. Luego seleccionará los medios para proceder al robo, conseguirá un vehículo para transportar las especies sustraídas, etc. Si una persona externa al hecho observara estas conductas probablemente no se percataría de nada extraño, sólo en el fuero interno del autor estos hechos están asociados a la comisión de un delito, pero en sí mismas y analizadas de forma externa e imparcial, no se relacionan directamente con la comisión de un hecho delictual. Sólo el autor conoce que dichos actos se encaminan hacia su futura consumación. ¿Podríamos sostener que un sujeto que camina por la noche detrás de una mujer en un sitio despoblado está próximo a cometer el delito de violación?, quizás sólo podamos calificar esa conducta de sospechosa, podríamos a lo más sostener que hay probabilidades o sospechas, pero nunca una certeza. Perfectamente el sujeto podría sólo querer hablarle, cortejarla o quizás solo caminar tras ella. Sólo el agente conoce y sabe perfectamente que dichos actos se encaminan a perpetrar una violación (dolo), es decir, la fase subjetiva del iter criminis se encuentra relacionada estrechamente con la realización de estos actos previos. ¿Pero podríamos sostener *a priori* que en dicha conducta ya ha comenzado a ejecutarse una violación? La respuesta es que no, ya que aún no ha habido principio de ejecución de ese delito. El sujeto no ha cometido ningún acto tipificado ni ha dado principio a la ejecución del mismo. Ahora sería muy distinto si comenzara a forcejear con ella y a sacarle sus vestiduras.

Por ejemplo, el sujeto que compra combustible en una bencinera para incendiar un autobús, ese acto en sí mismo resulta inocuo, es un acto lícito a la luz del derecho y que cualquier tercero imparcial que observe dicha conducta no podría calificarla de ninguna manera como sospechosa ni mucho menos delictual. Lo mismo ocurre con el sujeto que

compra un veneno en la farmacia, que carga una escopeta, etc. Pueden estar encaminados a otros fines lícitos (llenar el estanque del automóvil, cazar un animal, etc.).

Esos actos preparatorios serán necesarios para la futura comisión del delito, es decir, muchas veces resultan indispensables para el éxito del mismo. En estos casos son condición sin la cual no habría delito.

Estos actos preparatorios pueden presentarse de manera simple o de un modo más elaborado y estructurado por parte del autor, incluso podría no existir actividad previa a la comisión. Así un hurto simple muchas veces no requiere de una actividad previa, por ejemplo: el agente observa una billetera encima de un estante e inmediatamente la sustrae guardándola en su bolsillo, la actividad previa queda reducida a una mínima expresión, o delitos pasionales, por ejemplo lesiones en riña, el sujeto actúa movido por el impulso del momento. Otras veces esta actividad previa puede presentarse claramente y de manera simple como ir siguiendo a una mujer por un sitio eriazo (con dolo de violación). Pero otras veces puede presentarse de forma más compleja y elaborada: Por ejemplo, muchos robos se presentan de manera muy estudiada y planificada para precaver posibles errores, así un robo armado a un banco, los sujetos deben concertarse previamente, camuflarse, designar funciones entre autores y partícipes; o robos en lugares habitados sucede lo mismo. Los homicidios premeditados también suelen ir acompañados de una actividad preparatoria elaborada con minuciosidad. Así una mujer que desea vengarse de la amante de su marido, idea una cita con ella, la adormece con pastillas, la lleva a una habitación, la amarra a la cama y luego de provocarle múltiples lesiones para torturarla, finalmente la asesina degollándola. Existe un plan de autor, el agente ha estudiado minuciosamente cada uno de los medios con que perpetrará el delito. Otros homicidas planifican para no dejar rastro alguno del delito o para favorecer su impunidad, así inventan un suicidio colgando a

la víctima fingiendo un ahorcamiento, o fingiendo un robo. Muchos homicidios cometidos por la *mafia* los hicieron pasar por accidentes, por ejemplo, colocando el auto con la víctima adentro en medio de las vías férreas de un tren. Todos estos homicidios son premeditados y planificados minuciosamente.

A decir de Etcheberry: “No debe pensarse que esto ocurre solamente en los delitos premeditados o de trabajosa preparación: sucede incluso en los delitos de ímpetu instantáneo. Siempre la acción debe ser movida por la voluntad finalista, por rápido que sea el proceso volitivo-ejecutivo”⁷⁷. Sin embargo, habiendo dolo, la actividad desplegada puede ser de inmediato ejecutiva, sin que existan necesariamente actos preparatorios. Como el sujeto que arrebatadamente golpea a otro. Lo pensó y lo hizo.

Lo normal es que en los delitos existan actos preparatorios, ya sea que estos sean simples o de mayor complejidad, en ambos el problema está en distinguir hasta cuándo estos pasan a ser actos de ejecución por medios directos, es decir tentativa.

En síntesis, los *actos preparatorios* son aquellos “mediante los cuales el delincuente dispone los medios o las circunstancias apropiados para cometer su delito, pero que jurídicamente no alcanzan a constituir actos de ejecución”. En suma, es claro que cualquier definición de los *actos preparatorios* que se proponga –en cuanto ellos constituyen la fase del *iter criminis* que temporal y objetivamente precede a la ejecución

⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.cit, 51 p.

propiamente típica del delito –sólo va a adquirir sentido a partir de una definición dogmática de la *tentativa*, que permitirá fijar los criterios que separan ambas nociones.”⁷⁸

3.3 Impunidad de los actos preparatorios en la medida que no se conecten con actos ejecutivos

En general como se señaló anteriormente los actos preparatorios no están sancionados por nuestro derecho y por la mayoría de las legislaciones. Esto en la medida que no se conecten posteriormente con actos ejecutivos ya que en tal caso si adquirirán relevancia jurídico-penal y podrían constituir en ciertos casos circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

En general son actos impunes por no haber principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, sin embargo, “existen actos preparatorios –los que *Carrara* denomina *actos preparatorios contingentes* –que son *unívocos*, demuestran de modo seguro la intención de delinquir y representan un peligro cierto. El Código los reprime, entonces, no como actos tendientes a preparar un delito, sino como específicos delitos de peligro. Así, el art. 181 castiga la falsificación de elementos destinados a la fabricación de determinados valores y títulos (bonos, acciones, billetes, papel sellado, estampillas, etc.); el art. 445, al que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación; el art. 481, al que fuere aprehendido con bombas explosivas o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar estragos, salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera castigarse con

⁷⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 43p.

mayor pena que la establecida en esta disposición.”⁷⁹ Es decir, nuestro Código Penal tipifica como consumados ciertos actos que en sí mismos son preparatorios. Politoff los denomina delitos preparatorios *SUI GÉNÉRIS* (no ya meras etapas del *iter criminis*) respecto de los cuales el legislador ha adelantado considerablemente la penalidad, ya que en su esencia, son verdaderos *hechos de preparación para la comisión de delitos ulteriores*, que el legislador ha elevado a la condición de *tipos legales autónomos de peligro*. Se trata pues, de *actos preparatorios* que la ley, en determinados casos, tipifica como *delitos consumados*.⁸⁰

Los actos preparatorios, como se señaló, son impunes por regla general, “salvo tratándose de delitos en que participaría más de una persona donde excepcionalmente son punibles la *proposición* y la *conspiración*”⁸¹, esto último en opinión de Politoff, Matus y Ramírez. Ya que para otro sector de la doctrina, ni la *proposición* ni la *conspiración* constituyen actos preparatorios (Garrido Montt).

¿Cuál es el fundamento de que los actos preparatorios en general no estén sancionados?

“Fundamento de la impunidad del acto preparatorio es el principio de reserva (*nullum crimen nulla poena sine lege*), la protección del individuo frente a la posible arbitrariedad judicial, ya que tal acto no importa la violación de una norma jurídica” [si el acto preparatorio no viola ningún tipo penal, sancionarlo atentaría contra el principio de

⁷⁹ LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., pp. 180-181.

⁸⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 48 p.

⁸¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op.cit., 370 p.

tipicidad, es decir que esa conducta debe estar expresamente tipificada por el legislador para ser sancionada. Si no se adecúa al tipo penal, es impune] “Es un verdadero postulado del derecho penal liberal, al que no es posible renunciar, el establecimiento de un límite mínimo a la actividad punible.”⁸²

Es decir, el derecho penal exige el principio de tipicidad, que la conducta debe estar expresamente tipificada, *nullum crimen nulla poena sine lege*. Todo lo que sea actividad preparatoria al delito y que no llegue a principiar la ejecución por medios directos será impune por no estar tipificado expresamente, así el comprar armamentos de manera legal, cargar un arma, comprar combustible en una bencinera, etc. constituyen actos que no están tipificados como delitos, es decir, son actos legales e inocuos. El problema radica en el límite de esos actos preparatorios y es que no pasen a ser tentativa.

Tal vez si el criterio básico para ello sea la posibilidad que queda al sujeto de reflexionar y cambiar la decisión. “Entre los labios y el borde del vaso” –se recuerda por algunos escritores –hay todavía no pocas dificultades y obstáculos, y numerosas acciones preparatorias, en sí seriamente realizadas, pueden, ya sea por una mejor consideración ulterior o por impedimentos exteriores, no llegar siquiera a la etapa de tentativa”.⁸³

“Los autores clásicos invocan todavía otras razones: hacen notar que dichos actos son *equivocos*, no es posible asociarlos a un delito determinado, por lo que no revelan de una manera indubitable la intención del sujeto, y que su impunidad favorece el

⁸² LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., 180 p.

⁸³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 44 p.

desistimiento. Nuestro Código los margina del ámbito represivo al exigir que la actividad delictual se verifique por *hechos directos* (art. 7° inciso 3°).⁸⁴

Por ejemplo, ¿Podríamos decir que colocar una escalera en la pared de un inmueble deshabitado para robar, sigue siendo un acto preparatorio?, o colocar el veneno en la comida es todavía un acto preparatorio?, ¿Siguen esos actos siendo inocuos? A la luz de un tercero imparcial que observe dicha conducta podrá advertir algo extraño en ese actuar, así colocar cianuro a un plato de comida, parecería bastante extraño para cualquier tercero que lo observe. Sin embargo, ¿necesariamente se va a asociar al delito de homicidio?, no, ya que podría estar destinado no a un ser humano, sino a un animal, por ejemplo (lo que podría constituir otro delito pero no un homicidio), o sea podrían estar encaminados a otros ilícitos o bien a conductas permitidas. También se debe analizar si esa conducta pone en peligro algún bien jurídico, probablemente esa conducta aun no pueda calificarse de tentativa, sin embargo, va a depender de qué teoría se adopte si es que se anticipa la punibilidad. Y en el ejemplo, ¿qué sucede si dicho plato de comida es servido a la persona?, hay un peligro mucho mayor del bien jurídico, y un tercero imparcial que observe esa conducta lo más probable es que llegue a la convicción de que el sujeto desea matar a ese ser humano específico. Ya podría haber tentativa de homicidio, más aun si el sujeto se dispone a comer y el peligro concreto es mucho mayor. La verdad es que el límite es bastante difuso, y habrá que analizar cada caso en particular, porque cada caso tendrá diversos matices. Por ejemplo, el sujeto que rocía con kerosene un automóvil, se podría sostener que ese acto constituye una tentativa de incendio, es un acto sumamente peligroso y que cualquiera que observe dicha situación podría concluir que el agente desea incendiar el vehículo. Por el contrario, podría sostener la defensa que el sujeto está realizando esa conducta con otro fin diverso y no para prenderle fuego, y sólo habría tentativa cuando el sujeto prendiera efectivamente el fósforo. Para esto también es necesario analizar otras circunstancias, el contexto, por ejemplo si dicho acto fue realizado en una protesta podría haber un indicio mucho más claro de una tentativa de incendio.

⁸⁴ LABATUT GLENA, Gustavo. Op.cit., 180 p.

Se hace relevante el tema si es importante o no analizar el contexto de la situación, más allá de la conducta del agente, para determinar si hay tentativa, o sólo basta analizar la conducta del autor en forma aislada sin preocuparse de otras circunstancias anexas. Así por ejemplo: sorprender a un sujeto llevando una mochila cargada de piedras durante una protesta estudiantil será muy distinto a que ese mismo sujeto sea sorprendido en un día de campamento de *boy-scouts*. El tercero imparcial que observe esa situación se verá en menor o mayor medida influenciado por las circunstancias externas que rodean al hecho y no sólo a la actividad del sujeto. Este tema será analizado con minuciosidad más adelante.

3.4 Los actos preparatorios en materia de crimen organizado

Si bien, se señaló que la gran mayoría de los actos preparatorios son impunes (salvo los que la ley tipifica expresamente como consumados), ha surgido un problema sobre todo en países europeos, y es en materia del crimen organizado o “*mafia*”. Donde asociaciones criminales realizan actos preparatorios en vías de graves delitos y crímenes, y donde la policía debe limitarse a observar lo que sucede, sabiendo que dichos actos se encaminan a la perpetración de estos graves delitos, no pudiendo hacer nada, ya que son actos impunes.

“Protegida por una implacable ley del silencio, la Mafia se origina en Italia y fue, durante muchos años, una de las organizaciones criminales más herméticas. A principios de la década de 1980, se ignoraba todo acerca de esta enigmática sociedad secreta, hasta

que varios de sus miembros aceptaron revelar a la justicia italiana los secretos de la organización.

Los orígenes del fenómeno mafioso se remontan a la Edad Media, cuando Sicilia estaba bajo dominio extranjero y las familias adineradas obtenían obediencia formal gracias al control social de la tierra. La Mafia, organizacionalmente, no poseía una jerarquía, sino que estaba compuesta por grupos autónomos que se autodenominaban "hombres de honor". Sus individuos se obligan bajo juramento a ayudarse mutuamente y a no servir de testigos ante ningún tribunal.

En aquel tiempo, la aristocracia latifundista se alía con líderes sociales y crea al mismo tiempo una estructura de poder conservadora y estable, estrategia que le permitió mantener su dominio en Sicilia a partir de entonces.

Guiados por un código de conducta de nombre Omertà, la Mafia rápidamente se convirtió en una organización totalmente al margen de la ley. Dicho código obligaba a los mafiosos a estar en contra de la justicia, así como también evitar cualquier tipo de contacto con ella.

A principios del siglo XX, algunos miembros de esta organización emigraron a Norteamérica, específicamente a Estados Unidos, propagando internacionalmente de esta manera las organizaciones criminales clandestinas.

Con el tiempo, Estados Unidos se convirtió en la meca de todos los crímenes de la Mafia, pues este país estaba restringiendo los juegos de azar y bebidas alcohólicas, lo que genera un gran contrabando.

*La historia de la mafia ha servido para comprender el nacimiento, estructura, funcionamiento y mecanismos de control de las organizaciones criminales, lo cual ha sido una herramienta útil para estudiar la forma en que operan contrabandistas, asesinos y carteles de la droga más peligrosos del mundo”.*⁸⁵

La gran mayoría de las veces estos crímenes perpetrados por la mafia son premeditados y elaborados con gran minuciosidad: tráfico de drogas, lavado de dinero, asesinatos, robos, secuestros, grandes estafas, etc. La policía no tiene los atributos o competencias para intervenir muchas veces por tratarse de actos preparatorios y ha surgido un debate en torno a anticipar la punibilidad de estos en materia de crimen organizado, para facilitar la labor de la policía y que no queden en la impunidad.

El problema es que en nuestro país aún no existe un nivel tan desarrollado del crimen organizado, como sí ocurre en países europeos, Estados Unidos y otros países latinoamericanos, donde aún existen los carteles criminales que operan impunemente. Por

⁸⁵ <http://www.alu.ua.es/g/gla2/historia.htm>

lo que no se advierte aún en Chile la necesidad de legislar sobre la materia, es decir, anticipar la punibilidad de los actos preparatorios.

Creemos que en materia de crimen organizado se debe anticipar la punibilidad de los actos preparatorios, por la gravedad que representan para la seguridad nacional y por la impunidad con la que actúan las organizaciones mafiosas, siendo necesario anticiparse a los hechos; y que las policías y el Ministerio Público pudieran tener mayores facultades de persecución y allanamiento, tanto para proteger a las futuras víctimas como para sancionar anticipadamente hechos encaminados necesariamente a la comisión de crímenes de envergadura.

CAPITULO 4. LA TENTATIVA (TENTATIVA INACABADA)

4.1 Concepto de Tentativa:

La tentativa constituye el tema central de este estudio, y está en el centro de la problemática de la teoría relativa al iter criminis.

Se le conoce también a la tentativa como “delito intentado”.

“A partir del derecho penal del siglo XIII, comenzó a desarrollarse la noción de la tentativa sobre todo entre los prácticos [italianos], quienes preservaron en buscar el concepto de la tentativa y diferenciar la tentativa acabada de la inacabada”.⁸⁶

“Se habla de **tentativa** en general o **conato** cuando el autor que da principio de ejecución al delito, aunque se lo proponga, no logra consumarlo, bien porque no se produce el resultado punible [...], o bien porque, cuando la ley no exige un resultado material, como sucede en los llamados delitos formales o de mera actividad y en los delitos

⁸⁶ GONZALEZ HERNÁNDEZ, Adrián. Naturaleza Jurídica de la tentativa, tesis, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y criminología, ciudad universitaria, México, 2002.

de peligro, la conducta punible es fraccionable material e intelectualmente, y habiéndose dado comienzo a la actividad, ésta no ha alcanzado el pleno desarrollo”.⁸⁷

Entonces el concepto general de conato abarca lo que es la tentativa propiamente tal y lo que se denomina el delito frustrado.

En Chile: la noción de tentativa de nuestro Código Penal que “se contiene en el inciso 3° del artículo 7°, se elaboró por MANUEL RENGIFO, el cual tuvo a la vista, además del modelo español, el Código belga [...] y el Código napolitano.”⁸⁸ “Ese último modelo legal hacía un distingo, en su artículo 69, entre dos situaciones: según que con tales actos de ejecución *nada le quede que hacer* (al autor) *para su complemento*, lo que constituiría el *delito frustrado*, y aquellos casos constitutivos de *tentativa*, propiamente tal, esto es, cuando a la voluntad del culpable, si se llegó a manifestar por actos exteriores próximos a la ejecución... *aún le quedase a aquél algo por ejecutar para la consumación del crimen*”.⁸⁹

“La tentativa propiamente tal es acción inconclusa, la frustración es acción terminada pero sin el resultado típico esperado; de consiguiente el delito frustrado puede presentarse únicamente en los delitos denominados materiales o de resultado”.⁹⁰

⁸⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op.cit., 369 p.

⁸⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 147 p.

⁸⁹ id.

⁹⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 349 p.

Es decir, la tentativa constituye una actividad inacabada, al delincuente le quedaron cosas por hacer, no pudo desplegar toda la actividad que tenía pensada en su fuero interno. Si bien dio principio a la ejecución del delito por hechos directos, no pudo continuar en su actuar delictivo por causas independientes de su voluntad, es decir, no queridas ni deseadas por él. Ya sea porque fue sorprendido por un tercero (Carabineros, vecino, etc.), porque la víctima opuso resistencia, o por cualquier otro acaso externo, ya sea proveniente de la naturaleza o de alguna voluntad humana ajena a él.

Nuestro Código Penal define la tentativa en los siguientes términos: *“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”*.

En la tentativa se ha dejado atrás la fase de los actos preparatorios, aquí el delincuente ya ha comenzado a ejecutar el crimen o simple delito, es decir, son actos ejecutivos destinados a consumarlo. Citando algunos ejemplos, el sujeto ya no sigue a su víctima o la observa, sino que derechamente ha comenzado a sacarle sus vestiduras y disponerse al acceso carnal por vía vaginal, oral o anal. El sujeto ha comenzado a ejecutar el asesinato, pero su actividad aún es incompleta, le quedan cosas por hacer. La víctima en esas circunstancias puede defenderse, pedir auxilio, arrancar, mientras el autor lo único que desea es perpetrarlo. Lo importante es que el delito no se logre consumar por causas ajenas a su voluntad. Si logra consumarlo se aplicará la pena total establecida para el delito. Es decir, si ha habido acceso carnal por vía anal, oral o vaginal, estaremos ya en presencia de una violación consumada.

También es importante que el autor no haya desplegado toda su actividad, no haya realizado todo lo que estaba en sus manos, es decir, debe ser una actividad incompleta, a medias. Ya que si el sujeto ha realizado todo de su parte para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, estaremos en presencia de un delito frustrado y no una tentativa. Así por ejemplo, un sujeto le dispara con una ametralladora a otro, el delincuente ha puesto todo de su parte para que el homicidio se consume, sin embargo la víctima logra sobrevivir a los balazos en el hospital. El resultado no se ha producido por causas ajenas a su voluntad, pero él desplegó toda la actividad que estaba en sus manos. Es una conducta terminada, si bien el resultado típico no se verificó. En ese caso al ser un delito frustrado la sanción será mayor, por existir una puesta en peligro mayor al bien jurídico protegido.

En el caso de la tentativa propiamente tal, deben faltar uno o más hechos para su complemento. “Faltan hechos para el complemento de un crimen o simple delito, cuando *no se han llevado a cabo todos los actos que objetivamente conducirían a la realización del tipo legal*, con independencia de la representación del autor y de sus posibilidades de actuación”.⁹¹

Se debe recordar que para la mayoría de la doctrina, tanto en la tentativa, en el delito frustrado como en el consumado, el dolo del sujeto activo es el mismo, no varía. La diferencia sólo es objetiva, en cuanto a los hechos, pero en la psiquis del individuo el dolo no difiere. Aunque para otro sector de la doctrina el dolo no es el mismo en uno u otro estadio. Esto se analizará en el capítulo VII de esta memoria.

⁹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op.cit., pp. 379-380.

Para Matus, Politoff y Ramirez “se excluye la posibilidad conceptual de la tentativa en los delitos culposos, en los preterintencionales y en los de omisión propios, discutiéndose, en cambio, si es admisible en casos de dolo eventual y en los delitos de omisión impropia.”⁹²

“La tentativa constituye en nuestra legislación un tipo dependiente, es decir no es un tipo punible autónomo”⁹³, por lo que no existe una tentativa “en sí”, sino tentativa de homicidio, tentativa de hurto, tentativa de estafa, etc. “La determinación concreta de los casos de tentativa en cada delito es, por tanto, una cuestión relativa a la tipicidad de cada uno de ellos.”⁹⁴

4.2. Distinción entre actos preparatorios y tentativa

¿Desde qué momento se da principio a la ejecución de un crimen o simple delito por hechos directos?

⁹² íbid.

⁹³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 148 p.

⁹⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op.cit., 379 p.

Esta es la problemática que para muchos penalistas ha resultado muy difícil de resolver, y de gran complejidad poder llegar a una solución en la práctica.

Si bien se han esbozado varias teorías en cuanto a la delimitación de ambas fases, se debe advertir que es un tema que da mucho espacio para la subjetividad y para la arbitrariedad. En un hecho puntual sometido a conocimiento, para algunos puede existir claramente una tentativa y para otros sólo un acto preparatorio. Sin embargo es de suma importancia esclarecer cuando habrá uno u otro, ya que aquí está el límite entre lo permitido y lo prohibido, entre el culpable y el inocente. No es de extrañarnos entonces que hayan surgido un sinnúmero de teorías y posturas que tratan de explicar esta diferenciación, las cuales estudiaremos en profundidad.

Si bien, quizás nunca se llegue a un consenso, pueden existir pautas más o menos claras, que puedan guiarnos hacia una solución generalmente aceptable o definitiva si es posible.

En último término son los magistrados quienes deben aplicar el derecho a cada caso concreto que se someta a su conocimiento, y en esto deben contar con reglas adecuadas para su fallo. Es fundamental en este sentido analizar no sólo la doctrina sino también la jurisprudencia que ha podido ir estableciendo parámetros o directrices que puedan delimitar más claramente ambas etapas.

4.3 Teorías o posturas doctrinarias que tratan de explicar o delimitar los actos preparatorios de la tentativa.

Para estudiar las diferentes teorías y posturas que delimitan los actos preparatorios de los ejecutivos, es necesario analizar la doctrina del derecho comparado.

Las dos grandes posturas son las doctrinas objetivas y las subjetivas.

4.3.1 La faz objetiva del tipo de tentativa:

4.3.1.1 Las teorías objetivas en general:

“Para las teorías objetivas, en general, la decisión sobre el carácter ejecutivo de los actos realizados por el autor en un caso concreto tiene que adoptarse prescindiendo del propósito que éste abrigaba, de la forma en que se representó la situación y el modo en que planificó su conducta.”⁹⁵ Es decir para las tesis objetivas se enfoca en el aspecto objetivo del tipo penal para diferenciar la tentativa de los actos preparatorios, sin considerar para

⁹⁵ CURY URZUA, Enrique. Op.cit., 552 p.

este efecto los propósitos o fines que se propuso el autor. “La cuestión se reduce, entonces, a precisar las características que revelan esta participación del hecho en el esquema rector. Se trata de encontrar un criterio para descubrir y descifrar, en la materialidad de los actos, la marca que distingue a los que realizan un fragmento de la conducta típica, de aquellos que sólo la anteceden o preparan”.⁹⁶

No es del todo prescindible la subjetividad del autor, en este sentido las teorías objetivas “parten del presupuesto que previamente debe determinarse la finalidad perseguida por el autor –su dolo –, que señalará el delito que pretendía cometer. En seguida corresponde analizar si lo realizado por el sujeto puede calificarse como acto ejecutivo o preparatorio de ese delito, pero prescindiendo del referido propósito.”⁹⁷

“Naturalmente, también desde este punto de vista es preciso que el dolo con que obró el sujeto se encuentre determinado, porque sólo así puede saberse el tipo al que debe referirse la investigación relativa a los actos ejecutados. Las teorías objetivas procuran, únicamente, independizar los datos. Una vez acreditado el fin que perseguía el autor y, de este modo, el tipo de tentativa a que deben relacionarse sus actos, la ejecutividad de éstos tiene que deducirse de su exterioridad.”⁹⁸ Por ejemplo “Se sabe que el sujeto quería falsificar un cheque; determinado ello, corresponde establecer si tomar el documento y tratar de imitar la escritura es un acto de ejecución propio del tipo falsificación de instrumento privado”.⁹⁹

⁹⁶ íbid.

⁹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 271 p.

⁹⁸ CURY URZÚA, Enrique. Op.cit., 553 p.

⁹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op.cit., 271 p.

En Alemania “un importante sector de la doctrina alemana reconoce que la delimitación entre los actos preparatorios impunes y los de tentativa sigue reposando en un fundamento principalmente objetivo. A pesar del punto de vista subjetivo que la jurisprudencia del *Reichsgericht* y la doctrina dominante (consagrada luego legislativamente) adoptaron respecto de la pregunta acerca de la tentativa inidónea, debe rechazarse –reconocía MEZGER –que, para la delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa, tenga importancia la intensidad de la voluntad criminal”.¹⁰⁰

En Italia “la fórmula de la univocidad se remonta al pensamiento de la gran tradición de CARMIGNANI y CARRARA”.¹⁰¹ Para PANNAIN, actos ejecutivos son, pues, aquellos que se presentan como “actos que concretan la violación del bien atacado, como actos agresivos de la integridad de ese bien y que, por ello, no se limitan a manifestar exteriormente un propósito criminal, sino que expresan la voluntad inequívoca de agredir el bien tutelado.”¹⁰²

En España en esta materia los juristas españoles han respetado la tradición objetiva clásica. El tenor literal del Código establece una noción de tentativa fundada en criterios objetivos, “*cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían conducir al resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”.

¹⁰⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 168 p.

¹⁰¹ *ibid.*

¹⁰² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op. cit. 173 p.

“Piensa GONZALO QUINTERO que si en el plano material una primera delimitación objetiva debiera hacerse desde el punto de vista del peligro para el bien jurídico que deriva de la acción, habrá que recurrir en seguida, en acatamiento del principio de legalidad, al concepto de ejecución típica, sobre la base del criterio formal derivado del verbo nuclear del tipo.”¹⁰³

“El criterio del plan del autor –se admite por algunos- tiene el inconveniente que subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo. [...] De ello se seguiría que únicamente el plan del autor es decisivo en la medida en que se manifieste al exterior y sus actos estén en conexión directa con la ejecución del delito.”¹⁰⁴

En Chile: “La tradición en nuestro país ha sido, a partir de los redactores y comentaristas del Código, claramente *objetivista*. ALEJANDRO FUENSALIDA escribía: “La ley francesa, que sólo exige para la existencia de la tentativa un principio de ejecución por medios externos, excluye a los actos preparatorios; la nuestra, que ha usado de un modificativo más excluyente exigiendo que los medios sean no solamente externos sino directos, esto es, conducentes precisamente a una acción determinada, los excluye con más claridad todavía”. Añadía que “la teoría nos enseña que la tentativa empieza con los hechos externos tan íntimamente ligados con la acción que ésta no podría verificarse sin ellos y que la exigencia legal del principio de ejecución y de los hechos directos separa la tentativa de los actos preparatorios”.¹⁰⁵

¹⁰³ *ibid.*

¹⁰⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Op.cit.*, pp. 176-177.

¹⁰⁵ *id.*

“Entre los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal existía un criterio que, respecto del comienzo de ejecución, parecía inclinarse más por una exigencia de carácter objetivo referida a la materialidad del delito intentado que a la exteriorización inequívoca de una voluntad delictiva.”¹⁰⁶

Para la gran mayoría de la doctrina nacional se basa en la teoría objetiva. De esta corriente forman parte ETCHEBERRY, GARRIDO MONTT, NOVOA, etc. Con excepción de CURY.

“La doctrina nacional coincide en requerir, como elemento fundante de la noción *principio de ejecución por hechos directos*, la virtud causal del acto realizado y la idoneidad de los hechos realizados (ETCHEBERRY), que el acto sea idóneo para realizar el tipo y que, por su potencialidad causal, con nitidez esté dirigido a la ejecución del delito (GARRIDO MONTT), esto es, que apoyada en una relación causal adecuada la acción sea apta para la realización del tipo delictivo (NOVOA).”¹⁰⁷

“CURY, en cambio, piensa que el disvalor de la acción se expresa en cualquier principio de ejecución del resultado típico, aunque el autor emplee medios incapaces de ocasionar el resultado o dirija el ataque contra un objeto inexistente. [...] CURY se conforma, de acuerdo con la llamada *teoría de la impresión*”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 178 p.

¹⁰⁷ íbid.

¹⁰⁸ íbid.

4.3.1.2 Teorías objetivas propias:

4.3.1.2.1 Teoría formal de BELING:

“BELING es el primero en puntualizar que el principio de ejecución a que alude la ley alemana –como la chilena –*lo es de la acción típica*. Por el contrario, el acto que, no obstante encontrarse subjetivamente dirigido a la consumación de un delito, aún no realiza la acción descrita por el tipo, es solamente preparatorio y, por ende irrelevante. Por lo mismo, la cuestión del principio de ejecución debe ser resuelta separadamente para cada tipo delictivo.”¹⁰⁹ Una fórmula general válida para todos los delitos carecería de sentido para esta teoría.

4.3.1.2.2 Teorías mixtas:

“Las teorías mixtas aceptan como punto de partida que el acto es ejecutivo si realiza una parte del hecho descrito por el tipo. Pero difieren de la concepción formal porque para determinar los límites y contenido de ese hecho no sólo acuden a su descripción, sino, además, a complementos materiales.”¹¹⁰

¹⁰⁹ CURY URZÚA, Enrique. Op.cit., 553 p.

¹¹⁰ CURY URZÚA, Enrique. Op. cit., 554 p.

“Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural. [...] Los actos integran el hecho típico y son, por lo tanto, ejecutivos si han creado ya un peligro para el bien jurídicamente protegido. Se considera como si fuese típico todo lo que agrede en forma concreta al objeto de la tutela.”¹¹¹

4.3.1.2.3 Teorías escépticas:

“Se acepta también en principio, que sólo son ejecutivos los actos que integran la conducta descrita por el tipo. Pero como estiman imposible encontrar una fórmula que sirva para trazar el deslinde en todos los casos, prefieren entregar al juez la facultad de hacerlo, frente a cada situación concreta, de una manera discrecional.”¹¹²

“La concepción escéptica se diferencia del subjetivismo extremo, porque reconoce la necesidad de distinguir los actos preparatorios y el principio de ejecución. Sin embargo, al no limitar el arbitrio judicial, llega a resultados que están sometidos a reparos muy semejantes con los que harán a dicha teoría. Pues esto equivale a entregar la designación de los límites del tipo a la jurisprudencia y llegar, así, a una *justicia de gabinete*”.¹¹³

¹¹¹ íbid.

¹¹² id.

¹¹³ id.

4.3.1.3 Teorías objetivas impropias:

4.3.1.3.1 Teoría pragmática de CARRARA

“Son preparatorios los actos *equivocos*, esto es, aquellos que, considerados objetivamente, pueden estar enderezados lo mismo a la consumación del resultado típico que a una consecuencia jurídicamente indiferente; a su vez, son ejecutivos los *unívocos*, es decir, los que sólo pueden entenderse dirigidos a la perpetración del delito. De este modo, el acto de comprar un arma es preparatorio, porque puede estar orientado lo mismo a cometer un homicidio que a practicar la caza o a procurarse defensa en caso de un ataque. En cambio, el de apuñalar a la víctima es, sin duda, unívoco.”

“Los actos equívocos pueden serlo de manera *absoluta* o *relativa*. Es absolutamente equívoco aquel acto que, aun contemplado en el contexto del cual forma parte, conserva su ambigüedad; lo es, en cambio, sólo relativamente, cuando se halla acompañado por condiciones materiales de una índole tal, que manifiestan, sin duda, su dirección hacia un delito determinado”.

Esta teoría fue posteriormente criticada, y abandonada por CARRARA, se criticaba principalmente que los actos objetivamente unívocos son poquísimos.

Sin embargo, esta teoría iba muy bien encaminada, probablemente había que precisar algunos aspectos, la univocidad absoluta no va a existir en la mayoría de las ocasiones, ya que en la vida diaria los acontecimientos ocurren de manera incierta, dando siempre un espacio o margen a la duda. Sin embargo, hay actos que si bien pueden dar un margen a la duda o a la equivocidad, este margen es mínimo y se puede aplicar el concepto anglosajón “*más allá de toda duda razonable*”.

Es decir comportamientos unívocos absolutos son muy pocos, pero actos unívocos más allá de toda duda razonable, podrán haber muchos. Así por ejemplo un sujeto que rocía un automóvil de combustible en una protesta, no es unívoco al sentido clásico de CARRARA, ya que podría estar haciéndolo por otro motivo desconocido, es decir, no necesariamente encaminado a la comisión de un delito. Pero si analizamos el contexto de la situación que es una protesta, donde los sujetos están realizando actos de vandalismo. La razón nos indica que ese sujeto se dispone a perpetrar un delito de incendio, ese acto será entonces unívoco más allá de toda duda razonable.

A diferencia del sujeto que compra combustible, que compra un arma, que la carga, estos son comportamientos equívocos, ya que la razón no nos indica que esos sujetos van a cometer un delito, la duda en estos casos no es razonable, sino que estamos en el terreno de las especulaciones.

De todas estas teorías estudiadas, particularmente las teorías objetivas que son más adecuadas a nuestra realidad jurídica, podemos extraer parámetros y principios de cada una, ya que todas tienen algo que aportar para poder establecer pautas para la delimitación de los actos preparatorios de los ejecutivos.

En nuestro sistema como se señaló se atiende a parámetros objetivos, en atención a lo que exige nuestro código penal, la tentativa se debe verificar por hechos directos.

Para establecer cuándo habrá tentativa o debemos realizar un minucioso estudio del artículo 7, para extraer cuál es la exigencia objetiva y diferenciarla de los meros actos preparatorios.

Dar principio: ¿Qué se debe entender por dar principio?, el diccionario de la Real Academia Española define como principio: “Primer instante del ser de algo”. “Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa”. “Causa, origen de algo”.

Por lo tanto se debe “comenzar”, “principiar”, una determinada conducta, no cualquiera, sino la que describe la ley, relacionado con el verbo rector del tipo determinado. Para poder dar principio a una conducta es indispensable que ella sea

fragmentable en el tiempo, es decir, que pueda extenderse y separarse aun mentalmente su transcurso.

La ley señala que se debe dar comienzo a una determinada conducta que es la ejecución, es decir, debe ser el primer instante de la ejecución.

Ejecución: El diccionario de la RAE define como ejecución: “acción y efecto de ejecutar”, Ejecutar: “llevar a la práctica, realizar”. “Poner por obra algo”. Es entendida no sólo como acción sino también como efecto. Se debe llevar a la práctica, realizar una determinada conducta en el mundo material que sea apreciable a través de los sentidos.

Si sólo nos quedáramos con esta parte de la definición de tentativa no se advierte aún ninguna diferencia con los actos preparatorios, ya que estos también dan comienzo a la ejecución de un hecho específico, es decir, un sujeto que resuelve cometer un asesinato y la primera acción que lleva a cabo es comprar un revolver, está principiando una ejecución. Sin embargo este es un mero acto preparatorio. Por lo tanto para que haya tentativa propiamente tal el artículo señala que **se debe dar principio a la ejecución del crimen o simple delito**. El crimen o simple delito se refiere a un tipo penal en particular y específico. Es decir, se debe dar principio de ejecución a un homicidio simple, principio de ejecución de un robo con intimidación, principio de ejecución a una estafa, principio de ejecución a un aborto, etcétera.

Es decir, hay tentativa desde el primer momento en que se comienza a ejecutar ese delito en particular. Para esto es necesario vincularlo estrechamente con el verbo rector del delito. Así el art. 391 del Código Penal, establece “el que mate a otro”, el verbo rector es matar, es decir, quitar la vida. ¿Cuándo se entenderá en una serie de acontecimientos se está comenzando a quitar la vida a otro ser humano?, en un hurto ¿cuándo se entenderá que se está dando comienzo a la apropiación de cosa ajena? Responder esta interrogante en cada delito particular nos va a permitir desentrañar cuando habrá tentativa.

Así para saber si un delito se encuentra consumado o no, se debe estudiar cada tipo específico, para ver si se cumplen todas sus exigencias. De la misma forma para estudiar si hay tentativa o frustración se debe estudiar cada tipo en particular. Es imprescindible. Por esta razón muchos autores defienden razonablemente la idea de estudiar la tentativa, no en la parte general del derecho penal sino en la parte específica, referida a cada delito en particular. “Se ha llegado por algunos autores hasta a proponer, sin ambages, que algunos problemas concernientes a la llamada teoría de la tentativa se sustraigan de la Parte General del Derecho Penal, para abordarse en cada caso en la Parte Especial, de suerte de no recargar inútilmente a la Parte General en la búsqueda de sistematización de una muy variada y compleja casuística que la admite difícilmente. Hay en esta afirmación una base de verdad.”¹¹⁴

Por último la ley señala que debe haber principio de ejecución del crimen o simple delito por “hechos directos”, es decir “que se encamina derechamente a una mira u objeto”. (Diccionario de la RAE).

¹¹⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Op.cit., 192 p.

Si bien la tentativa se debe estudiar en relación a cada delito en particular siendo esto indispensable, hay ciertas directrices y parámetros objetivos que se pueden aplicar de manera general a todos los delitos y crímenes, para saber si se ha dado o no principio a la ejecución del mismo. Estos criterios que se detallarán a continuación servirán de base o pauta al tribunal. Estos criterios deben ser conjugados y aplicados con racionalidad en cada caso concreto que se presente.

4.4 Criterios generales que deben servir como pauta al Tribunal:

Ya se señaló que en nuestra legislación se atiende netamente a un criterio objetivo. Por lo tanto, para interpretar cuándo habrá tentativa se debe atender a parámetros exclusivamente objetivos (una vez que se haya comprobado el dolo del sujeto activo). Los criterios a considerar son los siguientes:

- a) Es indispensable que se atente o ponga en peligro de manera directa al bien jurídico tutelado por la norma. Así para que haya tentativa de homicidio se debe poner en peligro directamente el bien jurídico vida. Para que haya tentativa de secuestro se debe poner en peligro el bien jurídico de la libertad ambulatoria, etcétera. Por lo tanto se considera que se debe excluir absolutamente la posibilidad de sancionar como tentativa el delito imposible o inidóneo, tanto en los medios como en el objeto.

- b) En los delitos contra las personas, para analizar si se pone o no en peligro el bien jurídico, se debe considerar la proximidad o lejanía física y o temporal de la posible víctima con el objeto de peligro. Debe por lo tanto haber una proximidad de la víctima, y una proximidad temporal en el transcurso de los hechos.
- c) Prevalece el criterio del tercero imparcial que observe dicha conducta como unívoca, encaminada precisamente a la ejecución de ese tipo en particular y no una conducta equívoca. Así quien observe a un sujeto preparando un plato de comida con veneno, no es una conducta unívoca ya que puede estar encaminado no necesariamente al delito de homicidio, o a otro colocando una escalera en la pared de una vivienda, no necesariamente asociado al delito de robo. En esos casos esos actos no serán tentativa, ya que no demuestran de manera razonablemente objetiva que van encaminadas a la ejecución de esos delitos, por ende, menos puede sostenerse que se ha dado principio a la ejecución de los mismos. El tercero imparcial deberá decir ¡alto, aquí ha comenzado a ejecutarse el delito!, de manera que cualquier sujeto razonable que observara dicha conducta pudiera advertir que esos actos van dirigidos a cometer un delito específico, más allá de toda duda razonable.

Esta observación que haga un tercero imparcial, deberá tener en consideración además el contexto de la situación, atendiendo a cada hecho en específico.

- d) Debe ser siempre un delito cuya conducta pueda dividirse en el transcurso del tiempo. Ya que un delito cuya ejecución no sea posible dividirla o fragmentarla en un espacio de tiempo antes de la consumación no será posible establecer cuál es el principio y cuál es el fin. Así podría discutirse en caso de una violación, la ley señala que comete violación el que accediere carnalmente por vía vaginal, anal u

oral, ¿cuándo se entiende que es el primer instante del acceso carnal?, si respondiésemos que en el primer momento en que hay penetración, ya el delito estaría consumado perfectamente, porque con la penetración el delito se consuma. Por lo tanto el principio de ejecución debe suceder antes de la penetración o acceso carnal, ¿pero si es antes en qué momento podemos sostener con seguridad que ya se comenzó a violar por hechos directos? Es discutible que la violación se pueda fragmentar en el tiempo, si sostuviéramos que es imposible dividirla, todo acto anterior a la penetración serían meros actos preparatorios, impunes, sin embargo consideramos que esto no es así y si es posible separarla en el tiempo, esto será analizado en específico cuando se estudie la violación y otros delitos sexuales.

- e) Como se señaló el tercero imparcial que observe la conducta deberá considerar en su análisis objetivo la concurrencia de circunstancias externas al hecho en sí, como el contexto de la situación para poder ilustrar de mejor manera si esa conducta estaba o no dirigida a la perpetración de un delito o crimen. Es decir, si un sujeto rociare con gasolina un objeto determinado en medio de una protesta violenta será muy distinto a que realice la misma conducta un día común. En el primer caso, el observador imparcial probablemente sostendrá más allá de toda duda razonable que ese sujeto se disponía a incendiar, por lo tanto podría haber tentativa de incendio aunque el sujeto no haya prendido el fuego, porque ha realizado ya parte de la actividad y ésta no es equivocada analizando el contexto de la situación. En el segundo caso, esa misma conducta puede no necesariamente ir encaminada a la realización de un delito sino a otro fin diverso y solo podría haber tentativa cuando el tercero observe que ha prendido fuego y está dispuesto a arrojarlo al combustible.

- f) Para estos efectos es innecesario analizar el plan del autor o lo que él se propuso. Ya que para estos efectos nuestra legislación sólo atiende a parámetros objetivos y

no subjetivos. Sin olvidar que el plan del autor será relevante en cuanto a determinar el dolo.

- g) Para dar comienzo de ejecución basta que el delito se haya iniciado por hechos directos, y esto puede suceder si se ha cumplido uno de los requisitos que la ley exige, aunque falten otros más para que el delito se consuma. Por ejemplo: un robo con intimidación, basta que se haya verificado la intimidación aunque el robo aún no se perpetre para que estemos ya en presencia de una tentativa de ese delito, que haya habido engaño, pero aún no exista disposición patrimonial para que estemos ante una tentativa de estafa.

- h) El juez al ponerse en el lugar de este tercero imparcial que observa, debe advertir todas las situaciones de hecho tanto favorables como desfavorables al imputado y de forma imparcial, sin prejuicios ni arbitrariedades de ningún tipo, atendiendo solo a los hechos y circunstancias materiales que lo rodean, de manera objetiva y llegar a la convicción más allá de toda duda razonable que por la observancia de dichos acontecimientos el actuar del sujeto se encaminaba precisamente a cometer ese delito específico y no otro, solo en base a los acontecimientos externos y perceptibles por los sentidos, conforme a sus juicios de razón y de experiencia.

Estos criterios se deben aplicar razonablemente de manera que exista entre ellos la debida armonía, conformes con la justicia y equidad.

Aplicando estos criterios anteriores podemos analizar el famoso ejemplo del plato envenenado. Así por ejemplo ¿cuándo podríamos sostener que se ha comenzado a matar a otro? Para poder sostener que se ha comenzado a matar, debe ser una conducta muy cercana o próxima a la muerte del sujeto, por lo tanto descartamos de plano la compra del veneno, la preparación del plato y su agregación. Son conductas que no son próximas ni en términos temporales ni en cuanto a la cercanía física de la víctima y por lo tanto no ponen en peligro alguno el bien jurídico tutelado. Además son conductas equívocas, que podrían estar dirigidas a otros fines, (podría estar preparándolo para darlo a un animal), es decir, no se relacionan directamente con el delito de homicidio. Habrá que analizar el contexto, si preparaba dicho plato de comida cuando había una plaga de ratones, etc. Por lo tanto esas conductas aplicando los criterios anteriores, no pueden ser consideradas jamás como tentativa, por ende serán meros actos preparatorios. Diferente es el caso de quien dispone el plato para que la víctima coma, en ese caso hay cercanía física de la víctima con el objeto de ataque, el peligro al bien jurídico vida es mucho mayor, un tercero imparcial que observe podrá advertir que ese sujeto se dispone a matarlo, también en términos temporales es inmediato. Hay que advertir que cada vez las conductas se van acercando más al peligro concreto, es gradual en la medida que se va acercando a la consumación. Debe haber un punto en que el juez debe decir, aquí ya la conducta comienza a ser peligrosa para el bien jurídico, hay univocidad más allá de toda duda razonable y se ha comenzado a ejecutar el crimen.

¿Sin embargo en este punto podríamos sostener que se ha comenzado a matar?, si el sujeto aún no ha llevado la comida a su boca, aún existe la posibilidad de advertencia, todavía podría haber algo de equivocidad en la conducta. Sin embargo, ya es mucho más difícil sostenerlo, no es tan claro, ni tan evidente como en los casos anteriores. Por lo tanto ya podríamos decir que aquí hay principio de ejecución de homicidio, por lo tanto tentativa. Si el sujeto come esos alimentos envenenados y no muere, el delincuente ya habrá hecho todo lo que está de su parte para que se consume, por lo que constituiría un delito frustrado. Es decir la tentativa abarcaría desde que el plato se pone a disposición de

la víctima para que coma hasta que efectivamente lo lleva a su boca. En ese lapso de tiempo podría haber desistimiento de la tentativa.

4.5 Distinción entre actos preparatorios y tentativa en los delitos de mayor connotación social:

Los criterios anteriores van a aplicarse siempre a los delitos particulares y a los casos concretos que se presenten.

En un **Robo con violencia**, un sujeto va caminando por un callejón de noche, tras él otro sujeto lo comienza a seguir con paso apresurado. Comienza a hacerle una serie de preguntas, le comenta que no tiene dinero para locomoción y le pide dinero. El otro se niega, y el delincuente lo abraza, señalando que él sabe que tiene dinero. Al intentar escapar el otro lo retiene y lo amenaza señalándole que tiene un arma blanca, y que hará uso de ella si no entrega el dinero. Hay un forcejeo, el delincuente golpea en la cara a la víctima, saca de su bolsillo el dinero y escapa corriendo. En este caso de robo con intimidación consumado, podría haberse interrumpido la secuencia de los hechos en cualquier momento por causas independientes de la voluntad del autor, si hubiera llegado por ejemplo Carabineros al lugar.

¿En qué momento podría sostenerse que ha comenzado a haber tentativa, siguiendo los criterios anteriores?

El hecho de ir caminando a paso apresurado por un callejón de noche, por más sospechoso que pueda parecer, constituye un acto equívoco, que podría estar encaminado no necesariamente a la comisión de un delito. Hay una lejanía temporal a la comisión y a la víctima, por lo que no se ha puesto en peligro ningún bien jurídico. En el momento que el sujeto comienza a hacer preguntas y a pedirle dinero, si bien hay un acercamiento a la víctima en términos espaciales, también constituyen actos equívocos por más sospechosos que parezcan, el sujeto activo aún no ha comenzado a ejecutar ninguna conducta penada por la ley, no se ha puesto en peligro ningún bien jurídico. Cuando lo abraza, podría sostenerse que hay un avance en términos temporales y una invasión mayor a la privacidad. Sin embargo, el hecho sigue siendo equívoco, aún en el contexto de la situación, y no podría sostenerse que se ha dado comienzo a la ejecución de un delito, por lo tanto siguen siendo actos preparatorios. Ya en el momento en que el sujeto lo retiene por la fuerza y le señala que tiene un arma, recién ahí en ese momento preciso comienza a ejecutarse el delito, y ya habrá tentativa, ese hecho no es equívoco, el sujeto ha dirigido una amenaza directa, y si bien no se ha perpetrado aun el robo, ya se ha cumplido al menos una de las exigencias del tipo penal, que es la amenaza o intimidación. En este delito son dos los bienes jurídicos protegidos, la integridad (física y síquica) y la propiedad. Se han puesto en peligro ya los dos bienes jurídicos a través de una amenaza concreta y directa. Si en ese momento llega Carabineros, esos sujetos podrán ser imputados por tentativa de robo con intimidación. Con la importancia que tiene el artículo 450 inciso primero del Código Penal que sanciona como consumado el robo con intimidación en grado de tentativa.

Una vez que el delincuente sustrae el dinero y lo saca de la esfera de custodia, el delito ya está perfectamente consumado.

En una **Violación**: Un sujeto va a ver a su ex novia a su hogar, esta no quiere abrirle, sin embargo después de convencerla logra entrar y comienza a acariciarla, ella se resiste y lo aleja, el sujeto insiste, pero ella se vuelve a alejar, el sujeto la sostiene por la fuerza y comienzan a forcejar, él la golpea, la víctima cae al suelo, el sujeto la retiene con fuerza y comienza a sacarle sus vestiduras, mientras ella opone resistencia, el sujeto la accede carnalmente. Se ha consumado un delito de violación.

Probablemente este delito no haya sido premeditado. No podremos sostener que son actos preparatorios a priori, el sujeto activo probablemente aún no tenía dolo, es decir, no había una resolución delictiva, sin embargo, mientras iban transcurriendo los hechos, en algún momento surgió la resolución de cometer el delito. Aquí se debe distinguir desde cuándo hay tentativa, debe ser un momento anterior al acceso carnal, ya que en el momento en que este ocurra, el delito va a estar perfectamente consumado. Entonces deberá ser inmediatamente antes, cuando él se dispone a penetrarla, sin embargo, puede también estimarse que ocurra cuando el sujeto forcejea con ella, o le saca sus vestiduras, ya que se ha dado una de las condiciones que exige el tipo penal, es decir, la violencia en la mujer. Se señala que en el delito de violación no puede haber frustración, ya que si al delincuente no le quedara nada por hacer ya habría consumado la violación. Se confundirían por lo tanto. Es decir, si hay acceso carnal vía vaginal, anal u oral, sólo habrá violación consumada.

Las caricias, forcejeos y violencia en la mujer, son hechos directos, que pueden revelar unívocamente, que el sujeto se dispone a violarla, dada las circunstancias. No serían hechos equívocos, si la mujer pone resistencia, aunque podría discutirse esto, en sentido que el sujeto podría sólo estar abusando sexualmente, pero no necesariamente

encaminados a una violación. En este sentido será muy relevante el contexto de la situación, el tipo de caricias, la intensidad de los forcejeos o violencia. Aquí el contexto de la situación será indispensable para calificar el hecho. Lo importante es que habiendo fuerza o violencia ya se cumplirá al menos uno de los requisitos que exige el tipo legal, si bien aún no hay acceso carnal, hay una inmediatez próxima y que pone en peligro de manera directa el bien jurídico que es la integridad sexual.

¿Pero se podrá sostener de forma criteriosa que la persona que saca a la fuerza la ropa de una mujer está ya violando? ¿Que ya ha dado comienzo a ese delito? Es muy discutible. Si ha sacado solo la parte de arriba de su ropa, no existe claramente una conducta necesariamente encaminada a ese delito, podría tratarse solo de un abuso sexual, si saca los pantalones de la víctima tampoco es totalmente unívoca la conducta, ahora si sacara sus prendas íntimas y se dispusiere directamente en posición a accederla, ya podríamos decir que está dando principio a una violación, hay cercanía íntima a la víctima, hay una conducta que cualquier tercero la calificaría como absolutamente encaminada a cometer una violación, es decir, una conducta unívoca, ya ha cometido alguno de los actos encaminados a su perpetración, ya el bien jurídico protegido que es la integridad sexual está en un peligro concreto y grave, el derecho en este caso debiera intervenir, anticiparse y penar dicha conducta. Ahí ya habría claramente una tentativa de violación. Sin perjuicio de que podría haber ya de antes un abuso sexual consumado.

-Homicidio calificado (premeditación conocida).

Un sujeto compra un arma, se dirige al hogar de su enemigo, carga el arma y lo espera pacientemente, al verlo llegar, lo apunta desde lejos y le dispara tres balazos, con lo que cae muerto.

¿El sujeto desde qué momento ha comenzado la ejecución del homicidio por hechos directos?

La compra del arma es claro que constituye un mero acto preparatorio, dirigirse al hogar de su enemigo, esperarlo, son actos equívocos, que pueden estar encaminados a otros fines, y no se ha comenzado a principiar acción delictual alguna.

El apuntarlo con el arma cargada, parece ser una puesta en peligro mayor del bien jurídico, y un tercero imparcial podrá advertir quizás de manera unívoca más allá de toda duda razonable, la intención de matarlo. Existe un peligro real para el bien jurídico, el apuntar a otro con un arma cargada, es un acto que supone un peligro bastante grande contra la vida e integridad física del otro. Obviamente hay que analizar el contexto de la situación y además la lejanía o cercanía de la posible víctima al objeto de ataque. Sin embargo, parece bastante razonable que este hecho ya pueda ser calificado como tentativa, sin embargo, ¿podría sostenerse que se ha dado principio al homicidio, es decir, a quitar la vida de otro ser humano? Es bastante discutible. Podrán existir argumentos razonables de ambos lados, por una parte el Fiscal podrá alegar que se pone en peligro al bien jurídico vida de manera directa, (negar que apuntar a una persona con un arma cargada no es un acto peligroso, no será un argumento muy racional), si el sujeto está a una distancia cercana, el peligro será mayor. La amenaza es directa, idónea para producir ese posible resultado de muerte, y dependiendo del contexto la conducta discutiblemente puede ser

calificada de equívoca. Por otro lado, la defensa podrá argumentar que el sujeto no ha principiado la ejecución de un homicidio, es decir, no ha comenzado a matar a nadie, por el mero hecho de apuntar con un arma, que si bien es una conducta peligrosa, no hay aún principio de ejecución, y no es inmediatamente anterior al disparo, ya que al menos se debe haber jalado el gatillo.

Sin embargo, de llegar a aceptar que en ese caso aún no hay tentativa, se estaría reduciendo a una mínima expresión el campo de aplicación de ésta y en la práctica no tendría sentido que el legislador la haya sancionado.

En cuanto a jalar el gatillo de un arma cargada, ya difícilmente podrá considerarse esa conducta un mero acto preparatorio, es absolutamente peligroso para el bien jurídico tutelado (importando siempre la distancia a la que se encuentre la víctima) es absolutamente unívoco el comportamiento, revela más allá de toda duda razonable la intención de matar por cualquier tercero externo que observe. Un balazo proveniente de un arma de fuego será la mayoría de las veces un medio idóneo para causar la muerte. Aunque eso no ocurra con posterioridad, al menos quien dispara a otro debe representarse la posibilidad de poder causar la muerte, es decir, al menos debe tener dolo eventual. Habrá tentativa ya desde este momento, y será sumamente difícil argumentar que constituye un mero acto preparatorio.

-En cuanto a un **hurto**: este delito se encontrará en grado de desarrollo tentado desde el momento en que el agente da comienzo a la ejecución del hurto por hechos directos pero faltan uno o más para su complemento. De esta manera, podemos afirmar y siguiendo la

teoría de la *ablatio*, que, el delito de hurto se encontrará en grado de desarrollo tentado desde el momento en que el sujeto es sorprendido por los guardias de seguridad con una especie mueble ocultándola entre sus vestimentas antes de traspasar las cajas registradoras. Esta teoría, como en los próximos capítulos se explicará, no permite diferenciar claramente entre los actos preparatorios y el comienzo de la tentativa, momentos que se diferencian desde que el agente saca la especie del lugar en que se encontraba y la oculta entre sus vestimentas, momento en el cual se saca la especie de la esfera de resguardo en que se encontraba disponiéndose el sujeto activo a traspasar las cajas registradoras para consumir el ilícito, lo cual en este caso no se verifica, por tanto no se puede consumir el hurto por faltar este hecho para su complemento

-En cuanto a un **robo con fuerza en las cosas**: es importante analizar lo señalado por los artículos 444 y 450 inc. 1° de nuestro Código Penal

Señala el art. 444 del CP que “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”.

Es por ello que, según lo señalado en la norma precedente, se requiere para que opere esta presunción de tentativa, que el individuo ingrese al lugar habitado utilizando alguno de los medios de ejecución señalados y, lógicamente, que sea sorprendido dentro del lugar habitado.

Ahora bien, es importante señalar que esta presunción sólo opera en los casos de delito de robo con fuerza en las cosas cometidos en lugares habitados o destinados a la habitación y sus dependencias.

En cuanto a su penalidad, el artículo 450 inc. 1° señala que la tentativa de algunas modalidades del robo, entre las que se encuentran las referidas por el art. 444 de nuestro Código Penal, se castigarán como figuras consumadas, de modo tal que la pena no se determinará según las normas generales, en que se permitiría rebajar la pena en dos grados, sino que se aplicaría la pena del delito consumado, esto es de una pena de crimen.

De este modo, el artículo 450 inciso 1°, prescribe que “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 encuentran en grado de tentativa”. Esto significa que los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, en sus distintas modalidades, esto es: robo por sorpresa, piratería y el delito de extorsión tendrán una misma sanción penal que la de los delitos de robo con fuerza en las cosas cometidos en lugar habitado o destinado a la habitación. A contrario sensu, para los demás crímenes y simples delitos que atentan contra la propiedad, regulados en este Título IX, es decir: delitos de hurto, receptación, usurpación, defraudaciones, estafas, delito de incendio, daños y delito de robo con fuerza en las cosas que no sean del artículo 440, se les aplicarán las reglas generales del iter criminis, es decir, se permitirá rebajar la pena en dos grados.

En nuestra opinión, nos parece excesivo igualar en penalidad los delitos consumados y los que se encuentran tentados. Si bien es cierto que los delitos que menciona el art. 450 son de mayor gravedad y por ende la tentativa debiera ser penada más gravemente por atentarse también contra la seguridad física y psíquica de la personas, no estamos de acuerdo en que se equipare la pena a la de un delito consumado, ya que no obstante de poner en peligro los bienes jurídicos tutelados, no se logran verificar las circunstancias que permitirían violar totalmente con estos bienes jurídicos. Penar una tentativa como delito consumado resulta chocante.

-En cuanto a una **estafa**: de acuerdo con lo señalado en el art. 473 del Código Penal, se castiga al que “defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”. De esta manera, para que se configure el delito de estafa es necesario la concurrencia de cuatro elementos: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y que exista una relación de causalidad entre todas ellas.

El delito de estafa se consumará con el perjuicio y, mientras éste no se produzca, podrá haber tentativa o frustración.

En cuanto a la tentativa, ella comenzará con el engaño, es decir, con aquellos actos directos que conducen a la defraudación o en el momento en que se omitió salvar el error si tenía la obligación de hacerlo. De este modo, habrá estafa tentada “cuando el agente ha

desplegado las maniobras fraudulentas tendientes a defraudar, pero ellas no han sido suficientes para ocasionar la defraudación”¹¹⁵.

Por ejemplo, un abogado que aparenta solvencia profesional y económica, induce a su cliente a un error de tal entidad que le conlleva a entregarle una suma de dinero, disposición patrimonial, sobre la base de que el abogado realizara unas determinadas gestiones judiciales. Tras obtener esa suma de dinero, el abogado no es tal o, sencillamente, no realiza esas gestiones o trámites, lo que conduce a un delito de estafa. Mientras sólo persista el engaño habrá tentativa de estafa, ello porque con el engaño se induce a error al sujeto pasivo. Y si el sujeto pasivo realiza una disposición patrimonial a favor del sujeto activo, el delito de estafa se encontrará consumado.

4.6. Importancia de la distinción entre actos preparatorios y tentativa

La principal importancia entre un acto preparatorio y tentativa es claramente en cuanto a su penalidad, ya que por regla general el acto preparatorio es impune por lo ya estudiado con anterioridad en esta memoria, salvo los casos excepcionales que señalamos, por ejemplo a propósito de los delitos cometidos por asociaciones ilícitas en Europa; en cambio la tentativa será por regla general punible, según el artículo 7, de ahí la importancia radical entre distinguir una fase de la otra.

¹¹⁵ CONTRERAS TORRES, Raúl. “El Delito De Estafa”, 48 p.

El acto preparatorio se puede confundir muchas veces con un acto tentado, y el juez muchas veces sancionará como tentativa actos que son en si preparatorios, y al revés dejará impune actos que son derechamente tentativa. Lo importante es saber aplicar bien los criterios necesarios para delimitar bien uno del otro, ya que aplicándolos correctamente podremos establecer con justicia cuando un sujeto es merecedor de sanción por su conducta, en sentido de que atenta o pone en peligro efectivamente determinados bienes jurídicos.

Compartimos la opinión de la doctrina en general en que los actos preparatorios al igual que los pensamientos, no debieran ser sancionados en un Estado de Derecho porque no es labor del Estado sancionar el fuero interno o malos propósitos de las personas, como el hecho de organizar los medios para perpetrar un delito en particular, ya que el sujeto no representa un peligro mayor si es que no da comienzo a la ejecución del delito por hechos directos. Es de recordar que el derecho penal no sanciona al individuo peligroso sino al acto peligroso.

4.7 Tentativa inidónea y Delito Putativo

La llamada tentativa inidónea admite dos modalidades a saber: una absoluta y otra relativa.

“Es absoluta cuando los medios empleados por el autor son totalmente inadecuados para lograr la consumación del delito (pretender hacer abortar con una infusión de té) o cuando el bien objeto del ataque es inexistente en la realidad (pretender matar a una persona que ya falleció). Las hipótesis de tentativa absolutamente inidónea constituyen el denominado delito imposible, y ello porque desde que se comienza la acción queda descartada toda posibilidad de consumación del hecho”.

En este caso, nuestra doctrina y jurisprudencia han señalado que la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible son hechos impunes, pues no ponen en riesgo los bienes jurídicos protegidos en la legislación penal.

“Hay idoneidad relativa cuando los medios que ha usado el sujeto activo, siendo intrínsecamente aptos para alcanzar la consumación del delito, no lo son en el momento de actuar por las circunstancias concretas concurrentes (disparar un balazo al sujeto que está protegido por un chaleco antibala). Se da también la inoponibilidad relativa cuando existiendo el objeto de la agresión, por circunstancias accidentales no encuentra en el lugar del ataque (se dispara para herir a una persona mientras duerme en su lecho, en circunstancias que ésta lo acaba de abandonar)”¹¹⁶. Esta forma de tentativa sí es punible ya que se cumplen los elementos constitutivos del tipo, esto es: idoneidad del medio para lograr el resultado y el objeto material agredido.

Y finalmente, habrá delito putativo cuando el sujeto activo lleva a cabo una acción que cree que es punible pero que no está sancionada en la legislación penal como delito. Al

¹¹⁶ íbid

igual que en la tentativa inidónea, es atípica y no punible porque el sujeto activo no pone en riesgo algún bien jurídico protegido. Por ejemplo, una persona comete adulterio suponiéndolo punible o una persona que atenta contra su vida creyendo que será sancionada penalmente.

4.8 Tentativa en el Delito Omisivo

Se ha discutido en nuestra doctrina si es concebible que en el grado de desarrollo tentado se puede presentar en un delito omisivo.

Para el autor nacional, Enrique Cury, es concebible la tentativa en un delito de omisión, argumentando para ello que la tentativa en la omisión se verifica de manera similar que en un delito de acción, diferenciándose solamente en sus circunstancias propias referidas a la modalidad de la conducta, ya que en ambas formas es posible apreciar, por parte del sujeto activo, la intención de que un determinado ilícito llegue a perfeccionarse, intención que se aprecia con la abstención de llevar a cabo su obligación de actuar, sin obedecer el mandato que le impone su posición de garante.

Siguiendo a Cury “el garante sólo comete tentativa de omisión si permanece inactivo hasta el último momento en que su intervención hubiera sido eficaz”¹¹⁷; no obstante ello, afirma que es más acertado hablar de delito de omisión frustrado, debido a que se excluye la sanción penal en la tentativa de los delitos omisivos porque no es posible verificar un principio de ejecución en la omisión. De esta manera, en el delito de acción, según el inc 3° del art. 7 “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero falta uno o más para su complemento”. En cambio, en la tentativa de los delitos omisivos esta se presentaría “cuando el autor se encuentra en posición de garante y se abstiene de acatar el mandato de obrar, pero de suerte que, si hubiera actuado, el resultado se habría producido de todas maneras, pues causas independientes de su voluntad le hubiesen impedido evitarlo”¹¹⁸.

4.9 Análisis jurisprudencial

4.9.1 Jurisprudencia en Delitos contra las Personas

1) Delito de Homicidio

- Tribunal: 2° Sala de la Corte Suprema

¹¹⁷ CURY URZUA, Enrique. Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica, Santiago, Chile. pp. 688-689.

¹¹⁸ Ibid

-Magistrados: Nibaldo Segura P., Jaime Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch V., Carlos Kunsemuller, y el Auditor General del Ejército Subrogante Walter Martínez Cáceres.

- Rol: 1779-2010

- Fecha: 26- Noviembre- 2010

- Antecedentes: “El hechor, don Sergio Fernando Pavez Pérez, apunta y dispara varios tiros en dirección hacia donde se encontraban dos funcionarios de carabineros, cabo 1° Pablo Pérez Valdés y el carabinero Marcelo Ortega Delgado, con un arma de fuego de poca intensidad sin lograr impactarlos, un revólver marca Pasper, calibre 22 corta, serie N° 331564, dichos carabineros se encontraban en la vía pública en sus motos institucionales”.

Luego de ser detenido y formalizado en autos rol N°3097-2008, del 2° Juzgado Militar de Santiago, se condenó a don Sergio Pavez Pérez como autor del delito de homicidio frustrado en contra de los dos carabineros ya individualizados, y además, se le condenó por el delito de porte ilegal de armas de fuego, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas de la causa.

Ante dicho fallo, el condenado y el ministerio público militar dedujeron recurso de apelación, ante lo cual, la Corte Marcial confirmó esta condena.

Frente a esta decisión, la defensa del condenado interpuso el recurso de casación en el fondo, siendo declarado admisible y a fojas 1472 se ordenó traer los autos en relación.

-Decisión del Tribunal: la 2° Sala de la Corte Suprema determinó que el delito cometido sólo alcanzó el grado de tentado, ya que para que se configure el homicidio como frustrado se requería, según lo establecido en el art. 7° inciso 2° del Código Penal, que el agente hubiera realizado todo lo necesario para que el crimen se consumara y que esto no se verificare por causas independientes de su voluntad, cuestión que no ocurrió, pues de acuerdo a la forma como ocurrieron los hechos, al delincuente le quedaban actos por realizar, es decir, aún no había perpetrado todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.

De este modo, los ministros de la 2° sala de la Corte Suprema señalan que determinar en qué momento termina la tentativa y cuándo comienza la frustración supone establecer si se perpetraron o no todos los actos necesarios para lograr la consumación del ilícito, es decir, implica analizar la actividad personal desarrollada por el sujeto y en consecuencia, si falta algún suceso que dependa del hecho estaremos frente a una acción tentada, pues tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 7°, 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.

Finalmente consideran que, en el presente caso, no cabe duda que el acusado dio comienzo a la realización del injusto, por hechos directos, como lo fueron apuntar y disparar en dirección al lugar donde se hallaban los funcionarios de carabineros con un arma de muy baja capacidad de fuego (calibre 22 corto), sin embargo, como no logró impactarlos, tales acciones, de acuerdo a su curso natural, no fueron suficientes para lograr

el resultado dañoso buscado, faltando, en consecuencia, la pericia, puntería, precisión y un arma más idónea, requeridas para dar en el blanco a distancia. Así, desde un punto de vista objetivo, resulta evidente que el sujeto no realizó todos los actos que, desligados de la intervención de terceros o de fenómenos naturales, conllevarían la consumación del hecho típico. De este modo, no cabe afirmar que ya no le quedaba nada por hacer para lograr el perfeccionamiento de la acción emprendida.

Como voto disidente, el Auditor General del Ejército, no concuerda con lo considerado en sentencia de autos, estimando que se debiera haber sancionado como un homicidio frustrado, toda vez que según su opinión, se puede concluir que el imputado reconoció disparar entre cinco a seis veces con un revólver a dos motoristas de carabineros, lo que obliga a razonar que su actuar se agotó con el fin perseguido, cual era, dar muerte al personal de carabineros, no verificándose el mismo por causas independientes de su voluntad. El apuntar y no dar en blanco, puede ser estimado como elemento de ponderación para considerar una tentativa, si éste fuere realizado en una sola ocasión, pero la pluralidad de la acción, hace imposible poder ubicar el desarrollo del iter criminis en una mera tentativa.

Según nuestra opinión, nos parece acertada la decisión adoptada por la Corte Suprema, no así con el voto disidente, ya que si bien el sujeto activo disparó en varias ocasiones para lograr el objetivo, éste no ha puesto todo lo necesario para que el homicidio se consuma, ya que era necesaria un arma de fuego de mayor calibre, una mejor puntería, y se aprecia claramente que el actuar del sujeto está incompleto pues faltaban uno o más para su complemento.

2) Femicidio

-Tribunal: 6° Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción

-Ministros: Carlos Aldana Fuentes, Renato Campos González.

-Rol: 398-2016

-Fecha: 10-Junio-2016

-Antecedentes: “el día 1 de octubre de 2015, alrededor de las 08:00 horas, en circunstancias que la víctima Rita Rivera Vera se encontraba en su domicilio ubicado en el Sitio 19, Villa Las Galaxias de esta ciudad, al lugar llegó el acusado, ex conviviente y padre de una hija en común, quien luego de una discusión sentimental, procedió a amenazarla de muerte con un arma blanca que extrajo desde sus vestimentas, señalándole que la iba a matar, ante lo cual la víctima, con temor de verse expuesta a un daño subió al automóvil placa patente XH 4764, huyendo en dirección a esta ciudad a fin de solicitar ayuda, siendo perseguida en todo momento por el acusado en el vehículo placa patente ZR 6510, quien logra darle alcance y la obliga a detenerse colocándose delante de ella, bajándose el acusado de su vehículo portando un cuchillo, conminando a la víctima a que se bajara del suyo amenazándola en todo momento con el cuchillo que portaba, logrando la víctima nuevamente retomar su huida, siendo seguida por el acusado, quien trataba de embestirla, hasta que en el kilómetro 506 de la avenida Las Industrias, colisiona el acusado por la parte trasera y por el costado el vehículo conducido por la víctima, con la intención de sacarla de la vía y producir la muerte de ésta y cumplir así las amenazas proferidas, logrando en parte su objetivo ya que la víctima pierde el control de su vehículo y vuelca hacia un costado de la vía, resultando el vehículo con daños y la víctima con lesiones consistentes en cervicalgia y contusiones explicables por accidente de tránsito, clínicamente leves”.

Frente a estos hechos, la Fiscalía solicita que se condene al acusado por el delito de femicidio frustrado a la pena de 10 años y un día. El ministerio público funda su acusación

en la circunstancia de haber colisionado el automóvil que conducía la víctima con la intención de sacarla de la vía y con ello ocasionarle la muerte, de esta manera al acusado ya no le quedaba nada más por hacer, ya que puso de su parte todo lo necesario para que la muerte de su ex conviviente se verificara, cumpliéndose de esta manera, según la Fiscalía, lo establecido en el artículo 7° inciso 2 del Código Penal.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles dicta sentencia condenando a don Marcelo del Carmen Paz Salgado como autor del delito de femicidio en grado tentado, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. Los hechos que la sentencia desarrolla para tener por acreditado los hechos directos por los cuales estima que se dio comienzo a la ejecución del delito de femicidio tentado, los cuales son la amenaza de muerte, con un cuchillo y persecución durante varios kilómetros, con un episodio de interceptación y otro el último, nuevamente de enfrentamiento, no obstante que la mujer se encontraba herida.

No conforme con dicha condena, la Defensoría Penal Pública interpone recurso de nulidad en contra de esta sentencia definitiva, por errónea aplicación del derecho, contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 7 del mismo código, esgrimiendo que los hechos ejecutados pueden estimarse como parte ejecutiva de dicho plan, pero que tales hechos sólo llegan a la fase de preparatorios no punibles, como lo sostiene la doctrina y jurisprudencia, a diferencia de la tentativa, que es penada por la ley. Así mismo, la defensa del acusado, estima que para determinar si se dio inicio a la ejecución del femicidio a través de hechos directos, se debe resolver si estos son, desde un punto objetivo, inequívocamente destinados a dar muerte a la víctima, agregando que los hechos que se tienen por acreditados en la sentencia no tienen ese objetivo, como son las amenazas de muerte proferidas a la víctima con un arma blanca y una persecución vehicular a alta velocidad, de esta manera la finalidad de su representado pudo ser perfectamente lesionarla o simplemente asustarla.

-Decisión del Tribunal: la 6° sala de la Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública ratificando la decisión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, condenando a don Marcelo Del Carmen Paz Salgado como autor de femicidio tentado.

Este tribunal colegiado consideró que este delito se encuentra en grado de desarrollo tentado, ya que si bien el delincuente dio principio a la ejecución del delito por hechos directos, faltan u o más para su complemento, cumpliéndose entonces lo exigido por el art. 7 del código penal

Así, don Marcelo Paz Salgado dio comienzo a la ejecución del delito, pues, teniendo la voluntad de matar a la víctima, adoptó la decisión de hacerlo, traspasando la mera ideación de la muerte, para llevarla a práctica. El delincuente dio comienzo a la ejecución del delito, mediante la realización de actos directos, que son los ya señalados en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, sin lograr completar la totalidad de la conducta necesaria para satisfacer el femicidio y sin lograr el resultado querido, esto por causas ajenas a su voluntad.

Creemos que el sujeto dio comienzo a la ejecución del femicidio al momento de colisionar el automóvil de la víctima con el fin de sacarla del camino para producir su muerte, no se denota un simple ánimo de lesionar sino de dar muerte, en atención a la violencia del proceder del delincuente y al peligro que dicho acto conlleva a la vida de la víctima

4.9.2 Jurisprudencia en Delitos contra la Integridad Sexual

1) Violación

-Tribunal: 1° sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia

-Ministros: Marcia Undurraga Jensen, Gloria Hidalgo Alvear, Claudia Novoa Araya.

-Rol: 533-2016

-Fecha: 13-Septiembre-2016

-Antecedentes: “El día 16 de Septiembre del año 2014, a eso de las 9 hrs. de la mañana, el acusado Jorge Antonio Aguilar Pérez, aprovechando el conocimiento previo que tenía de que la puerta principal de acceso al inmueble ubicado en pasaje La Pradena N°40, población Caupolicán de la ciudad de La Unión, tenía su pestillo en mal estado y sólo quedaba junta, ingresó a dicho inmueble por dicha vía, lugar en el cual para ese entonces vivía la víctima doña Paola Andrea Cumplido Peña.

Acto seguido el acusado se dirigió al dormitorio donde estaba acostada la víctima y aprovechando la situación de que ésta se encontraba privada de razón o sentido debido a su estado de ebriedad producto de que había estado bebiendo cerveza en compañía de su conviviente y del acusado desde las 22:00 hrs. del día 15 de Septiembre hasta las 8:30 hrs de la mañana del día de ocurrencia de los hechos, y con la finalidad de accederla carnalmente, se subió sobre ella bajándose sus pantalones para luego tocar con sus manos por debajo de sus ropas sus pechos y la vagina de la víctima, para luego introducir uno de sus dedos en la vagina de ésta. Situación ante la cual la agraviada despertó y opuso

resistencia al actuar del acusado, iniciando un forcejeo con éste, situación ante la cual el acusado tomó una almohada de la cama y la colocó sobre el rostro de la víctima la cual siguió forcejeando con éste hasta lograr sacárselo de encima y tratar de huir, cayendo al momento de su huida la afectada al suelo a raíz de su estado de ebriedad, situación ante la cual el acusado huyó del domicilio. Al momento de practicarse el examen de alcoholemia a la víctima el día 16 de Septiembre de 2014 a las 17:15 hrs este registraba 0.32 gramos por mil de alcohol en la sangre”.

Frente a estos hechos, el Ministerio Público formaliza al imputado por el delito de violación de mayor de 14 años en grado de desarrollo tentado, tipificado en el art. 361 N°2 del Código Penal. Solicitando la pena de 800 días de presidio menor en su grado medio más las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Por su parte, la Defensoría Penal Pública solicitó la absolución de su representado por faltar prueba material y contradicciones en la prueba, ya que según esta parte, tanto en la declaración de la víctima como en la de los testigos falta precisión en la hora en que ocurrieron los hechos y en la hora de los sucesos posteriores de la constatación de las lesiones.

Acreditados los hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Valdivia condenó por unanimidad a don Jorge Antonio Aguilar Pérez a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de violación de mayor de 14 años ejecutados en grado de desarrollo tentado, ya que se demostró que la acción del acusado reviste el carácter de relevancia y significación sexual, afectando zonas erógenas de la víctima, quien al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad y que al reaccionar frente al proceder del agente forcejeó con él, evitando de esta manera la consumación de la violación.

En contra de esta sentencia, el abogado defensor del condenado, interpuso recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho contemplada en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que no se ha logrado acreditar la existencia de hechos positivos tendientes a cometer el delito, vulnerando con ello la normativa sobre la participación y determinación de la pena, al considerar a su representado como autor del delito de violación del art. 361, en circunstancia que no se debió aplicar sanción.

-Decisión del Tribunal: la 1° sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor, ratificando de esta manera la condena impuesta por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia.

En este caso estamos totalmente de acuerdo con lo resuelto por ambos tribunales, ya que claramente existe una violación tentada, porque el sujeto activo al ingresar a la habitación, y aprovechándose del estado de ebriedad de la víctima, dio comienzo a la ejecución de este delito desde el momento en que al bajar sus pantalones comenzó a tocarla en sus zonas erógenas, lo que denota sin lugar a dudas, de que el sujeto activo no sólo se encaminaba a un simple abuso sexual, sino de que el delincuente se disponía a accederla carnalmente, lo que no se verifica por la resistencia de la víctima, es decir, queda perfectamente configurada una tentativa de violación y en el contexto que cualquier tercero imparcial que hubiera presenciado esta conducta la habría calificado como conducta unívoca del delito de violación.

2) Abuso Sexual

-Tribunal: 2° Corte de Apelaciones de Valparaíso

-Ministros: Rafael Lobos Domínguez, Mónica González Alcaide, Rolando Fuentes Riquelme.

-Rol: 1188-2008

-Fecha: 4-Diciembre-2008

-Antecedentes: “El 10 de noviembre del año 2007, aproximadamente a las 07:30 horas, el acusado Felipe Andrés González González, ingresó al domicilio de la adolescente Bárbara Cáceres Alvarez, ubicado en Vicente Huidobro N° 846, Casablanca, nacida el 9 de abril de 1991, de 16 años de edad, se abalanzó sobre la cama en que dormía la joven, tomándola del cuello y del rostro, amenazándola de muerte e intentando sacarle el pijama y abrir sus piernas, logrando tocarle los pechos, no obstante que la ofendida se defendía, para finalmente, ante sus gritos de auxilio y al ser sorprendido por el padre, huir el hechor desnudo arriba de su bicicleta”.

Acreditados estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso condenó a don Felipe Andrés González González a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de abuso sexual consumado en contra de un menor de 16 años de edad.

En contra de esta sentencia el abogado defensor interpuso recurso de nulidad fundado en la causal prevista en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal por errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, argumentando que la calificación jurídica de los hechos ha sido errónea, estimando que son constitutivas del delito de violación en grado de desarrollo tentado previsto en el art. 361 del Código Penal. Solicitando, en definitiva, que se anule la sentencia y que se dicte una sentencia de reemplazo.

-Decisión del Tribunal: la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el abogado del condenado, ratificando la sentencia dictada por el Tribunal inferior, condenando al delincuente como autor de abuso sexual. A juicio de esta Corte no existen elementos objetivos ni subjetivos para determinar que se hayan ejecutados hechos directos encaminados a un delito de violación, argumentando para ello que la víctima siempre estuvo en pijama, incluso cuando trataba de abrirle las piernas, lo que no logró y tampoco pudo sacarle el pantalón del pijama, ni siquiera se introdujo desnudo en la cama de la víctima, realizando sólo tocaciones de índole sexual sin accederla carnalmente.

En este caso no compartimos la decisión de esta Corte, en el sentido de que consideramos que se configura un delito de violación en grado de desarrollo tentado, ya que estimamos que el delincuente dio comienzo a la ejecución de este ilícito desde el momento en que encontrándose desnudo en la habitación de la niña, trata de despojarla de su pijama y de abrirle las piernas a la víctima mediante la fuerza, lo que revela una clara intención de querer accederla carnalmente lo que no pudo lograr por la resistencia física de la víctima.

4.9.3 Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad

1) Delito de Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar Habitado

-Tribunal: 1° Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco

-Ministros: Luis Troncoso Lagos, Julio César Grandón Castro y Cecilia Aravena López.

-Rol: 68-2016

-Fecha: 19-Febrero-2016

-Antecedentes: “el día 05 de agosto del año 2015, aproximadamente a las 09:00 horas, Jairo Enrique Valenzuela Meza y Fernando Andrés Pulgar Cárcamo en compañía de un tercero, concurrieron al domicilio emplazado en calle Las Marantas N° 02492, entre Los Ganaderos y Altamira, en el cual se encontraba la víctima de iniciales D.D.A.V., y cuyo patio posterior colinda con un sitio eriazo, procediendo a desplazarse hasta el cerco perimetral del patio del domicilio de la víctima, lugar en el cual con diversos elementos metálicos efectuaron, desde el sitio despoblado, un forado en la pandereta, como también un orificio en la base de la misma, una vez efectuados aquellos, fueron sorprendidos por Carabineros, huyendo del lugar en diversas direcciones, siendo aprehendidos sólo los mencionados en las inmediaciones del lugar. En su fuga el acusado Valenzuela Meza se desprendió de una mochila que contenía en su interior un formón y una barretilla”.

Frente a estos hechos, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco, condenó a don Fernando Pulgar Cárcamo a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentativa.

Ante dicha sentencia, la Defensoría Penal Pública, interpuso recurso de nulidad fundado en la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, solicitando la nulidad de dicha sentencia y que se dicte una nueva sentencia de reemplazo que absuelva al condenado.

La Defensoría Penal Pública fundamenta que tales hechos no son constitutivos de delito y que la conducta de su representado debe ser estimada como atípica, y por ende, sin ninguna sanción penal. No debiéndose aplicar el art. 7 inc. 3° del Código Penal, así como

tampoco el art. 440 del mismo cuerpo legal, ya que esta última norma exige para la consumación de este delito la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, y el ingreso por escalamiento. La defensa del condenado argumenta además que al no haber ingresado a la propiedad la acción de su representado no constituye un hecho directo para la consumación del delito, sino que sólo constituyen un acto preparatorio, no alcanzando a constituir actos de ejecución, por ello la Defensoría Penal Pública considera que debiera absolverse a su representado.

Así también, señala la defensa del condenado que, en el evento de un delito de robo con fuerza en grado de tentativa, según el art. 444 del Código Penal, se exige que el agente se introduzca por forado, siendo este el primer hecho directo punible, y en este caso determinado no quedó como hecho acreditado el ingreso del condenado por forado, sino que sólo efectuó un forado en la pandereta y un orificio en la base de ella, pero no el ingreso a la propiedad de ella, señalando que esto sólo constituye un acto preparatorio y no un principio de ejecución.

-Decisión del Tribunal: la 1° Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, concluyendo que se trata de un delito de robo con fuerza tentado, ya que la intención del condenado era sustraer especies desde el interior del patio de la víctima y no otra, quedando la acción del acusado en la hipótesis de que dio “principio a la ejecución de un crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”, representando aquella conducta un peligro concreto para el bien jurídico de la propiedad, siendo idóneos aquellos hechos para lograr el resultado típico.

Según nuestra opinión y siendo consecuentes con los principios planteados en este trabajo, estimamos que no se alcanzaría a dar ni siquiera uno de los elementos del tipo penal, esto es, el escalamiento, ya que para que exista tal, la ley penal exige que se deba ingresar por vía no destinada al efecto o por forado, y en el caso que nos ocupa, si bien los agentes han efectuado un forado en la pared con el objetivo de ingresar a la propiedad a robar, el ingreso no se verifica por lo que ni siquiera hubo escalamiento, ahora bien, por más reprochable que nos pueda parecer esta conducta concluimos que no se ha dado principio de ejecución de un robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, constituyendo sólo meros actos preparatorios del delitos, los cuales son absolutamente impunes.

1.1) Delito de Robo con Fuerza en las cosas en Lugar Destinado a la Habitación

-Tribunal: 4° sala de la Corte de Apelaciones de Concepción

-Ministros: Carlos Aldana Fuentes, Jaime Solís Pino, Juan Villa Sanhueza

-Rol: 927-2015

-Fecha: 7-Enero-2016

-Antecedentes: "El día 06 de Febrero de 2015, aproximadamente a las 07:00 horas, el acusado ya individualizado, concurrió hasta el inmueble ubicado en calle Alberto Blest Gana N° 1215, Población Escritores de Chile, Los Ángeles, con ánimo de lucro procede a escalar por una pandereta y luego ingresa por una ventana que se encontraba abierta al interior del domicilio con la finalidad de sustraer especies, y huye por el mismo lugar siendo sorprendido en esos momentos por carabineros que lo detuvo, sin que lograra sustraer ningún tipo de especies".

Frente a estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles condenó a don Cristóbal Lermada Valderrama como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en grado de desarrollo tentado, concediéndole la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena.

En contra de esta sentencia, el ministerio público interpone recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal por haberse hecho una errónea aplicación del derecho, ya que según lo dispuesto en el artículo 450 inc. 1° del Código Penal se establece que el autor de este delito se sancionará como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa. Agregando el fiscal adjunto que, por dicho error, al condenado, se le ha rebajado la pena en dos grados, lo que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

-Decisión del Tribunal: la 4° sala de la Corte de Apelaciones de Concepción acoge el recurso de nulidad interpuesto por la fiscalía, en el sentido de que al sancionar el Tribunal de Juicio Oral los hechos como tentativa en base al artículo 444 del Código Penal, sin hacer aplicación al artículo 450 inciso 1°, ha incurrido en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haberse impuesto al condenado la pena inmediatamente inferior en dos grados a la señalada por la ley para el respectivo delito, y no como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa. De esta manera, esta Corte procede a declarar nula la sentencia y el juicio oral, debiéndose realizar un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

En virtud del principio de legalidad estimamos correcta la decisión de la Corte de revocar dicha sentencia, por errónea aplicación del derecho, aplicándose la presunción contemplada en el art. 450 en relación con el art. 444 del código penal.

2) Robo con Intimidación

-Tribunal: 6° Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel

-Ministros: Tita Aránguiz Zúñiga, María Stella Elgarista Alvarez, Inés Martínez Henríquez.

-Rol: 817-2015

-Fecha: 17-Junio-2015

-Antecedentes: “El día 26 de julio de 2013, en horas de la tarde, en circunstancias que Paulina Isabel Jara Recabarren se encontraba esperando locomoción colectiva en un paradero ubicado en Avenida Padre Hurtado con calle Alejandro Guzmán, comuna de El Bosque, fue abordada por el acusado Francisco Rodríguez Alegría, quien, premunido de un elemento tipo fierro, el que portaba en un bolso simulando poseer una arma de fuego hechiza, procede a apuntar a la víctima con dicho elemento, exigiéndole bajo amenaza la entrega de su teléfono celular, a fin de apropiárselo contra la voluntad de su dueña y con ánimo de lucro. Al intimidarla el imputado le dijo "ya chiquillas tengo una escopeta cargada así que me van a pasar su celular", respondiendo la víctima "donde la viste huevón que te voy a pasar el celular", el imputado se quedó callado cuando le respondió en esta forma y ella se miró con otra mujer que estaba junto a ella esperando locomoción y salieron corriendo hacia un Servicentro Terpel, a través de un gran flujo vehicular que en esos momentos había. Una vez en el Servicentro tomó contacto en la Unidad de Carabineros en donde se desempeñaba la víctima para que le prestaran auxilio, siendo detenido el imputado en posesión del elemento con el que la intimidó”.

El ministerio público formalizó al imputado como autor del delito de robo con intimidación en grado de desarrollo tentado. El fiscal señala en su acusación que la intimidación se efectuó de dos maneras: 1° de una manera material y física, consistente en portar en el interior de un bolso un elemento que a los ojos de la víctima aparecería como un arma de fuego. Lo cual la llevó a huir del lugar y pedir ayuda a carabineros; y 2° también existió una amenaza verbal ya que el imputado ordenó la entrega de los teléfonos celulares diciendo que tenía el arma cargada.

Teniendo por acreditados estos hechos, el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, condenó al acusado como autor del delito de robo con intimidación en grado tentado, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo junto con accesorias legales. Desestimando de esta manera el desistimiento de la tentativa, argumentado por el defensor del acusado, por cuanto según la sentencia "no existió por parte del agente activo una situación de desistimiento de la acción, toda vez que la paralización en el desarrollo de la actividad típica no fue un acto voluntario de su parte, sino que se debió a la oposición y fuga realizada con la víctima"

En contra de esta sentencia definitiva, la Defensoría Penal Pública, interpone recurso de nulidad por las causales previstas en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que según esta defensa, existiría una infracción legal al art. 7, 436 inc 1° y 439 todos del Código Penal. La defensoría argumenta a favor de su representado que su actividad constituye desistimiento de tentativa, la cual es impune, y que por lo tanto esa sentencia adolece de una infracción legal.

-Decisión del Tribunal: la 6° sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel acoge el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, anulando la sentencia

dictada por el tribunal inferior. Esta sala se forma esta convicción, ya que según los hechos acreditados, aparece claramente que no existió ninguna conducta por parte de la víctima ni de terceros que condujeran al agente a desistirse de su ilícito o tentativa de ello, sino que fue su propia voluntad la que lo hace renunciar a ello puesto que contaba con condiciones favorables para haber continuado con su ilícito, puesto que se encontraba con un arma, aparente, pero suficiente para doblegar a la víctima, el lugar hacía difícil la huida por el tránsito complejo que se daba a esa hora, la víctima iba cargada con un bolso con peso por todo lo que llevaba en su interior y además, de su cartera y, por último, el sujeto activo era una persona joven que bien pudo perseguir a su víctima y sin embargo, desistió del ilícito y se fue caminando en sentido contrario al que huyó la víctima, es decir, fue su voluntad la que lo hizo desistir de insistir con el ilícito que se había propuesto. En definitiva, en este caso planteado falta la perfección del dolo y, con eso, la base para castigar el principio de ejecución de la acción descrita por el tipo.

Según nuestro entender, el sujeto activo ha dado comienzo a la ejecución de un robo con intimidación desde el momento que ha amenazado a las víctimas con un arma de fuego aparente y exigiendo la entrega de su celular. No compartimos la decisión de que ha habido desistimiento de tentativa, ya que no existió un dejar hacer por parte de la víctima en forma voluntaria sino que el delito no pudo seguir su ejecución por causas independientes de su voluntad, esto es, que la víctima huyó del paradero dirigiéndose hacia un sector más seguro en el cual el agente se encontraba en circunstancias mucho más desfavorables para cometer el ilícito que se propuso. Es por ello, que estos hechos debieron haber sido sancionados como un delito de robo con intimidación en grado de desarrollo tentado, y si bien, creemos que es exagerado que se le imponga la misma pena del delito consumado nos parece que en si los hechos son constitutivos de tentativa y si quisiéramos rebajarle la pena al agente se debiera rebajar la aplicación de la pena como normativa legal, pero no calificar el hecho arbitrariamente para exculpar al delincuente. Ahora bien, en cuanto al dolo, este se verifica al momento de proferir la amenaza para obtener la entrega de la especie, lo que denota ciertamente un querer y conocer aquello que está ejecutando,

por lo que consideramos que se verifica tanto el elemento cognoscitivo como volitivo del dolo.

CAPITULO 5. EL DELITO FRUSTRADO O TENTATIVA ACABADA

5.1.- CONCEPTO DE DELITO FRUSTRADO O TENTATIVA ACABADA

Según lo señalado en el artículo 7 inc. 2° de nuestro Código Penal, habrá 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”. De esta norma, por tanto, se puede concluir que sólo habrá frustración en los crímenes y simples delitos, quedando excluida la frustración en una falta, lo mismo ocurre en la tentativa. En la doctrina extranjera al delito frustrado se le ha denominado también tentativa acabada ya que se enmarca dentro del concepto de tentativa, tanto a la tentativa propiamente tal del art. 7 inciso 3 como el denominado delito frustrado. La tentativa propiamente tal es la tentativa inacabada ya que el sujeto no ha desplegado toda la actividad necesaria sino que le han faltado una o más para su complemento; en cambio, en el delito frustrado sería una tentativa acabada porque el sujeto ha desplegado todos los actos que naturalmente conducen a la consumación del delito, por lo que hay un desarrollo completo de la actividad sin que al sujeto le quedara más por hacer, y es el resultado el que no logra producirse por causas independientes a su voluntad.

“Hay simple delito o crimen frustrado cuando el sujeto activo realiza dolosamente la totalidad de la actividad delictiva que personalmente le correspondía ejecutar, pero el

curso causal que pone en movimiento no se concreta en el resultado típico perseguido por razones ajenas a su voluntad”¹¹⁹.

La tendencia doctrinaria asienta de manera uniforme que en el delito frustrado al delincuente no le queda nada por hacer; si el resultado no se ha producido todavía, es porque faltan elementos causales que no consisten en actos del agente, sino que en actos de terceros o fenómenos naturales. Se dice en este sentido que el delito está subjetivamente consumado, empleando esta expresión no para designar al elemento interno de la acción, sino para referirse al sujeto activo, que ha terminado su intervención, la frustración es acción culminada a diferencia de la tentativa, que es acción inconclusa, pero sin el resultado típico esperado. Por otra parte, existe consenso en que la faz subjetiva del delito frustrado es la misma que la tentativa, de manera que solo puede configurarse esta etapa del iter criminis, en la medida que el hechor actúa con dolo, quedando excluida la culpa.

5.2. ELEMENTOS DEL DELITO FRUSTRADO O TENTATIVA ACABADA

-LA FAZ OBJETIVA: Este elemento objetivo que debe concurrir en todo delito frustrado consiste, por una parte, en la ejecución completa de la descripción de un determinado tipo penal y, por otra parte, comprende que el sujeto activo haya “ejecutado

¹¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapas de concreción del delito, 4^o Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005. 350 p.

toda la acción, desde el punto de vista de su representación, con el conocimiento en el momento de obrar, ésta se encuentra concluida”¹²⁰.

De esta misma manera JUAN BUSTOS considera que “en el delito frustrado no sólo han de darse todos los actos que contravienen el contenido de la prohibición que materializa el tipo legal, sino, además, todos aquellos que conforme al ámbito situacional que éste describe son necesarios para la consumación del hecho delictivo”¹²¹

En síntesis podemos concluir que, para que exista delito frustrado o tentativa acabada, no basta con que el sujeto activo ejecute todos los actos que pueda para consumir el ilícito, sino que además se requiere que éste “lleve a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito”.

-LA FAZ SUBJETIVA: La doctrina mayoritaria considera que respecto de este elemento subjetivo deben aplicarse las mismas reglas que respecto a la tentativa. En este elemento nos remitimos a lo que estudiaremos en el Capítulo a propósito del Dolo en el Iter Criminis.

5.3. DISTINCION ENTRE TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO

¹²⁰ CURY Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Capítulo X, 565 p.

¹²¹ Bustos, op. cit., p. 276.

Tanto la tentativa como la frustración forman parte de la etapa de ejecución del delito y que normalmente son punibles.

Ahora bien, entre la tentativa y el delito frustrado existen importantes diferencias. La primera de ellas se desprende de lo señalado en el artículo 7 de nuestro Código Penal, ya descrito durante el desarrollo de esta memoria.

De acuerdo al art. 7°, la etapa de tentativa se distingue del delito frustrado, según el agente ha ejecutado o no todo lo necesario para la consumación de un delito determinado, pero este no logra consumarse por razones independientes a su voluntad. Por ello según el inciso 2° “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”. En la frustración, “estas causas independientes a su voluntad” impiden la consumación del delito. Un caso de delito frustrado sería, por ejemplo, quien, en la madrugada, dispara a otro con un revolver calibre 22 en el corazón y luego huye; sin embargo, en ese momento pasa una ambulancia, bajándose de ella un testigo, quien en su calidad de médico cirujano atendió a la víctima y lo trasladó a la clínica más cercana, pudiendo determinarse que la víctima habría fallecido si no hubiera recibido atención médica oportuna y eficaz.

Y de acuerdo al inciso 3° “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”. Sería un caso de delito tentado: si un sujeto dispara a otro y no logra dar en el cuerpo de la víctima, no logrando de esta manera la muerte del sujeto pasivo, es tentado porque falta el elemento de precisión con que debió efectuar el disparo, dando principio a la ejecución del hecho pero faltando el elemento de precisión para su complemento.

Otra importante diferencia es que, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, la frustración solo es concebible en los delitos materiales, es decir, en aquellos delitos que requieren la producción de un resultado material para su consumación. Por ejemplo el delito de homicidio, lesiones, estafa. En cambio, en la tentativa es concebible en los delitos de mera actividad o formales, que “son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material”¹²². Ejemplos de delitos de mera actividad son: el delito de violación, hurto, injuria.

Así también, existen diferencias en cuanto al desistimiento, ya que en la tentativa “aparece como una abstención”¹²³, en cambio en la frustración se “exige una conducta positiva y eficaz”¹²⁴. Por ejemplo, se verifica un desistimiento en la tentativa de homicidio si el sujeto dejara de disparar teniendo más balas para hacerlo, y habría desistimiento de la frustración cuando el agente luego de herir a la víctima por un disparo se dispusiere a realizarle los primeros auxilios o trasladarla al centro asistencial médico, salvándole de

¹²² RAMIREZ, Maria Cecilia. La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI, Valparaíso, Chile, 2005. 134 p.

¹²³ CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal”. Parte General. Capítulo X “Los distintos momentos de la ejecución del delito. Teoría del “ITER CRIMINIS”. 572 p.

¹²⁴ Ibid.

esta manera la vida, viéndose claramente la diferencia entre el dejar hacer y realizar una conducta eficaz.

Finalmente para efectos de determinar la pena de cada uno de estos grado de desarrollo del delito y según los artículos 51 y 52 de nuestro Código Penal, por regla general se rebajará la pena en relación al delito consumado, en la tentativa se rebajará en dos grados; en cambio, en el delito frustrado habrá una rebaja de un grado de la pena en relación a la consumación de un determinado delito. Todo ello salvo los casos excepcionales en que se equipara la sanción penal de la tentativa al delito consumado, como lo señala el art. 450 del mismo cuerpo legal.

5.4. EL DESISTIMIENTO

“Desiste del delito frustrado el que, habiendo ejecutado toda la conducta típica, actúa voluntariamente y de manera eficaz evitando la producción del resultado”¹²⁵

El Profesor Enrique Cury señala que: "el desistimiento de la tentativa y el delito frustrado constituyen causales de atipicidad por insuficiencia del elemento subjetivo, esto es, el dolo. De conformidad con lo expuesto sobre el concepto del dolo éste consiste en una voluntad que se exterioriza "haciéndose acción" al propio tiempo que dirigiéndola. Por otra parte, el de la tentativa se caracteriza, precisamente, porque no consigue realizarse del todo, no obstante lo cual aquella sólo se castiga a causa de que la finalidad persiste,

¹²⁵ Íbid, 51 p.

transformada en mera tendencia hacia el objetivo antijurídico. Para que exista una tentativa punible es preciso que la voluntad de consumir permanezca presente hasta el momento en que la acción se interrumpe o el resultado se frustra. En los casos de desistimiento no ocurre así. La voluntad de realización subsiste como tal sólo hasta el instante que precede a la suspensión de la conducta típica o a la ejecución de la acción destinada a evitar el resultado. Luego los dos componentes dinámicos del acción típica se detienen simultáneamente”¹²⁶.

5.5. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

5.5.1. Jurisprudencia en Delitos contra las Personas

1) Homicidio Simple

-Tribunal: 2° Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel

-Ministros: María Teresa Letelier Ramírez, Liliana Mera Muñoz, Jorge Schenke Reyes.

-Rol: 2512-2015

-Fecha: 24-Febrero-2016

-Antecedentes: "El día 10 de septiembre de 2014, las 11,30 horas aproximadamente, llegó al domicilio particular ubicado en Valle Central N°11542, comuna de El Bosque, la

¹²⁶ Íbid, 569 p.

acusada Marjorie Andrea Olguea Reyes, en compañía del acusado Juan Alberto Muñoz Muñoz, y ambos conversaron con la dueña del hogar, doña Soledad de los Ángeles Molina Cornejo, solicitando hablar con su hija de nombre Carla Soledad Contreras Molina. Al salir Carla del inmueble en compañía de su hermana Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, el acusado Juan Alberto Muñoz Muñoz le entregó un arma de fuego tipo escopeta que portaba en un bolso a la acusada Marjorie Andrea Olguea Reyes, quien procedió a disparar en dos oportunidades, en contra de Carla Soledad Contreras Molina, con un arma de fuego tipo escopeta, alcanzándola en la espalda y en los brazos; y alcanzando también los perdigones a su hermana Kimberly de los Ángeles Baeza Molina; que se encontraba a su lado. A raíz de lo anterior, la víctima Carla Soledad Contreras Molina falleció producto de heridas torácicas por perdigones, según Protocolo de Autopsia; mientras que la víctima Kimberly de los Ángeles Baeza Molina resultó con heridas de perdigones en distintas partes del cuerpo, de carácter menos grave según Informe Médico Legal".

Teniendo estos hechos como acreditados, el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dicta sentencia condenando a Juan Alberto Muñoz Muñoz a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple consumado, en perjuicio de Carla Contreras Molina, perpetrado el 10 de septiembre de 2014 en la comuna de El Bosque, y a Marjorie Andrea Olguea Reyes, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple consumado, en perjuicio de Carla Contreras Molina, y a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple frustrado, en perjuicio de Kimberly de los Ángeles Baeza Molina.

En contra de esta sentencia, el defensor penal público, interpuso recurso de nulidad por la condena que recibió Marjorie Olguea Reyes, invocando la causal de la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, esto por una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando que se anule en la parte que la condenó como autora de homicidio simple frustrado y que se dicte una sentencia de reemplazo, condenándola como autora del delito de lesiones menos graves en perjuicio de Kimberly Baeza Molina.

El defensor del acusado funda su solicitud a través de informe médico legal, que señala que los disparos ocasionaron en la víctima lesiones de mediana gravedad, que sanan entre 16 a 18 días y sin dejar secuelas funcionales, sólo estéticas y que no son de carácter vital. Además, argumenta que el delito en grado de desarrollo frustrado sólo admite dolo directo y no dolo eventual, ya que según el art. 7° del Código Penal es necesario que el delincuente ponga de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume, es decir, el sujeto tiene en vista la comisión de un delito en contra de su víctima. En cambio con dicha sentencia se le atribuye al agente la comisión del delito con dolo eventual.

-Decisión del Tribunal: la 2° sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en el sentido de anular la condena en contra de Marjorie Olguea Reyes como autora de homicidio simple frustrado en contra de Kimberly Baeza Molina y reemplazándola por la autora de lesiones menos graves.

Para ello, se tuvo que determinar el tipo de dolo con que actuó la condenada en la consumación de los hechos; para luego establecer si el dolo con que ha actuado esta última es o no suficiente para dar lugar a la figura del delito frustrado por el cual ha sido condenada respecto de la víctima Baeza Molina. Así las cosas, esta Corte determinó que la imputada, al llevar a efecto los disparos que dieron muerte a la víctima, no tuvo por objeto darle muerte a la otra víctima (Carla Soledad Contreras Molina), sino aceptó esa consecuencia como una alternativa que podía ocurrir con motivo de llevar a efecto su objetivo perseguido, cual era, dar muerte a la primera víctima indicada. De esta manera, sólo respecto de esta última actuó con dolo directo, pero respecto de la otra víctima actuó con dolo eventual, debiendo ser condenada, en lo que dice relación a este segundo ilícito, como autora del delito de lesiones menos graves y no de homicidio simple en grado frustrado.

1.1) Homicidio Simple

-Tribunal: 1° Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia

-Ministros: Darío Carretta Navea, Marcelo Vásquez Fernández

-Rol: 202-2015

-Fecha: 12-Mayo-2015

-Antecedentes: "que el día 02 de septiembre del año 2013, aproximadamente a las 1:30 de la mañana, Luis Alberto Millar Millar, se encontraba al interior de su domicilio ubicado en calle Janequeo N° 1.040 de la ciudad de Puerto Montt cuando siente ruidos y toma un revolver que tenía al alcance de su mano, miró por la cortina y efectúa dos disparos en contra de los funcionarios del grupo ERTA de la Policía de Investigaciones de Chile, quienes vestían el uniforme color negro con letras amarillas que decían PDI que se encontraban tratando de ingresar a su domicilio por un portón, luego de lo cual sale de su

domicilio y efectúa dos disparos más y arranca por los techos de las casas vecinas siendo detenido en calle Maipú con el arma de fuego que se encontraba a su lado, la que tenía su número de serie borrado, marca Taurus, calibre 38".

Teniendo por acreditados estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno condenó a don Luis Alberto Millar Millar como autor del delito de homicidio simple en grado frustrado a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio y por el delito de porte ilegal de armas a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo.

En contra de esta sentencia definitiva la Defensoría Penal Pública interpone recurso de nulidad por la causal prevista en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal. Esta parte funda su recurso señalando que con la ejecución del actuar de su representado debería conculcarse o ponerse en peligro en forma real y concreta el bien jurídico tutelado de la vida, lo que en este caso no ha ocurrido, por lo tanto esta parte alega que se aplica erróneamente la disposición contenida en el artículo 7° inciso segundo del Código Penal.

Señala además, el abogado defensor, que la acción sancionada en el delito de homicidio posee un resultado de muerte y que en éste caso determinado ni siquiera logró principiarse, faltando por lo tanto, más de una nueva intervención del agente, como un disparo certero sobre los eventuales afectados para poner en peligro dicho bien jurídico.

De esta manera, el defensor penal público, solicita a la Corte de Apelaciones de Valdivia que se acoja el recurso interpuesto y que se anule el juicio y su respectiva sentencia, dictándose una sentencia de reemplazo en que se condene al acusado como autor del delito de homicidio pero en grado de desarrollo tentado.

-Decisión del Tribunal: la 1° sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza el recurso de nulidad y ratifica la sentencia dictada por el tribunal inferior, ya que según esta Corte no ha habido error en la calificación en el grado de desarrollo del delito porque, según el contexto en que acaecieron los hechos y el actuar del acusado, este efectúa disparos consecutivos desde el interior de la morada en la que pernoctaba con un arma de gran poder de fuego en contra de funcionarios de la Policía de Investigaciones, teniendo pleno conocimiento de la calidad de estos funcionarios, esto en atención a las advertencias de ingreso que estos funcionarios realizaron y por su particular indumentaria, cuyas balas traspasaron las ventanas del inmueble, dirigiéndose de manera precisa hacia los agentes, alojándose en un madero y latón adyacentes a su presencia, disparos que se ejecutaron además a una corta distancia desde una zona que estratégicamente le otorgaba ventaja y seguridad de tiro, los que se reiteraron cuando se dio a la fuga, factores que ineludiblemente hacen inferir que la intención del sujeto activo fue la de causar la muerte a los aludidos funcionarios, permitiendo discernir sobre la concurrencia unívoca del dolo homicida, lo que se condice además de los elementos de contexto fijados por el Tribunal, no lográndose el resultado dañoso buscado por la reacción espontánea de las víctimas, enmarcándose en consecuencia el obrar desplegado por el agente en base a los factores sindicados desde un punto de vista objetivo en la faz del iter criminis de la frustración, acorde a lo prescrito en el artículo 7° inciso segundo del Código Penal.

Nos estamos de acuerdo con este fallo de la Corte de Apelaciones, ya que estimamos que en el proceder del sujeto activo sólo se enmarcaría en el grado de desarrollo tentado del delito de homicidio (siempre que se haya acreditado fehacientemente el animus necandi) ya que si bien se dio comienzo a la ejecución de este ilícito desde el momento en que el sujeto dispara en reiteradas oportunidades a los funcionarios policiales, no se logra evidenciar que el delincuente a puesto todo de su parte para que el homicidio se consuma, ya que faltan un elemento esencial el cual es la precisión en sus disparos para dar alcance a las víctimas. Por tanto, es incomprensible que esta Corte haya desechado el recurso de nulidad interpuesto, porque no se condice con lo señalado por el art. 7 del código penal, en razón que el delito frustrado exige la completa realización de la actividad punible y que dichos actos no evidencian un completo despegar en la actividad que abandonados a su curso natural den como resultado la muerte de los funcionarios policiales.

Por otro lado, no se puede evidenciar de manera tan certera un dolo homicida en la conducta del agente, así lo había ya estimado Carrara en el caso de José Biagi en el que se discute precisamente si el sujeto activo tenía ánimo de matar o simplemente ánimo de lesionar. Es discutible en este caso que el sujeto haya tenido el ánimo de causar la muerte de los funcionarios pues si sólo hubiera intencionalidad de lesionarnos encontraríamos ante un caso de lesiones frustradas. Si por el contrario debido al contexto de los hechos estimamos que realmente existe animus necandi consideramos que sólo habría tentativa de homicidio simple por las razones antes expuestas.

2) Lesiones

-Tribunal: 1° sala de la Corte de Apelaciones de Talca

-Ministros: Olga Morales Medina, Vicente Fodich Castillo, Hernán Fuentes Acevedo.

-Rol: 477-2015

-Fecha: 21-Agosto-2015

-Antecedentes: “Con fecha 02 de Mayo del año 2015, aproximadamente a las 09:15 horas, en el interior de las dependencias del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Talca, ubicado en calle 4 Norte N° 530 de Talca, el requerido Cristián Ignacio Muñoz Ávila, quien se encontraba recluso en dicho lugar cumpliendo una condena, mantuvo una discusión con otro de los internos condenados, Cesar Iván Cáceres Ramos, luego de la cual Muñoz Ávila, se abalanzó sobre Cáceres Ramos, portando dos cuchillos en sus manos, con intenciones claras de agredirlo, logrando intervenir en esos instantes los funcionarios de Gendarmería, logrando frustrar la agresión y detener al requerido, incautando de sus manos dos cuchillos artesanales”.

Siguiendo el relato de estos hechos, el Juzgado de Garantía de Curicó, en juicio simplificado, absolvió al acusado don Cristián Ignacio Muñoz Ávila.

En contra de esta sentencia el ministerio público interpuso recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El fiscal argumenta que el delito de lesiones es un delito de resultado y que por ello se pueden configurar sin lugar a dudas los distintos grados de desarrollo del delito, atribuyéndole en este caso el grado de desarrollo frustrado, ya que según esta parte, se dio comienzo a la ejecución de este delito por hechos directos y que en este caso se da cuando el acusado se abalanzó sobre la víctima con dos cuchillos artesanales con claras intenciones de agredirlo, agregando que este ilícito no logra consumarse por causas independientes a la voluntad del sujeto activo,

que en este caso sería la intervención de los funcionarios de Gendarmería. Así también, el fiscal a cargo señala que, en cuanto a la naturaleza de las lesiones, la regla general es que se reputen las lesiones como menos graves, por lo que debió aplicarse el artículo 399 en relación con el artículo 51 ambos del Código Penal. De esta manera el Ministerio Público solicita que se anule la sentencia absolutoria y que se condene a don Cristián Ignacio Muñoz Ávila como autor del delito de lesiones menos graves en grado de desarrollo frustrado.

-Decisión del Tribunal: la 1° sala de la Corte de Apelaciones de Talca rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, considerando que los hechos que se tienen por acreditados no configuran el delito de lesiones, ya que los hechos no se encuadran dentro de este tipo penal y que tampoco se le podría sancionar como porte ilegal de armas ya que el porte de arma blanca no fue en la vía pública. Así las cosas, esta Corte estimó que en el actuar del acusado no se configura el dolo como elemento subjetivo del delito, ya que solo existe una discusión con Cáceres Ramos, portando cuchillos artesanales en sus manos, y que de ninguna manera se configura inequívocamente la concreción de un delito de lesiones, ya que podría ser por ejemplo un delito de amenazas u otro de mayor envergadura. Además concluye que ni siquiera hubo contacto físico entre los dos internos.

En este caso consideramos que primeramente debemos determinar el ánimo del sujeto, es decir, si hubo dolo de lesionar, dolo homicida o simples amenazas. Según el contexto en que se verificaron los hechos y en atención a que el sujeto portaba dos cuchillos en sus manos abalanzándose sobre el otro recluso, no pudiendo concretar, ya sea las lesiones o lisa y llanamente la muerte, por la intervención de los gendarmes no podemos estimar que existe un simple ánimo de amenazas, sino al menos de lesionar la integridad física del sujeto pasivo.

Ya teniendo claro que existe al menos ánimo de lesionar se debe determinar si se ha dado comienzo a la ejecución de las lesiones, por ello debemos determinar cuándo se da comienzo a la ejecución de las lesiones, y si es así, si el sujeto puso todo de su parte para que este ilícito se verificare. Por el tipo de arma artesanal ocupada desestimamos que exista un dolo homicida a priori, y así también teniendo en cuenta que a su alrededor habían gendarmes descartamos el animus necandi. Por lo que para estimar si se dio comienzo a las lesiones debemos analizar primero la peligrosidad de ese actuar para el bien jurídico de integridad corporal, la cercanía y espacio-temporal entre el hechor y su eventual víctima y el medio idóneo utilizado. Analizando dichas circunstancias consideramos que se dio inicio a la ejecución del delito al momento de que el sujeto se abalanza con dos cuchillos en sus manos sobre su eventual víctima, quedando calificado al menos en etapa de tentativa, si bien no logra haber contacto corporal también podría afirmarse que el agente realizó todo lo necesario para que las lesiones se consumaran y que este no se verifica por la intervención de los gendarmes. Estimamos que perfectamente pueda darse la hipótesis de una lesión frustrada y si no se estimare que el sujeto puso todo de su parte al menos sería una lesión en grado de desarrollo tentado.

5.5.2. Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad

1) Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar No Habitado

-Tribunal: 5° Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción

-Ministros: Jaime Solís Pino, César Gerardo Ramírez y Valentina Salvo Oviedo.

-Rol: 673-2016

-Fecha: 23-Septiembre-2016

-Antecedentes: “alrededor de las 00:10 horas de la madrugada del día 11 de septiembre de 2015, y en circunstancias que Ariel Alexis Ruiz Cuevas dejó estacionado su vehículo Toyota Yaris placa patente TJ.98.77 en Avenida M. Rodríguez esquina de calle Ongolmo de esta ciudad, los acusados Frank Parra Vilos y Jonathan Solís Matamala luego de fracturar la luneta de la puerta trasera del costado izquierdo, lograron apropiarse sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, de tres mochilas que el afectado Ariel Ruiz Cuevas mantenía al interior del portamaletas del referido vehículo, las que fueron posteriormente recuperadas y reconocidas por Ruiz Cuevas como de su propiedad. Además que el sargento 2° Torres Mancilla al referir que cuando llegan a Avenida Manuel Rodríguez esquina Ongolmo, sorprenden a dos sujetos en el portamaletas del vehículo Toyota Yaris, uno de ellos identificado como Parra Vilos con una mochila color rosado y otro identificado como Solís Matamala con dos mochilas color negro, especies que fueron reconocidas por Ariel Ruiz Cuevas como de su propiedad cuando llegó al lugar, y que ambos acusados portaban sendas mochilas, las que efectivamente arrojan al suelo o abandonan al lado del vehículo en el momento en que les grita identificándose como policía”.

Luego de ser detenidos y formalizados, se condenó, por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, a don Jonathan Solís Matamala a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio con pena sustitutiva de remisión condicional, y a don Frank Parra Vilos a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo de cumplimiento efectivo, por su responsabilidad como autores del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado.

La defensa de los condenados interpuso en contra de dicha sentencia el recurso de nulidad, fundamentado en la causal de la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, con el propósito de que la Corte de Apelaciones de Concepción invalide la sentencia, dictando una nueva sentencia, reemplazándola como autores del delito de robo con fuerza en las cosas de grado consumado a frustrado. Argumentando que, para que exista robo consumado, es necesario que se produzca la apropiación, no siendo suficiente que las cosas se arrojen simplemente fuera de la esfera de custodia y las dejen abandonadas, es necesario que sean despojadas del dueño y, a la vez, un apoderamiento, es decir que se cree una nueva esfera de custodia y resguardo para la especie, ahora en poder de los delincuentes como sujetos activos hecho que en este caso no ha sucedido debido a la intervención policial, sin que en definitiva tomaran posesión de ellas fuera de la esfera de custodia del titular.

-Decisión del Tribunal: por mayoría de la 5° Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, se rechaza la alegación de la Defensa de encontrarse el delito en grado de frustrado puesto que, a juicio de los ministros del tribunal colegiado, se probó que en el momento en que llega carabineros y sorprende a los acusados en el lugar, éstos ya habían tomado posesión de las especies las que ya no se encontraban dentro de la esfera de resguardo que la víctima les había dado, de manera que la acción de apropiación terminó en el momento en que tomaron las especies y quedaron en condiciones de disponer inmediatamente de ellas, tal es así que, al decir del funcionario Torres Mancilla ambos acusados portaban sendas mochilas, las que efectivamente arrojan al suelo o abandonan al lado del vehículo en el momento en que les grita identificándose como policía, es decir, cuando ya las tenían en su poder, e incluso, la decisión de abandonarlas o botarlas constituye también una demostración de la disposición que los sujetos tuvieron sobre las especies que habían sacado desde el portamaletas del auto que era precisamente la esfera de resguardo de estos objetos, esfera que los acusados rompen desde el momento que sacan fuera de ella las especies que momentos después carabineros le entregó a la víctima.

En este caso compartimos lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción en el sentido de rechazar el recurso de nulidad, ya que según los hechos acreditados se verifican completamente las circunstancias constitutivas de esta figura penal, es decir, existe apoderamiento de cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño.

El tema en discusión en este caso es si efectivamente se produce el apoderamiento de las cosas muebles ajenas, ya que los agentes sustraen del portamaletas del vehículo de la víctima pero posteriormente, y ya en posesión de las mochilas, son interceptados por carabineros, debiendo arrojar al suelo dichas especies. Nosotros estimamos que existe apoderamiento desde el momento en que los delincuentes sacan de la esfera de resguardo las mochilas, tomando plena posesión de ellas ya que desde ese instante ellos pueden disponer de estas especies. Por tanto cuando son detenidos los delincuentes esta figura penal ya se encontraba en grado de desarrollo consumado.

1.1) Robo con Fuerza en Lugar Habitado

-Tribunal: 2° Sala de la Corte de Apelaciones de Talca

-Ministros: Eduardo Meins Olivares, Oscar Lorca Ferraro, Robert Morrison Meins.

-Rol: 520-2014

-Fecha: 30-October-2014

Antecedentes: “El día 11 de febrero de 2014, en horas de la madrugada, alrededor de las 02:00 horas, el acusado Sebastián Adolfo Santana Santana ingresó al domicilio de don Oscar Adolfo Méndez Tapia, ubicado en Villa Estero El Molino, pasaje Las Golondrinas N°0716 de Linares, saltando la reja del cierre perimetral, intentando sustraer sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro una bicicleta de propiedad de la víctima, que se ubicaba en el patio posterior, tratando de sacarla por la pandereta, no lográndolo, por ser sorprendido en esos momentos por funcionarios de Carabineros”.

Acreditados estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares dicta sentencia definitiva condenado a don Sebastián Santana Santana como autor del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación en grado de desarrollo frustrado a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

En contra de esta sentencia definitiva la Defensoría Penal Pública interpone recurso de nulidad fundado en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, esto por una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, con el objeto de que se dicte una sentencia de reemplazo condenando al acusado a una pena que no exceda la de reclusión menor en su grado medio, es decir, 541 días de reclusión más las accesorias que en derecho correspondan. El abogado defensor sostiene que en la sentencia condenatoria se está aplicando una norma que ha sido derogada tácitamente por la Constitución, que es el art. 450 del Código Penal, argumentando que la doctrina nacional mayoritaria considera a este delito como de mera actividad, y por ende, sólo admitiría dos etapas de ejecución: tentativa y consumación, concluyendo que este delito al no estar consumado debiera sancionarse en grado de desarrollo tentado y no frustrado. Además señala que es inconstitucional la aplicación del artículo 450 del Código Penal, esto porque contraviene lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, ya

que conforme a los tratados de derechos humanos suscritos por Chile no se puede ir contra principios como la lesividad y el carácter de última ratio del Derecho Penal.

-Decisión del Tribunal: la 2° sala de la Corte de Apelaciones de Talca rechaza el recurso de nulidad considerando que no ha existido error en la aplicación del derecho que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Esta Corte fundamenta su decisión citando a Politoff, Matus y Ramírez en sus Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, página 379, señalando que la regla del art. 450 inc. 1° es de equiparación de la penalidad y no de los conceptos a que se refiere. En definitiva no se trata de una modificación a los conceptos generales del iter criminis, sino que es sólo una regla especial a la de los arts. 50 y siguientes del Código Penal que fijan su penalidad. Concluyen los ministros de esta Tribunal colegiado que no se trata de una norma inconstitucional, en el sentido de imponer una pena sin describir la conducta que se sanciona, ya que la tentativa y la frustración están expresamente descritas en el art. 7 del Código Penal para todos los delitos que en ellas son concebibles.

Consideramos acertada la opinión de la Corte al rechazar el recurso de nulidad interpuesto, ya que estamos de acuerdo de que el robo al ser un delito fragmentable en el tiempo, cuyo espacio cronológico puede separarse nítidamente, es posible que el agente haya puesto todo de su parte para que el delito se verifique y esto no se produzca por causas independientes a su voluntad. Ahora bien, en el caso que nos convoca al sujeto sólo le restaba sacar de la esfera de custodia la especie mueble que pretendía robar, de hecho es sorprendido por funcionarios de la policía en el momento en que trataba de sacar la

bicicleta por la reja, si la hubiere sacado efectivamente de la esfera de custodia, este delito se habría consumado totalmente, por ende su conducta ha avanzado más allá de una tentativa.

Po otro lado, creemos que es ilógico estimar al robo con fuerza en las cosas como un delito de mera actividad, en circunstancias que se trata de un ilícito fragmentable en el tiempo, y además, es un tipo legal complejo que admite variados elementos, a saber: el escalamiento, debe tratarse de un lugar habitado o destinado a la habitación y, por último, se necesita la apropiación de cosa mueble ajena. Por lo tanto, en el caso en cuestión se ha cumplido al menos uno de los presupuestos que exige el tipo legal, esto es, el escalamiento, ya que el sujeto ha ingresado por vía no destinada al efecto, dando principio a la ejecución del hecho y solo le ha faltado sacar la especie de la esfera de resguardo para que este delito se consumara. Por la tanto, llegamos a la conclusión que el delincuente puso todo lo necesario para que este delito se consumara, configurándose de esta manera un robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de desarrollo frustrado, y no habría ninguno motivo legal ni constitucional que impidiera estimarlo así.

2) Hurto Simple

-Tribunal: 12° Sala de Corte de Apelaciones de Santiago

-Ministros: Guillermo de la Barra Dunner, Ana María Hernández Medina, Claudia Chaimovich Guralnik-

-Rol: 2424-2016

-Fecha: 19-Agosto-2016

-Antecedentes: “El día 09 de octubre de 2015, aproximadamente a las 20.15 horas, Cesar José Ignacio Donoso Palma concurrió hasta la Tienda Ahumada, en la comuna de Santiago, lugar desde el cual sustrajo con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, especies de propiedad del referido establecimiento, específicamente 10 calzas marca Everlast, valuadas en la suma de \$229.000 pesos, para luego traspasar las paletas de seguridad del establecimiento comercial sin cancelar el valor de las especies, lanzándolas a la vía pública y huyendo del lugar una vez activadas las alarmas de acceso, siendo detenido a escasa distancia por guardias del recinto”.

Luego de ser detenido y formalizado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, condenó a don Cesar José Ignacio Donoso Palma como autor del delito consumado de hurto simple, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más penas accesorias legales y al pago de una multa de 6 UTM.

Frente a esta sentencia, la Defensoría Penal Pública, asume la defensa del condenado, interponiendo recurso de nulidad y apelación. El recurso de nulidad se fundamenta en la causal de la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, por la errónea aplicación de los arts. 7, 51, 432, 446 N°2 del Código Penal. Por cuanto en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en su parte dispositiva, al haberse calificado como delito de hurto consumado un hecho que la ley penal considera como hurto frustrado.

-Decisión del Tribunal: la 12° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, en representación del

condenado Cesar José Ignacio Donoso Palma, contra la sentencia pronunciada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la que se invalida y se reemplaza por la pena de autor de delito de hurto frustrado.

El fundamento de la sentencia es que la Tienda Hites, propietaria de los productos hurtados, no alcanzó a ver extinguida su facultad de usar, gozar y disponer de las especies sustraídas en la misma medida en que el sujeto no logró traspasar la línea de disponibilidad, que abortó con su detención.

Así las cosas, el tribunal colegiado adhirió a la doctrina mayoritaria de la teoría de la "Ablatio", que estima que el apoderamiento se ha producido cuando no solo se ha movido la especie del lugar donde la tenía su dueño, sino que ha sido sacada de la esfera de custodia de éste, del ámbito de su vigilancia, lo que no ocurrió en la especie.

Dicha sentencia fue resuelta con voto en contra del Ministro señor de la Barra, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado Donoso Palma, al estimar que la sentencia impugnada ha calificado correctamente el grado de desarrollo del delito de consumado. Dicho ministro argumenta que el acusado ha ejecutado completamente el hecho típico del delito del hurto, porque se apoderó de las especies muebles sustraídas, sacándolas fuera de la esfera de custodia de su dueño una vez que traspasó las paletas de seguridad de la tienda y alcanzó a transitar unos metros fuera del establecimiento, lanzando incluso dichas especies a la vía pública al ver la proximidad de los guardias de seguridad.

Según nuestra opinión, al igual que la doctrina mayoritaria, consideramos que el hurto se consuma desde el momento en que la especie mueble es sacada de la esfera de resguardo, es decir, adherimos a la teoría de la *ablattio*. Sin embargo diferimos en el momento en que se produciría el traspaso, en el caso que nos convoca. Para esclarecer este problema es necesario analizar el concepto del tercero imparcial que observa dicha conducta. En este sentido el actuar del agente jamás podrá ser calificado de equívoco, es decir, si un tercero observara a un sujeto sacando especies desde el interior de un establecimiento comercial, dicho tercero no podrá asegurar a ciencia cierta que ese sujeto se disponía a hurtar necesariamente porque perfectamente podría guardarla en su bolsillo para pagarla después en la caja. Si el sujeto avanzara hacia la caja registradora con la especie oculta en sus ropas y no la pagare, este tercero no tendría la menor duda que ese sujeto está efectivamente hurtando la especie, menos aun cuando se dispusiere a caminar hacia la salida del establecimiento. En este sentido creemos que el umbral de custodia corresponde a las cajas registradoras, ya que es en ese momento precisamente cuando el tercero imparcial puede observar objetivamente si se dispone a pagarla o derechamente a hurtarla.

En este caso, estimamos que el delito de hurto ya está perfectamente consumado desde el momento en que traspasa la caja registradora sin pagar la especie, por lo tanto, no habría que analizar ninguna etapa anterior del iter criminis. En cuanto a que el sujeto se ha desprendido posteriormente de las especies porque llegó la policía en nada cambia la calificación del ilícito, ya que no podría ser un desistimiento de la tentativa o de la frustración porque este ya está consumado.

En conclusión, somos concordantes con el voto disidente estimando que el delito se encuentra perfectamente consumado desde que ha traspasado el umbral de las cajas registradoras.

2.1) Hurto Simple

- **Tribunal:** 2° Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso

- **Ministros:** Álvaro Carrasco Labra, Eliana Quezada Muñoz y Leslie Tomasello Hart.

- **Rol:** 997-2015

- **Fecha:** 31-Julio-2015

- **Antecedentes:** “El día 25 de febrero de 2015, alrededor de las 12:50 horas, Marcelo Luis Vasconcello Torres ingresó al inmueble ubicado en calle Roma N°532, comuna de Villa Alemana, donde accedió hasta una de las dependencias de la propiedad, específicamente a una casa destinada a bodega y habitación, ingresando por una puerta y acopió diversas prendas de vestir en dos maletas, siendo sorprendido por doña Ana Marcela Vega Pereira, propietaria del domicilio, huyendo del lugar el acusado dejando las maletas, siendo perseguido por la afectada, quien había llamado a los Carabineros, quienes procedieron poco después a la detención, en las inmediaciones del lugar”.

De esta manera el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar condenó a don Marcelo Luis Vasconcello Torres a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo más multa de 6 UTM, como autor del delito de hurto del art. 446 N°2 y art. 432 del Código Penal, en grado de frustrado.

Frente a dicha sentencia, la Defensoría Penal Pública, interpuso recurso de nulidad fundamentado en la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, solicitando que se dicte una sentencia de reemplazo que condene a su representado como autor del delito de hurto simple tentado.

La Defensoría Penal Pública fundamenta su pretensión señalando que el sujeto activo no logra apropiarse de las especies que pretende hurtar. Agrega que el autor dio inicio a la actividad apropiatoria por hechos directos, constituidos por su ingreso al inmueble de la víctima y tomar físicamente las cosas, pero falta la satisfacción del elemento apropiación porque las maletas que contienen las prendas de vestir no salen de la esfera de custodia de su dueña, ya que estas quedan abandonadas al interior de la propiedad de la víctima. Finalmente argumenta que el hurto al ser un delito de mera actividad, es decir, se trata de un delito que se perfecciona con la sola conducta del agente, sin que se requiera para ello la producción de un resultado material, y que los delitos de mera actividad solo pueden perpetrarse como consumados o como tentados, ya que por la estructura del delito la conducta reprochada no admite otros fraccionamientos, de manera que encontrándose el delito de hurto de que se trata en un grado de desarrollo imperfecto, éste ha debido ser calificado jurídicamente como el de tentativa y no el de frustración.

-Decisión del Tribunal: la 3° sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza el recurso de nulidad señalando que el delito quedó en grado frustrado, ya que el agente completó la conducta que exige el tipo penal, ingresando al lugar donde se cometió la sustracción, introdujo las prendas en dos maletas que estaban en el lugar, las sacó de las

esfera de resguardo y las trasladó hasta el muro que protegía el perímetro de la propiedad, pero que no logró sacarlas del inmueble debido a la intervención de la víctima, lo que motivó la huida del delincuente. Por lo tanto, según este tribunal colegiado queda de manifiesto que tal delito se encuentra en grado frustrado, esto porque el delincuente puso de su parte todo lo necesario para que el hurto se consumara y esto no se verificó por causas independientes de su voluntad.

Del mismo modo, esta Corte tampoco acepta la argumentación de la Defensoría Penal Pública que señalaba que al ser el hurto un delito de mera actividad, este sólo podría encontrarse en grado de tentativa o consumado, ya que el art. 494 bis del Código Penal castiga con multa de 1 a 4 UTM al autor de hurto falta en grado frustrado, de modo que si el hurto falta se sanciona cuando está frustrado, con mayor razón se sanciona si el simple delito de hurto está en ese grado de desarrollo.

En este caso creemos que no ha habido una consumación en el delito de hurto porque no ha traspasado la esfera de custodia, la cual corresponde al límite perimetral de la propiedad, por eso creemos que el delito solo ha alcanzado el grado de tentativa ya que compartimos la hipótesis que el hurto es un delito de mera actividad y no cabría hablar de frustración.

2.2) Hurto Simple

-Tribunal: 2° Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción

-Ministros: Viviana Toloza Fernández

-Rol: 377-2014

-Fecha: 25-Julio-2014

-Antecedentes: “el día 31 de diciembre de 2013, aproximadamente a las 14:15 horas, don Jaime Antonio Elgueta Martínez concurrió hasta el supermercado Líder, ubicado en Av. Ricardo Vicuña N°284 de la ciudad de Los Ángeles, y una vez en su interior sustrajo y se apropió, con ánimo de lucrarse y sin la voluntad de su dueño, de tres desodorantes Lady Speed Stick, un desodorante Old Spice, dos bóxer Kayser y una leche Calo; especies con las cuales traspasó luego el lineal de las cajas registradoras sin cancelar sus respectivos valores, siendo sorprendido por guardias de seguridad del establecimiento comercial. Las especies sustraídas fueron valuadas por la suma de \$18.220”.

Frente a estos hechos acreditados, el Juzgado de Garantía de la comuna de Los Ángeles absolvió al imputado del delito de hurto falta. Al no acoger su pretensión, la Fiscalía interpone recurso de nulidad en contra de esta sentencia por hacer una errónea aplicación del derecho, ya que la sentencia impugnada califica los hechos como constitutivos de hurto-falta tentado, lo cual queda impune por tratarse de una falta, en circunstancia que según el ministerio público debió haberse calificado este ilícito como un hurto frustrado.

El fiscal argumenta, para calificar de frustrado el delito, que el acusado había llevado a cabo todo lo necesario para que el hurto se consumara y esta no se verifica por causas independientes de su voluntad, ya que fue detenido por los guardias de seguridad del Supermercado Líder cuando pretendía salir de él con las especies, ya traspasadas las cajas recaudadoras de pago

-Decisión del Tribunal: la 2° Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción acoge el recurso de nulidad que deduce la Fiscalía, considerando que para que un delito se encuentre en grado de tentativa se exige que el agente no haya realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado, y que en este caso en particular, para lograr el resultado faltaron factores dependientes de terceros o fenómenos naturales, al ser interceptado por los guardias de seguridad. Es por ello, que este tribunal colegiado concluye que estamos ante un hurto-falta en grado frustrado.

Nuevamente no compartimos la decisión de la Corte, al establecer como frustrado un delito de mera actividad, el cual según nuestra opinión sólo podría calificarse de tentado o consumado. Estimamos que el delito está perfectamente consumado desde el momento en que traspasa la caja registradora sin pagar el precio.

3) Robo por Sorpresa

-Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

-Ministros: Mario Gómez Montoya, Juan Latham Fuenzalida, Inés Letelier Ferrada.

-Rol: 371-2015

-Fecha: 27-Marzo-2015

-Antecedentes: “El día 09 de abril de 2014, alrededor de las 16:20 horas, en circunstancias que la víctima Daniela Alejandra Araya Riquelme, caminaba por calle

Antonio Núñez de Fonseca, comuna de San Antonio, en dirección al norte hablando por su teléfono celular y al llegar a la altura del N° 440 de dicha calle, pasó por su lado el acusado Sergio Esteban Díaz Romero, el cual en forma sorpresiva le arrebató de sus manos en los momentos que lo utilizaba, un teléfono celular marca LG color Blanco, modelo L9, para luego huir en dirección desconocida”.

Acreditados estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio condena al acusado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito de robo por sorpresa en grado de desarrollo frustrado.

En contra de esta sentencia definitiva la Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad por la causal prevista en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, planteando en esta impugnación que en la sustracción de la especie no existe, por parte de su representado, ánimo de lucro; vulnerándose con ello el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse una conducta que no está expresamente descrita en una normativa penal. Este punto lo fundamenta señalando que el acusado le arrebató el celular porque se trataba de una broma ya que había confundido a la víctima con una prima, por tanto, en su actuar faltaría el elemento subjetivo del tipo penal que es el ánimo de lucro y no puede condenarse a su representado por el mero arrebato.

-Decisión del Tribunal: la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público de San Antonio, ratificando la condena al acusado de 61 días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito de robo por sorpresa en grado frustrado.

En la decisión de esta Corte se descarta que el actuar del acusado se hubiese tratado de una broma, apoyándose en declaración de testigos que señalan que el sujeto,

una vez que le arrebató el celular a la víctima, corrió aproximadamente 100 metros y que al ser interceptado por transeúntes éste botó el teléfono al suelo y al llegar Carabineros estos le entregan el celular a la afectada.

Que al establecer el grado de desarrollo del robo por sorpresa, los ministros de esta Corte concluyen que el acusado sacó de la esfera de resguardo de la víctima su teléfono pero que nunca pudo incorporarlo para sí ni estuvo en condiciones de hacerlo ya que fue interceptado por transeúntes, circunstancia que es ajena a la voluntad del delincuente. Concluyen que no existe error sustancial en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, ya que la intención demostrada por el acusado con su actuar era la apropiación del celular pero no pudo concretarla por la intervención de terceros, uno de los cuales lo redujo, detuvo y entregó a funcionarios de Carabineros junto con el móvil que el imputado había botado momentos antes de la detención. De esta manera se cumple con lo señalado en el art. 7 inc. 2° del Código Penal, ya que el delincuente puso de su parte todo lo necesario para que se consumara el delito de robo por sorpresa por hechos directos, pero este no se verifica por causas independientes a su voluntad, que en este caso en particular es la intervención de civiles que detienen en flagrancia al acusado no permitiéndole con ello consumir el ilícito.

Consideramos que el robo por sorpresa corresponde a un delito de mera actividad por la rapidez en que se desarrollan los hechos, al ser de mera actividad sólo admitiría el grado de desarrollo tentado o consumado, y creemos que en este caso el delito se consuma desde el momento en que el teléfono es arrebatado de las manos de la víctima ya que al estar en la vía pública, la esfera de custodia constituye la aprensión material de la especie en sus manos, por lo tanto, al arrebatarla la saca de su resguardo consumándose con ello el ilícito. Por ende, si la especie la abandonó cien metros después, por causas ajenas a su voluntad, no impiden calificar este hecho como consumado.

4) Robo con Violencia e Intimidación

-Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

-Ministros: Inés Letelier Ferrada, Pablo Droppelmann Cuneo

-Rol: 1273-2014

-Fecha: 4-Septiembre-2014

-Antecedentes: “Que el día 26 de agosto de 2013, aproximadamente las 21:50 horas, el imputado Joan Luis Castillo Guerrero, en compañía de 2 sujetos de identidad hasta ahora desconocida, concurren hasta el Condominio La Terraza, ubicado en Avenida Las Puertas, sector La Retuca, Quilpué, acercándose a doña Ana Luisa Ahumada Durán, Ruth del Carmen Ahumada Durán y Susana Dolores de Lourdes Carrillo Ahumada, quienes venían llegando a la vivienda que corresponde a la Parcela 43 del condominio aludido, descendiendo del vehículo en el que se transportaban desde la ciudad de Viña del Mar. En instantes que éstas hacían ingreso a la casa, el imputado y sus compañeros de delito, llegaron por la espalda y mediante empujones y garabatos, les exigieron entrar al inmueble, apuntando uno de ellos con un arma de fuego en la cara a Ruth del Carmen Ahumada Durán, mientras la sujetaban por el cuello, el imputado tironeaba la cartera de ésta, en tanto otro hechor gritaba exigiendo las llaves del vehículo estacionado a la entrada del domicilio, comenzando las víctimas a gritar pidiendo auxilio a los dueños de casa David del Carmen Solís Soto, su cónyuge, Leticia María Duprat Mendoza y el hijo de ambos Marcelo Eduardo Solís Duprat, novio de Susana Dolores de Lourdes Carrillo Ahumada, que se encontraba dentro de la casa, instantes en que Ana Luisa Ahumada Durán cayó al piso de la casa ante los empujones propinados por los autores. Los dueños de casa aludidos, al percatarse de la conducta de los hechores y que éstos habían ingresado al interior de la vivienda apuntando con un arma de fuego con la finalidad de sustraer especies, para defenderse del ataque buscaron y tomaron, en el caso de Solís Soto, una pistola calibre 9 milímetros marca Llama, en el caso de Solís Duprat, una escopeta calibre 12 marca Maverick, con las cuales dispararon hacia el imputado y sus acompañantes, quienes en ese

momento huían del lugar, resultando el imputado Joan Luis Castillo Guerrero con lesiones de mediana gravedad, consistentes en heridas por perdigones en tórax posterior, cayendo al suelo en las inmediaciones del inmueble afectado, donde fue detenido por Carabineros, que acudieron ante los llamados de 2 las víctimas. Doña Ana Luisa Ahumada Durán, resultó con lesiones leves consistente en equimosis y escoriaciones en brazo, hombro y pierna izquierda, ocasionadas por los empujones referidos y consecencial caída al piso de la vivienda. Al momento de ser trasladado al Hospital de Quilpué, la enfermera, doña Daniela Ortega, encontró en el bolsillo del costado izquierdo de la chaqueta del acusado, Joan Luis Castillo Guerrero, 2 proyectiles calibre 22 sin percutir, sin contar con las autorizaciones legales, los que fueron remitidos a Labocar para pericia”

.

Acreditados estos hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar condenó a don Joan Luis Castillo Guerrero a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio como autor del delito de robo con intimidación y violencia en grado frustrado, toda vez que los delincuentes pusieron de su parte todo lo necesario para que éste se consumara, lo que no se produjo, debido a la intervención de las propias víctimas; y a la pena de 541 días como autor de posesión ilegal de municiones.

En contra de esta sentencia el abogado defensor privado interpuso recurso de nulidad por la causal de la letra e) del artículo 374, en relación al artículo 342 letra c) y d) del Código Procesal Penal.

El abogado defensor fundamenta la primera causal de nulidad alegada, esto es, la del artículo 374 letra e) en relación a la letra d) del Código Procesal Penal, en la

circunstancia que la conducta no se concretó por causa independiente a la voluntad del imputado, cual fue el accionar de las propias víctimas, al impedir que éste se consumara, lo que constituye a la etapa de desarrollo de este delito en grado de frustrado, debiéndosele condenar como autor del delito de robo con intimidación y con violencia en grado de frustrado y como autor del delito de tenencia o posesión ilegal de municiones. Pero que el determinar la pena no se tuvo en cuenta esta etapa de desarrollo del ilícito, ya que este Tribunal condenó al acusado como autor de este delito en grado de consumado. Es por ello que la parte defensora señala que, en cuanto al robo con violencia e intimidación, se deben considerar las reglas del art. 50 del Código Penal, sancionando con presidio mayor en su grado mínimo a máximo, es decir, de 5 años y un día a 20 años; y en cuanto a la tenencia ilegal de municiones que se extiende entre 541 días a 10 años de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

De esta manera el abogado defensor considera que existe una contradicción en cuanto al grado de desarrollo del delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto se señala que es en grado de frustración para luego, en la determinación de la pena, indicar que lo es en grado de consumado, sin explicar la manera en que determina la sanción a aplicar en grado de consumado y no de frustrado, lo cual a juicio del abogado defensor, es causal suficiente para anular el juicio, por incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 51 y 450, ambos del Código Penal, pues le correspondería una pena inmediatamente inferior en un grado a la señalada por la ley para este delito, lo que no ocurrió.

-Decisión del Tribunal: la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor, señalando que la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por el delito de robo con violencia e intimidación, estableció que se sancionó al acusado en grado de desarrollo frustrado desde

que se determinó el hecho, en su configuración y su posterior sanción. De esta manera esta Corte estimó que este tribunal inferior, al determinar que se trata de un delito consumado, si bien incurrió en un error este no influye en lo dispositivo del fallo, ya que el art. 450 inciso 2° del Código Penal establece que este delito se sancionará como consumado desde que se encuentre en grado de desarrollo tentado, debiéndosele aplicar al acusado la pena del art. 436 inc 1° en relación al art. 439 del Código Penal y por concurrir la agravante establecida en el art. 68 del mismo código no se puede aplicar el mínimo, quedando en definitiva la pena de presidio mayor en su grado medio, es decir, 10 años y un día.

En este caso compartimos totalmente la resolución de esta Corte, en el sentido que se trata de un delito frustrado, que se sanciona como consumado aplicando la norma del art. 450 que penaliza como consumados “desde que se encuentra en tentativa”, abarcando por ende, la fase de delito frustrado.

CAPITULO 6. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

6.1. CONCEPTO DE CONSUMACIÓN

Los crímenes y simples delitos sancionados por nuestro Código Penal se encuentran tipificados como consumados, en este sentido es importante determinar en qué momento se encuentra consumado un determinado delito. De esta manera se puede señalar que “delito consumado es aquel que cumple con todas las condiciones subjetivas y objetivas enumeradas por la figura penal, aquel en que se da en su integridad, el proceso conductual y material descrito por el tipo respectivo”¹²⁷. Así, por ejemplo, el delito de homicidio se encontrará consumado desde el momento en que el sujeto activo de muerte a su víctima; o en el delito de estafa desde el momento en que se ocasione a su víctima un perjuicio patrimonial que se haya originado producto del engaño y con ánimo de lucro del delincuente.

En esta etapa de desarrollo del delito, nuestra doctrina nacional, hace una distinción entre delito consumado y delito agotado, consistiendo este último en que el sujeto activo no sólo satisface completamente la descripción de un tipo penal determinado, sino que además, logra el propósito que perseguía con la comisión del ilícito. Por ejemplo, en el delito de estafa, esta se encontrará agotada “si el agente obtuvo mediante su ejecución la

¹²⁷ Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General, tomo II “Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Capítulo IX, p.351.

finalidad que se proponía. Dicha finalidad puede ser de diversa índole; sin embargo, el propósito normal será el beneficio económico que la defraudación le reporta”¹²⁸.

Ahora bien, es importante señalar, que esta distinción doctrinaria, carece de importancia en cuanto a la punibilidad del delito, ya que no tendrá una mayor sanción si este se encuentra agotado, sancionándose solamente con la pena establecida para los delitos desde que se encuentran consumados.

6.2. MOMENTO DE CONSUMACIÓN EN LOS DELITOS DE MAYOR CONNOTACION SOCIAL

1. Homicidio

En el delito de homicidio debemos distinguir diversas figuras, entre ellas el homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, femicidio. Pero en este trabajo sólo nos detendremos en analizar las figuras de homicidio simple y calificado.

¹²⁸ CONTRERAS TORRES, Raúl. El Delito De Estafa. Capítulo I, 55 p.

En cuanto al homicidio simple, si bien es cierto que legalmente no se define este delito, la doctrina ha señalado que “homicidio simple es la muerte que una persona causa a otra sin que concurren las circunstancias propias del parricidio, infanticidio u homicidio calificado”¹²⁹. Por consiguiente, el homicidio simple se encontrará consumado desde el momento en que un sujeto cause la muerte a su víctima sin que concurren las circunstancias de las figuras agravadas de esta figura residual de homicidio.

En cambio, el delito de homicidio calificado solamente se encontrará consumado desde que la muerte de la víctima se verifica por alguna de las circunstancias señaladas en el art. 391 inc 2°, esto es: alevosía, premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento o con premeditación conocida.

2. Violación

En concordancia con lo prescrito en el art. 361 del Código Penal que nos señala que “*comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal...*” es que nuestra doctrina y jurisprudencia están uniformes en adherir al criterio de la *inmissio pennis* para determinar el momento consumativo de la violación, descartando por ello los otras dos criterios que han surgido, estos son la *conjunctio membrorum* y la *inmissio seminis*.

¹²⁹ Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte Especial, 21 p.

De esta manera, el criterio de la *inmissio pennis* postula como momento consumativo de la violación desde que se introduce el pene en la vagina, el ano o la boca de la víctima, no siendo determinante para su consumación si el órgano masculino se introduce completamente ni que se produzca la eyaculación.

Los otros criterios en la actualidad han sido descartados, como la *conjunctio membrorum*, según el cual “la violación se consuma con el simple contacto, roce o conjunción del pene con la vagina, el ano o la boca de la víctima, sin que sea necesario la efectiva introducción de aquél en alguna de estas actividades”¹³⁰. Así también, ha sido abandonado el criterio de la *inmissio seminis*, el que “identifica el momento consumativo de la violación con el acto fisiológico de la eyaculación”¹³¹.

3. Hurto

El hurto es un delito de mera actividad que sólo admite dos etapas de desarrollo: la consumación y la tentativa.

El hurto es un delito de apropiación, para lo cual debe haber apoderamiento de una cosa, acto que se dirige contra el bien jurídico propiedad. De esta manera, el artículo 432 de nuestro Código Penal señala que comete el delito de hurto quien sin la voluntad de su

¹³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delito Sexuales, 2ª Edición, Capítulo IV, 183 p.

¹³¹ *Ibid*, 184 p.

dueño y con ánimo de lucrar se apropia de cosa mueble ajena sin usar violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas.

Pero, ¿Cuándo el hurto se entiende consumado?

Para POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, se deben distinguir cuatro posiciones:

-*Contrectatio, tocamiento o aprehensión de la cosa*: según esta postura el delito de hurto se encuentra consumado desde el momento en que la cosa ha sido aprehendida por el sujeto.

-*Amotio, remoción o desplazamiento*: en virtud de la cual para su consumación se necesita que la cosa se mueva de un lugar a otro, sin que sea necesario que se saque del medio físico en que se encuentra.

-*Ablatio o Extracción*: según la cual el hurto estará consumado desde el momento en que la cosa ajena sea sacada de la esfera de resguardo o custodia en que se encuentra.

-*Illatio o Aprovechamiento*: para que se encuentre consumado se requiere que el sujeto lleve la cosa al lugar que originalmente pensaba destinándola o utilizándola en el provecho perseguido.

Para estos autores la posición más acertada es la teoría de la *ablatio o extracción*, la cual tiene el mérito de que crea el concepto de esfera de resguardo o custodia permitiendo distinguir entre los actos preparatorios y el inicio de la tentativa en el sentido de que habrá comienzo de ejecución desde el momento en que se penetre en la esfera de custodia o resguardo del titular de la cosa ajena.

No obstante esta postura, para GARRIDO MONTT el delito de hurto se encontrará consumado desde el momento en que el sujeto activo puede ejercer la facultad de disposición de la cosa ajena o también llamada teoría de la disponibilidad.

Para su consumación, según CARNEVALI, el agente deberá superar ciertos umbrales impuestos por quien tiene la custodia de la cosa. La llama precisamente “Teoría de la disponibilidad”. Según esta teoría, el delito se consumaría al momento de poder disponer el agente del bien sustraído por un instante siquiera, es decir, al tiempo de poder ejercer alguna de las facultades propias del dominio. De acuerdo con esto, la tentativa debe contener acciones directamente encaminadas a esta disposición, pero sin llegar a afectar las facultades de dominio del titular, pues esto consumaría el ilícito.

Por ejemplo, quien estando dentro de un supermercado se introduce una cosa en su bolsillo, si bien la tenencia de la cosa ha pasado a poder del agente, no puede afirmarse que tiene la posibilidad de actuar como propietario de la cosa. “Por tanto, no podría considerarse que se ha producido una completa ruptura con la custodia anterior y, por consiguiente, la constitución de una nueva”¹³².

¹³² CARNEVALI, RAUL. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones políticos-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. Política Criminal, N°1, 2006. A2, 15 p.

En este sentido, KAHLO, señala como regla general, el momento en que se ha consumado el hurto será cuando el autor ha traspasado las cajas registradoras, “pues es al enfrentar las cajas registradoras donde el sujeto debe exteriorizar su propósito de apropiarse del objeto”. De esta manera la SCS 16.04.2004., Rol N°1611-04, estimó que en un caso donde se encontraba acreditado y reconocido por el autor que había ocultado una especie entre sus vestimentas, que en esta clase de establecimientos “la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie y que hasta antes de ese momento sólo hay una mera tenencia de la especie”.

Por ello, quien introduce una cosa en su bolsillo, poniendo de manifiesto de manera inequívoca su intención de apropiarse de la cosa, está frente a un hurto tentado porque no hay aún la posibilidad de disposición, lo que sólo podría ocurrir al traspasar las cajas registradoras.

Sin embargo, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ estiman que en este caso el hurto se encuentra consumado ya que “quien se pone una prenda bajo o entre sus ropas crea una nueva esfera de custodia, pues los terceros no pueden legítimamente entrar a registrar sus vestidos ni su cuerpo, sin recurrir al auxilio de la fuerza pública”¹³³. Señalan que el delito se encuentra consumado “desde el momento de la creación de una nueva esfera de resguardo, aunque ésta se encuentre dentro de otra mayor”¹³⁴.

¹³³ Ibid

¹³⁴ íbid

Así también, está el caso del sujeto que traspasa la caja registradora y es sorprendido por los guardias, para CARNEVALI, tampoco permite afirmar la consumación del hurto, porque el actuar de los guardias impide sacar la cosa de la esfera de resguardo y custodia en la que se encuentra. Por ello, el hurto es tentado, ya que si bien el sujeto se apodera materialmente de la cosa no puede disponer de ella.

En definitiva, podemos concluir que lo determinante para calificar de consumado el delito de hurto no es la adquisición de la disponibilidad de la cosa por parte del agente, sino la pérdida de la disponibilidad por el afectado, el que no puede recuperarla sin un mínimo esfuerzo. Lo determinante debe ser la pérdida de la posibilidad de disponer y no la adquisición del poder de hacerlo.

4.- Robo con Fuerza en las Cosas

El art. 432 del Código Penal da un concepto general del delito de robo: *“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo...”*. Siguiendo esta definición de robo, son elementos constitutivos de esta figura penal: la apropiación de cosa mueble ajena, que dicha apropiación se realice sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro y que el delincuente emplee violencia o intimidación en contra de las personas o ejerza fuerza para apropiarse del objeto robado, distinguiéndose de esta manera entre delito de robo con fuerza en las cosas, ya sea en lugar habitado o no habitado, y la figura penal del robo con violencia o intimidación en las personas.

El delito de robo con fuerza en las cosas presenta diversas modalidades de comisión tratadas todas en el Código Penal, a saber son: robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias; robo en lugar no habitado; robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación.

a) Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar Habitado o Destinado a la Habitación o en sus Dependencias: antes de determinar el momento en que se encontrará consumado este delito, es preciso saber qué se entiende por lugar habitado y por lugar destinado a la habitación. De esta manera, lugar habitado “es aquel recinto cerrado o no, pero que está en alguna forma delimitado, y que una persona o un grupo de personas destina para la habitación, le da ese uso y, además, en el momento en que se comete el delito está presente en él alguno de sus moradores”¹³⁵. Y se entiende por lugar destinado a la habitación como “aquel lugar ocupado como morada, pero que en los instantes en que el robo se comete sus moradores se encuentran ausentes, no están circunstancialmente en el lugar”¹³⁶. También queda comprendido, como lugar en que se puede verificar este ilícito, las dependencias del lugar habitado o destinado a la habitación que comprende a todos aquellos recintos conexos al lugar habitado, “como los patios, jardines, garajes, y demás sitios y edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo”¹³⁷

¹³⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte Especial, Volumen 4. 223 p.

¹³⁶ *Íbid.*

¹³⁷ ETCHEVERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tomo III. 322 p.

Pero, ¿Cuándo se entenderá consumado este delito? se encontrará consumado este delito cuando el agente se haya apropiado de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño y que estas circunstancias se hayan verificado a través del ingreso a un lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias por medio de la fuerza.

El art. 440 de nuestro Código Penal nos señala las modalidades de fuerza en las cosas de que puede valerse el sujeto activo para ingresar a un lugar habitado o destinado a la habitación para efectos de ejecutar esta figura penal: *“El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:*

1° Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entre por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de techos, o fractura de puertas o ventanas: Así por ejemplo quien para lograr ingresar a un domicilio ajeno, con el objeto de apropiarse de las joyas que se encuentran dentro del inmueble, escala el cierre perimetral ingresando a la propiedad, lo hace por vía de escalamiento, ya que esta forma no ha sido la vía que sus moradores han destinado para entrar al lugar habitado. Así también, quien entra al inmueble destinado a la habitación por medio de orificios ya sea en muros, techos o rompiendo puertas o ventanas con el objeto de ingresar al lugar para apropiarse de las joyas que se encontraban en dicho lugar. Ahora bien, nuestra doctrina y jurisprudencia es clara en señalar que todos estos medios de ingreso a un lugar habitado que constituyen escalamiento deben ser utilizadas para ingresar al inmueble habitado y no para salir de él.

2° Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo: todos estos instrumentos señalados por esta norma penal tienen por objeto abrir las puertas permitiendo el ingreso al lugar habitado con el objeto de apropiarse de cosas muebles ajenas. Es por ello que si “el delincuente entra a la casa habitación por la puerta que por descuido quedó abierta, y ya en

el interior fuerza la puerta de la pieza del escritorio con una ganzúa, no comete delito de robo, sino de hurto”¹³⁸.

3° Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad”: este numeral constituye una asimilación que el legislador efectuó entre estos medios engañosos y la fuerza, ya que estos medios si bien no son constitutivos de fuerza si tienen por objeto ingresar al lugar habitado con el objeto de apropiarse de cosas muebles ajenas. El primer medio señalado es mediante la seducción de algún doméstico, es decir, que el delincuente se valga del engaño para ganarse la aprobación o confianza del mayordomo, asesora del hogar, jardinero u otra persona con similares funciones, para que de esta manera pueda ingresar al inmueble habitado. Por el contrario, si el delincuente a través del engaño se gana la aprobación o confianza del dueño o de alguno de sus moradores para ingresar al lugar habitado no se verifica esta modalidad, ya que en esta normativa se señala expresamente que sea un trabajador doméstico. El segundo medio es usando un nombre supuesto, es decir, consiste en “usar una identidad que induzca a los moradores a permitirle el ingreso a la casa, a provocarles un error en ese sentido”¹³⁹, por ejemplo si el agente engaña a los moradores haciéndolos creer que es un pariente lejano o un amigo de la infancia. Y finalmente está la simulación de autoridad, así por ejemplo, el agente induce al error de los moradores aparentando ser un inspector municipal, exhibiendo una falsa credencial municipal. Es importante destacar que en este último caso, para inducir al error, no basta con la mera afirmación de ser una respectiva autoridad sino que debe existir una verdadera simulación, es decir, utilizar vestimenta correspondiente a la autoridad o exhibiendo una falsa credencial del supuesto cargo.

b) Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar No habitado: este ilícito debe cumplir con todas las circunstancias propias de un robo señaladas en los párrafos anteriores. Para poder determinar si este delito se ejecuta en un lugar no habitado debemos saber qué se entiende

¹³⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial. Volumen IV, 230 p.

¹³⁹ Ibid, 231 p.

por tal, de esta manera se ha señalado que “lugar no habitado es un recinto delimitado, con protecciones que le dan cierta reserva respecto de terceros, que además en el momento de comisión del delito no está sirviendo de morada a ninguna persona, sea que al constituirlo o demarcarlo se haya pensado en dedicarlo a la habitación (una casa o un departamento recién construido pero que aún nadie lo ha ocupado para vivir) o haya sido construido para fines de otro orden (un galpón, una bodega).

Del mismo que el robo en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, esta figura se encontrará consumada desde el momento en que el agente se haya apropiado de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño y que estas circunstancias se hayan verificado a través del ingreso a un lugar no habitado por medio de la fuerza.

Esta figura del robo con fuerza en las cosas está penado en el art. 442 del código penal, el cual señala expresamente las modalidades de fuerza con que este ilícito se puede llevar a cabo: “*El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en su grado medio a máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1° Escalamiento: nos remitimos a lo señalado para el robo en lugar habitado o destinado a la habitación.

2° Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otras clases de muebles u objetos cerrados o sellados: en esta modalidad existe una diferencia con el robo en lugar habitado, ya que tal como lo señala este número dos, la fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otros cosa muebles cerrados o sellados constituyen fuerza, y por ende, esta figura del robo se puede consumir por esta vía.

3° Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados: a diferencia de lo señalado para el robo en lugar habitado, en esta figura, se tipifica que el sujeto activo se vale de fuerza ya sea para entrar al lugar no habitado o para

abrir muebles cerrados, distinguiéndose claramente de la modalidad de fuerza del art. 440 N°2 en que el agente emplea fuerza en las cosas sólo para ingresar al lugar habitado.

c) Robo con Fuerza en las Cosas en Bienes Nacionales de Uso Público o en Sitios No Destinados a la Habitación: esta figura del robo con fuerza en las cosas se encuentra tipificada en el art. 443 inc. 1°: *“Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción”*. De la misma manera que en las otras figuras de robo en las cosas, lo primero que haremos es precisar qué se entiende por el lugar en que se comete este delito, de esta manera se ha definido a bienes nacionales de uso público en el art. 589, señalando que: *“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.*

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacentes y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”.

Y se entiende por sitio no destinado a la habitación como aquellos “recintos no cerrados, que carecen de delimitación ostensible, y que nadie ocupa actualmente como morada, o sea en los momentos en que se comete la apropiación”¹⁴⁰. Es importante aquí hacer la distinción, que hace GARRIDO MONTT, entre sitio y lugar no habitado la cual

¹⁴⁰ Íbid, 236 p.

radica en que “estos últimos son recintos protegidos, con resguardos que impiden su libre acceso, en tanto que el sitio carece de esa protección (no tiene cercos, muros, techo)”¹⁴¹.

Al igual que en las anteriores hipótesis de robo ya analizadas, en esta figura de robo en las cosas, la fuerza se presenta a través de distintas modalidades, las cuales son:

1° *Uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes*: el agente puede valerse de esta modalidad de fuerza ya sea para entrar al sitio como para efectos de abrir muebles tanto en el interior como exterior del recinto.

2° *Fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción*: esta modalidad de fuerza que puede ser empleada por el agente puede verificarse tanto para abrir muebles cerrados interiores o exteriores, como para cualquier dispositivo de protección, como rejas o cualquier alarma automática, además de los vidrios, cerros o candados señalados en la norma. Finalmente este numerando señala como medio de fuerza para robar a los medios de tracción, los cuales viene a ser todos aquellos medios utilizados por el sujeto activo para efectos de desplazar o mover una cosa con el objeto de apropiarse de una especie, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño.

En consecuencia, el robo con fuerza en las cosas que se encuentran en Bienes Nacionales de Uso Público o en sitios no destinados a la habitación se encontrará consumado desde el momento en que el agente se haya apropiado de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño y que estas circunstancias se hayan verificado por medio de la fuerza que el agente ha utilizado para sustraer la especie.

¹⁴¹ Íbid

Es importante tener presente la mayor sanción que se establece si esta figura del robo con fuerza en las cosas se lleva a cabo en un vehículo motorizado que se encuentra ya sea en un bien nacional de uso público (como calles, plazas, puentes, etc) o en sitios no destinados a la habitación, ya que se impondrá al condenado la pena de presidio menor en su grado máximo. Misma sanción se establece si a través de esta figura de robo con fuerza en las cosas se ocasiona “la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía”, según lo señalado en el inciso final del art. 443.

5.- Robo Simple con Violencia o Intimidación en las Personas

Esta figura penal se encuentra sancionada en el art. 436 inc. 1° de nuestro código penal. Para que se encuentre consumado este delito es necesario que en la conducta del agente se verifiquen tanto los elementos objetivos como subjetivo del tipo penal. De esta manera es necesario para calificar de consumado al robo con violencia o intimidación en las personas, que la conducta del sujeto activo consista en apropiarse de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y valiéndose para ello de fuerza física o amenazas para intimidar a la víctima, atentando de esta manera en contra de su integridad física. Así también, es necesario que la conducta del agente sea dolosa, es decir, el sujeto debe querer y conocer que a través de su accionar se está apropiando de una cosa mueble ajena a través de la fuerza física o amenazas. Por ende si el daño que se le ocasiona a la víctima es fortuito o se produce por culpa del agente, ese hecho no constituye un robo con violencia en las personas, pues falta el elemento subjetivo. Otro elemento necesario para la perfección de esta figura de robo es que exista un nexo causal entre la violencia o intimidación y la apropiación de cosa mueble ajena, es decir, es trascendental que la apropiación se verifique producto de la violencia o de las amenazas llevadas a cabo por el

sujeto activo, ya que si faltara esta causalidad estaríamos ante dos figuras penales distintas e independientes que serían el hurto (al no haber violencia o intimidación) y lesiones (al no haber apropiación).

Ahora bien, debemos precisar qué se entiende por violencia e intimidación, como formas de ejecutar este tipo de robo. En primer lugar, en cuanto a la violencia, nuestra doctrina distingue entre una violencia propia y otra impropia. Violencia propia consiste en el “acometimiento material que sufre una persona, acometimiento en relación al cual existe acuerdo que conforma la violencia inherente al delito de robo (sujetar a una persona, golpearla, lanzarla al suelo, herirla)”¹⁴². Se entiende por violencia impropia la que consiste en “emplear medios que constriñen la mente de la víctima, que afectan a su voluntad, como lo narcóticos, los estupefacientes, el hipnotismo y semejantes, siempre que al emplearlos no se haya recurrido a la fuerza física, alternativa donde habría por lo menos malos tratos de obra (el pasajero del automóvil de alquiler que gentilmente ofrece al conductor un chocolate con narcótico para apropiarse del vehículo una vez que se duerma, no emplearía violencia).

Nuestro código penal en su art. 439 hace referencia expresa a la violencia como modalidad de la conducta del agente en este tipo de robo, dándonos un concepto genérico de lo que debemos entender por violencia, señalando que hay violencia cuando existen “malos tratamientos de obra”, expresión que denota claramente que constituye violencia cualquier agresión física que sufra una persona con el objeto de forzar su oposición. En la parte final de este mismo artículo se señala que “hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”, de esta manera también constituye

¹⁴² Ibid, 184 p.

violencia la simulación de ser autoridad, que efectúa el sujeto activo, con el objeto de inducir al engaño de la víctima, para que esta le entregue de manera voluntaria la especie mueble o para que le señale el lugar donde el objeto se encuentra.

Como segunda modalidad de comisión de esta figura del robo se encuentra la intimidación, la que consiste en “una amenaza dirigida a una persona, de que se le infligirá un mal de manera inmediata si no procede a la entrega de una cosa mueble o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, de manera inmediata a su vez”¹⁴³. La intimidación puede efectuarse de manera verbal, por ejemplo el agente le dice a su víctima que lo matará si no le entrega su teléfono; o también puede realizarse por hechos, por ejemplo, el agente pone una pistola en la espalda de la víctima diciéndole que lo matará si no le entrega su teléfono.

En síntesis, la importancia de la violencia y de la intimidación, como modos de ejecución del robo, consiste en que estas deben estar dirigidas a forzar la oposición de la víctima con el objeto de apropiarse de una cosa mueble ajena, de manera que debe existir un nexo causal entre la violencia y la intimidación, es decir, que la apropiación de cosa mueble ajena se verifica por la violencia o intimidación ejercido por el agente en contra de la víctima.

Es importante tener presente que las lesiones que se pueden ocasionar en la víctima tienen un límite, ya que solamente quedarán comprendidas dentro del robo simple con violencia o intimidación hasta las lesiones leves. Esto es así porque el art. 433 N°1 al

¹⁴³ Ibid, 186 p.

tipificar la figura de robo con violencia o intimidación en las personas calificado señala que “...si con ocasión del robo. Se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en el art. 395, 396 y 397”, por ende, se excluyen de la figura simple del robo con violencia o intimidación las lesiones corporales de castración, mutilación y las lesiones graves-gravísimas, quedando estas comprendidas dentro del tipo penal del robo con violencia o intimidación en las personas calificado.

6.- Robo por Sorpresa

Esta figura de robo se encuentra tipificada en el art. 436 inc 2°, el cual señala que: “se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”.

Para que esta figura del robo se encuentre consumada, al igual que los demás delitos, es necesario que se verifiquen todos los elementos objetivos y subjetivos, por tanto se requiere que la conducta del sujeto activo consista en la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena que la víctima lleve consigo, contra su voluntad y que dicha apropiación se verifique a través de las modalidades establecidas expresamente en el art. 436 inc. 2°.

Las modalidades establecidas para ejecutar este delito son las siguientes:

a) *Por sorpresa*: “consiste en obrar sobre la víctima cuando está desprevenida, de manera que no logre reaccionar con la rapidez que la situación amerita”¹⁴⁴. Por ejemplo: un hombre camina hablando por teléfono distendidamente por el centro de Santiago, situación que el sujeto activo advierte y le arrebató el celular que la víctima llevaba consigo, dándose a la fuga.

b) *Aparentando riñas en lugares de concurrencia*: esta modalidad consiste en una simulación de riña, en que varias personas son co-autores de este robo por sorpresa, ya que mientras algunos simulan que existe una trifulca, otro de los agentes aprovechándose de que la atención de la víctima está sobre la supuesta riña, sustrae dinero u otras especies que el sujeto pasivo llevaba consigo sin emplear violencia ya que la este último no se da cuenta de que le han robado. Es importante aclarar que, tal como lo ha señalado la doctrina, si quien sustrae la especie se aprovecha de una verdadera riña este no cometerá robo por sorpresa sino hurto

c) *Haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión*: consiste en ocasionar desorden entre una multitud a través de una simulación, ocasionando agolpamiento o confusión entre quienes se ven involucradas en esta situación, momento en el cual el sujeto activo se aprovecha de esta confusión y sustrae las especies que la víctima trae consigo.

7.- Estafa

¹⁴⁴ Ibid, 209 p.

Tal como señalamos al determinar el delito de estafa en grado de desarrollo tentado, para que éste ilícito se consume debe cumplirse con todos sus elementos configurativos, estos es: el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial.

Ahora bien, en cuanto al momento que determinará la consumación de la estafa no existe unanimidad en la doctrina, pudiéndose distinguir dos opiniones diferentes a saber:

-Desde la Obtención del Provecho Injusto y la Producción del Perjuicio.

-Desde que se ocasiona Perjuicio Patrimonial sin atender al beneficio ilícito del delincuente.

Para gran parte de la doctrina se entenderá consumado el delito de estafa desde el momento en que se ocasiona un perjuicio patrimonial a la víctima, sin importar el beneficio que haya reportado el agente a través del engaño. Así las cosas, para su consumación “basta que la defraudación se haya causado con ánimo de lucro para que ésta se consume, sin atender a si el agente obtuvo o no el beneficio propuesto”¹⁴⁵

6.3. Análisis Jurisprudencial

¹⁴⁵ CONTRERAS TORRES, Raúl. El Delito de Estafa. 52 p.

6.3.1. Jurisprudencia en Delitos contra las Personas

1) Homicidio Simple

-Tribunal: 7° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago

-Ministros: Javier Moya Cuadra, Pilar Aguayo Pino, Claudia Candini Vidal.

-Rol: 3433-2016

-Fecha: 18-Noviembre-2016

-Antecedentes: “Que el día 04 de febrero de 2015, siendo las 13:00 horas aproximadamente, los imputados Diego Pozo Maldonado y Jorge Baeza Rubio, previamente concertados para su ejecución, concurrieron a la calle Doctor Calvo Mackenna a la altura del N° 9272, Comuna de Las Condes, y una vez en el lugar, con la intención de sustraer especies, forzaron la rueda de repuesto del vehículo placa patente única CPWY-78, que se encontraba en la parte trasera del vehículo, de propiedad de doña Ivonne Fuentes Solis, siendo sorprendidos por un funcionario municipal de Seguridad Ciudadana de la Comuna de Las Condes, subiéndose los imputados al vehículo Kia Sportage placa patente única DTDP-73, que era conducido por Jorge Baeza Rubio, huyendo del lugar, siendo perseguidos por un guardia de seguridad, quienes dieron aviso a personal de Carabineros, lo que no provoca la detención del vehículo, si no que el conductor Jorge Baeza Rubio, aumenta la velocidad, sin ser relevante en su conducción las condiciones del tránsito y manejando a una velocidad no razonable y mayor a la permitida,

ingresando a los cruces de calles sin respetar semáforos ni señaléticas que indicaran detenerse e, infringiendo las normas y reglamentos de tránsito vigentes en todo momento, previendo la posibilidad de atropellar a los peatones del sector o de colisionar a otros vehículos, siendo indiferente este riesgo para disuadirlo de continuar su acción, por el contrario, aumentando el riesgo en la conducción en la medida que avanzaba la persecución, la que continuó por Avenida Las Condes, hacia el oriente, para luego seguir contra el tránsito por la caletería de Avenida Presidente Kennedy, luego tomar calle Estoril, para luego seguir por la caletería de Avenida Las Condes, hacia el oriente nuevamente, y al llegar a calle Lo Fontecilla con Avenida Las Condes, virar a la izquierda sin respetar signo 'Ceda el Paso', ingresando con el vehículo en forma perpendicular al sentido del tránsito, interrumpiendo la tercera pista de circulación por donde transitaban las víctimas, Sebastián Marín Stingl y José Fica González, el primero conductor y el segundo acompañante en la motocicleta placa patente única YD-0646, quienes circulaban por Avenida Las Condes al oriente, impactando el vehículo conducido por el imputado, para después el imputado seguir su conducción, ingresando a la tercera pista de Avenida Las Condes hacia el poniente, siguiendo su conducción hacia el oriente en contra del sentido del tránsito, para luego darse a la fuga, no prestando auxilio a las víctimas ni dando aviso a la autoridad, para continuar su camino por Avenida Las Condes hasta la intersección de Avenida San Antonio, donde debido a la congestión en el tránsito no pudieron seguir avanzando, siendo detenidos en ese lugar por personal policial. Mientras tanto, la motocicleta donde iban las víctimas, producto del impacto con el auto conducido por el imputado, proceden a caer sus ocupantes colisionando el cuerpo del conductor con otro vehículo para luego caer a la calzada y el acompañante caer directamente a la calzada. Como consecuencia de la acción ejercida por el acusado, José Fica González falleció en el lugar por un politraumatismo de alta energía explicable por un accidente de tránsito según protocolo de autopsia del Servicio Médico Legal, sufriendo múltiples traumas que afectaron la zona cráneo encefálica, pulmones, aorta torácica y páncreas, lesiones necesariamente mortales e incompatibles con la vida, y que aún con socorros oportunos y eficaces no hubiese sido posible salvar la vida. A su vez, Sebastián Marín Stingl, falleció producto de un Politraumatismo músculo esquelético visceral”.

Cabe precisar que en este caso en particular sólo nos detendremos a analizar la discusión en cuanto a la comisión del delito de homicidio simple, sin entrar a calificar los demás delitos sancionados.

Frente a estos hechos el ministerio público formaliza a los imputados por los delitos de robo en bienes nacionales de uso público, receptación, infracción al art. 445 del Código Penal y por el delito de homicidio del art. 391 N°2 cometido contra Sebastián Marín Stingl y José Fica González, solicitando para este último ilícito la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, además de las accesorias legales.

Refutando la calificación de los hechos, el abogado defensor de los imputados solicitó que se les formalice como autores de cuasidelito de homicidio, descartando que el accionar de sus representados sea con dolo, produciéndose este resultado sólo por una mera imprudencia.

El fiscal a cargo argumenta que el actuar de los imputados se efectúa con dolo eventual, ya que estos pudieron representarse, con un alto grado de certeza, el resultado que su accionar ocasionaría. Esto teniendo en consideración a la hora en que ocurrieron los hechos, la forma en que conducía y el tipo de vehículo que conducía, lo que unido a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia concluye que, en este caso, no hubo una mera imprudencia al colisionar con la motocicleta que conducía una de las víctimas, sino que actuaron con dolo eventual.

Así las cosas, el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, por voto de la mayoría del Tribunal, condenó al acusado Baeza Rubio a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de homicidio del art. 391 N°2 del código penal.

En contra de esta sentencia definitiva, el abogado defensor interpuso recurso de nulidad por la causal contenida en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, señalando que existe una errónea aplicación del art. 391 N°2 del Código Penal, al sancionar con un delito distinto del que correspondería condenar. Argumenta esta defensa que se debió condenar a su representado por el art. 492 inc 2°, en relación con el art. 490 ambos del mismo código penal, es decir, esta parte estima que se le debió condenar como autor de cuasidelito de homicidio, ya que para que haya dolo debe existir un conocimiento por parte del sujeto activo, de todos los elementos del tipo y de su voluntad de concretarlo y aunque en la acusación se ha hablado del dolo eventual, aquello necesariamente significaba representarse un resultado fatal, no querido, ni menos buscado por su defendido, agregando que el resultado de muerte de la víctima se debe a la mera imprudencia de su representado.

El abogado defensor funda su presentación en el voto de prevención de la Magistrada Blanca Rojas Arancibia, quien estimó que los hechos se trataban de un cuasidelito de homicidio con resultado múltiple previsto y sancionado en el artículo 490 N° 1 del Código penal, en relación con el artículo 492 del mismo cuerpo legal, teniendo en consideración que, cuando su representado conducía violando las normas de seguridad vial, como fue la de no respetar el signo "Ceda el Paso" que enfrentaba al desplazarse por la Avenida Las Condes lateral, al incorporarse en una maniobra indebida a la izquierda obstruyendo el paso a la motocicleta conducida por Sebastián Marín Stingl, única causal, del accidente, conforme al peritaje de la SIAT, acción en la cual pudo haber previsto que

podía impactar otro vehículo, lo cierto es que, aquella acción no puede ser considerada como dolo eventual, dado que aun cuando el imputado pudo haber previsto consecuencias dañosas, en este caso, atendido la dinámica de la colisión, este hecho no puede ser considerado del referido tipo de dolo, puesto que no puede atribuirse al acusado la aceptación del resultado dañoso, dado que en éste, evidentemente no existía ni conocimiento ni aceptación del mismo. En definitiva concluye que, la mayor o menor previsibilidad de un resultado dañoso no resulta determinante para establecer si estamos en la presencia de dolo eventual, sino que esto, debe definirse en la falta de aceptación del resultado, dado que, aunque un conductor esté consciente del riesgo, confía en que va a poder evitar el resultado de su conducta mediante su habilidad al volante, de lo contrario desistiría de su actuar porque el mismo sería víctima de su accionar.

-Decisión del Tribunal: la 7° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor privado, señalando que el dolo eventual a diferencia de la culpa consciente, el sujeto activo cree que es posible que se realice el elemento objetivo del tipo, y que, aunque este resultado fuere cierto, el agente igualmente actuaría; en cambio, habrá imprudencia cuando hubiera desistido de actuar de haber tenido certeza de que el hecho ocurriría. Concluyen que según la prueba de testigos y peritos, los conceptos de previsibilidad y evitabilidad quedan demostrados, no quedando dudas de que existe una conducta dolosa eventual, es decir, existió la posibilidad real de ocurrencia de muerte de las dos víctimas.

1.1) Homicidio Simple

-Tribunal: Corte de Apelaciones de San Miguel

-Ministros: Sylvia Pizarro Barahona, María Carmen Rivas González, Inés Martínez Henríquez

-Rol: 65-2011

-Fecha: 8-Febrero-2011

-Antecedentes: “el día 26 de enero de 2010, a las 23.00 horas aproximadamente, mientras las víctimas Carlos Pereira Fuentes y Carlos Pereira Escobar, padre e hijo respectivamente, se desplazaban 2 por la vía pública, específicamente al llegar a la intersección de calle La Frontera con Pasaje Abanderado Ruperto Montero, en la población El Castillo de la comuna de La Pintana, se detuvo en dicho lugar un vehículo, del cual bajaron rápidamente los imputados Alejandro Jaramillo Martínez, Jorge Pérez Tapia y Cristián Muñoz Pérez, quienes procedieron cada uno de ellos a disparar con las armas de fuego que portaban, en contra de las víctimas, para posteriormente huir del lugar. A raíz de los hechos recientemente relatados la víctima Carlos Pereira Fuentes, resultó con herida torácica por proyectil balístico sin salida y sin apoyo y anemia aguda, lo que le causó la muerte, en tanto, la víctima Carlos Pereira Escobar, resultó con herida lumbar por proyectil balístico sin apoyo y anemia aguda, lo que le causó la muerte”.

Frente a estos hechos, el ministerio público solicita que se condene a los imputados como autores del delito de homicidio calificado en grado de desarrollo consumado.

No obstante la petición de la fiscalía, el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, absolvió a Alejandro Jaramillo Martínez y a Jorge Pérez Tapia como autores de los delitos de homicidio calificado consumado de Carlos Pereira Fuentes y de Carlos Pereira Escobar, y condenó a Cristián Muñoz Pérez de dos homicidios simples de las

víctimas señaladas. Este tribunal consideró como insuficiente la prueba para acreditar la circunstancia calificante del art. 391 N°1 del Código Penal, es decir, la alevosía, ya que no se probaron los presupuestos de hecho de la misma, los cuales son el actuar a traición, esto es, ocultando la intención, o actuar sobre seguro, que consiste en ocultar el cuerpo del agente o los medios empleados. Argumenta para rechazar esta calificante en que el autor, al momento de realizar la conducta homicida, no se ocultó de manera alguna, permitió que fuera visto tanto por las víctimas como los testigos que se encontraban en el lugar, tampoco ocultó el arma de fuego que utilizó para agredirlas. Agregando que tampoco hubo ocultamiento de su intención desde que en el sitio del suceso tuvo previamente un enfrentamiento verbal con las víctimas, para luego sacar el arma de fuego a vista y paciencia de todos quienes se encontraban en el lugar procediendo, en forma inmediata a efectuar disparos; al desplegar su conducta quedó en evidencia su intención.

En contra de esta sentencia, el fiscal adjunto, interpuso recurso de nulidad fundado en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que según esta defensa, debió sancionarse a todos como autores de homicidio calificado.

-Decisión del Tribunal: la 6° sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el fiscal adjunto. Esta Corte señala que no existe una errónea aplicación del derecho, y que incluso, la calificación jurídica que establece la sentencia encuadra perfectamente en el tipo penal del artículo 391 n°2 del Código Penal, ya que se contienen todos sus elementos, es decir, se ocasiona la muerte a otra persona sin que concurra alguna de las circunstancias calificantes del n°1 del art. 391, ya que descartó de plano que concurra la alevosía en los hechos descritos.

2) Lesiones

-Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena

-Ministros: Raúl Beltrami Lazo

-Rol: 302-2010

-Fecha: 9-October-2010

-Antecedentes: “El día 18 de enero de 2009, a las 09:30 horas aproximadamente, en un sitio eriazo ubicado en el sector de la feria de Ovalle, el acusado Alberto Antonio Lamas Santander, a raíz de rencillas anteriores, agredió con golpes de pie en el abdomen, en innumerables ocasiones a la víctima Claudio Rolando Centella Godoy, quien producto de la agresión resultó con una perforación intestinal, lesión que le produjo la muerte en el hospital de Ovalle el día 19 de enero de 2009”.

Frente a estos hechos el Ministerio Público formalizó al imputado como autor del delito de homicidio simple, solicitando una pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo más las penas accesorias legales. El fiscal a cargo de la investigación argumenta que la causa de muerte de septicemia fue que el imputado utilizó unos bototos de punta de acero compatibles con el tipo de lesión causada y que el móvil del imputado obedece a rencillas anteriores entre el imputado y la víctima, toda vez que el día de los hechos no hubo ninguna agresión por parte de la víctima, siendo el actuar de ésta con un tercero el que motivó la actitud agresora del acusado. Además señala que existió dolo homicida en el actuar del acusado, ya que golpeó a la víctima con un bototo 45 y medio, dándole varias patadas en el estómago, ocasionándole con ello una perforación intestinal que le causó la muerte a la víctima. Así mismo, el fiscal señala que en el evento de no considerar este tribunal que exista un dolo directo en el actuar del sujeto activo, debe considerar al menos

como un dolo eventual, ya que debió representarse que con su actuar ocasionaría la muerte del ofendido.

Por su parte, la defensa del imputado controvierte la calificación jurídica de los hechos, señalando que se estaría ante un homicidio preterintencional, estableciendo que efectivamente hubo una pelea, agredándose mutuamente victimario y víctima. Es por ello que concluye considerando que existe un dolo de lesiones, ya que su representado sabía y quería cometer las lesiones a la víctima; sin embargo, no quería y no sabía que con esos golpes le ocasionaría la muerte. Descartando por ende, el dolo directo y el eventual que argumenta el fiscal.

En definitiva, esta defensa solicita que se absuelva a su representado porque considera insuficiente la prueba, y si tuviere responsabilidad sea recalificada a un concurso ideal de lesiones graves con el cuasidelito de homicidio.

Acreditados los hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, condena a Alberto Lamas Santander a la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio y a las accesorias legales, como autor del delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el art. 397 N°2 del Código Penal, desestimando el dolo homicida en el agresor. El tribunal esgrime que ni siquiera alcanza a ser dolo eventual, porque las agresiones las consideró como el resultado de una "pelea" en la que pese a la diferencia de contextura y vestimenta, ésta no refleja la representación del resultado de muerte, especialmente por cuanto se trata de diferencias casuales y no buscadas por el agresor; y, que si bien se produjo la muerte, el

médico legista aclaró que aquella se hubiese podido prever con una atención oportuna, siendo, en consecuencia, este resultado no atribuible al acusado.

En contra de esta sentencia definitiva, el Ministerio Público, deduce recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, por una errónea aplicación del derecho, ya que calificó los hechos como de lesiones simplemente graves, den circunstancias que se trataría de un homicidio simple, influyendo con ello sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que la sentencia descartó incluso la concurrencia de dolo eventual respecto del tipo subjetivo de los hechos. Agrega que, el acusado actuó con dolo eventual, esto debido a que con su agresión no buscó directamente el resultado típico, pero advirtió como probable que éste se puede producir y no obstante tal representación actúa, por lo que debió ser condenado por homicidio simple, más cuando la propia sentencia reconoció como hecho probado que las lesiones sufridas por la víctima le ocasionó la muerte.

-Decisión del Tribunal: la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la fiscalía, ratificando con ello la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Orna en lo Penal de Ovalle.

En lo sustancial del fallo, esta Corte se pronuncia sobre si, la acción cometida por el imputado, con el resultado de muerte, existió el dolo directo o al menos un dolo eventual. Primeramente descarta la existencia de dolo directo, ya que según los hechos acreditados en la sentencia, no se demuestra que el acusado, al golpear con pies y puños a su víctima, lo hizo con la intención de matar. Ahora, en cuanto a si hubo dolo eventual,

resta por analizar si, esta Corte estimó que tomando en consideración que, tanto el imputado como su víctima el día 18 de septiembre de 2009, estaban tomando junto a otras personas, y por las razones que se consignan al establecer el hecho, el primero agrede al segundo con golpes de pies provocándole lesiones. Una vez ocasionado el incidente, el lesionado, se retira hasta la casa de Juan Catalán a las 11 AM., permaneciendo en ella hasta el día siguiente, 19 de septiembre. Debido a sus fuertes molestias y dolores su amigo lo traslada al Hospital de Ovalle, con ayuda de Carabineros. En el recinto asistencial se le recibe con signos vitales, con diagnóstico de un abdomen agudo con rotura de víscera hueca probable, siendo hospitalizado para cirugía, falleciendo a las 17.04 horas del día 19 de enero de 2009. También esta Corte deja constancia que, el informe médico legal deja señaló que la situación pudo haberse salvado de haber existido una intervención oportuna, como también, las condiciones físicas del occiso, una persona cirrótica, facilitaron un desenlace mortal.

Tomando en consideración estos antecedentes, esta Corte estimó como muy improbable que el acusado al golpear de la manera como lo hizo, al momento de actuar se haya representado primero y luego aceptado un mayor disvalor de su acción, esto es, sabiendo que su acción le causarían lesiones a la víctima, también podría tener un resultado mayor, como la muerte, y que no obstante esto, lo aceptada de antemano. De este modo, concuerda la Corte con la decisión adoptada en definitiva por el Tribunal, sin que se pueda afirmarse que ha existido una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al recalificar el hecho típico como un delito de lesiones graves, y no dar por establecido que su autor actuó, al menos, con dolo eventual.

6.3.2. Jurisprudencia en Delitos contra la Integridad Sexual

1) Violación

-Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca

-Ministros:

-Rol: 280-2011

-Fecha: 17-Agosto-2011

-Antecedentes: "Desde que tenía aproximadamente siete años de edad, la víctima Jacqueline Salas Vega, nacida el 3 de octubre de 1991, fue objeto reiteradamente del delito de violación por parte de su padre y acusado Juan Salas Mendoza, hechos que se verificaban mediante el acceso carnal por vía vaginal, además de efectuarle diversas tocaciones de significación sexual y relevancia en los pechos y genitales de la víctima. Dichas acciones tuvieron lugar en un domicilio ubicado en la Población Julio Tapia de Villa Alegre para posteriormente continuar, cuando la víctima tenía 8 años aproximadamente, en el domicilio ubicado en Población Ana Rodríguez de Lobos, pasaje Manuel Lara N° 586, Villa Alegre. Los hechos antes descritos persistieron reiteradamente hasta aproximadamente el primer semestre del 2010, ampliándose a penetraciones no tan solo vaginales sino también bucales y anales. Producto de lo cual resultó embarazada, abortando posteriormente en forma espontánea. Para concretar los hechos el acusado se prevalió en primer lugar de la minoría de edad de la víctima, logrando intimidarla a un extremo tal que esta última comenzó a acomodarse al permanente sometimiento del que era objeto, habida consideración de que el imputado es su padre".

Acreditados estos hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, condenó a don Juan Domingo Salas Mendoza a la pena de 13 años de presidio mayor en su grado medio más las penas accesorias legales, como autor del delito de violación de

persona mayor de 14 años en grado de desarrollo consumado, bajo la modalidad de intimidación, sancionado en el art. 361 N°1 del Código Penal, cometido en contra de Jacqueline Salas Vega.

En contra de esta sentencia definitiva, la defensora penal público, interpuso recurso de nulidad fundado en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, solicitando que se absuelva a su representado, ya que según esta defensa no se configura la intimidación como modalidad del delito de violación que se señala en la sentencia, según la cual dice que: “Salas Mendoza se prevaleció del miedo y sometimiento logrado en Jacqueline”. Refutando esta sentencia, la abogada defensor, agrega que los antecedentes existentes son insuficientes para que se configure la modalidad de intimidación, ya que la violación no es posible por la actividad sexual en si, sino porque ésta se lleva a cabo contra la voluntad del otro, siendo lo que se castiga el uso de la fuerza o la intimidación, por eso en el caso del artículo 361 N° 1 lo atacado es la capacidad de actuación de la víctima y según el diccionario la intimidación es la violencia moral o amenaza de un mal grave con que se logra al acceso carnal contra la voluntad de la víctima, de modo que esta amenaza requiere seriedad, verosimilitud, gravedad e inmediatez, y que a lo más se puede calificar de un simple temor reverencial que sólo permitiría configurar el delito de estupro o prevalimiento de ser la víctima menor, pero no considerar que existe intimidación. Siguiendo con su defensa, la Defensoría Penal Pública, estimó que el hecho de que la víctima esté al cuidado o crianza del acusado no implica necesariamente que por ese hecho se anule la capacidad de resistirse de la ofendida.

-Decisión del Tribunal: la Corte de Apelaciones de Talca acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensoría penal pública, absolviendo al acusado del delito de violación de persona mayor de 14 años en grado consumado, bajo la modalidad de intimidación.

Considerando que solamente ha quedado establecido en el proceso la relación sexual del padre con su hija, sin poderse determinar la intimidación de que se hubiere valido el acusado, ya que con el tiempo ésta se fue acomodando a los requerimientos de acceso carnal del padre, los cuales no se basaron en actos concretos de amenaza hacia su integridad física, lo cual puede configurar una figura punible pero distinta a la investigada en este proceso. Además, agrega como definición de intimidación, la señalada por el profesor Alfredo Etcheberry O., quien señala que la intimidación "es la violencia moral o coacción, que actúa psíquica y no físicamente". Y que la Excma. Corte Suprema ha determinado que la intimidación consiste "en una amenaza a la ofendida, con hacerla objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor de quebrantar su resistencia al acceso carnal. De este modo, el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo y basado en actos concretos de amenazas hacia la integridad física de una víctima, situación que puede asimilarse al temor que pueda tener aquélla, de quebrantar un respeto reverencial que se supone debe guardar con su padre, aún en circunstancias de falta de educación, pobreza o promiscuidad, lo cual ciertamente puede dar lugar a ciertos abusos de autoridad con respecto a personas de menor experiencia, fuerza o poder que darían lugar a otras figuras punibles contra la libertad sexual" (Fallo de 10 de marzo de 2003, rol N° 411, considerando noveno). Por tanto, siguiendo este razonamiento, esta corte estimó que sólo se acreditó la relación sexual del padre con su hija, lo cual es insuficiente para concluir que realmente se hubiere cometido el hecho punible, consistente en el delito de violación y bajo la modalidad de la intimidación.

6.3.3. Jurisprudencia en Delitos contra la Propiedad

1) Robo con Intimidación

-Tribunal: 3° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago

-Ministros: Jaime Balmaceda Errázuriz, Maritza Villadangos Frankovic, Claudia Candiani Vidal.

-Rol: 2871-2016

-Fecha: 23-Septiembre-2016

-Antecedentes: “Que el día 1 de Febrero del año 2016, aproximadamente a las 14:40 hrs., en la vía pública, en calle Lastra, cercano a la salida del metro Patronato de la comuna de Recoleta, un sujeto aprovechando la distracción de la víctima le arrebató la suma de \$24.000 que transportaba en el bolsillo derecho, conjuntamente con exhibir un cuchillo de 10 centímetros de hoja y 9 de empuñadura, que portaba huyendo del lugar con el dinero en su poder, siendo detenido por Carabineros, lanzando al suelo el cuchillo y siendo incautado este”.

Teniendo por acreditados estos hechos, el 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, condenó al acusado, Sergio Roa Mery, como autor del delito de robo por sorpresa en concurso real con el delito de porte de arma cortante en grado de desarrollo consumado, al concluir que no existió la relación funcional entre una intimidación y la apropiación de las especies, sino que lo único que existió, para obtener la apropiación de las especies fue la acción de la víctima y el actuar rápido y sorpresivo del acusado, descartando que para lograr la apropiación del dinero de la víctima ésta hubiere sido llevado a cabo con violencia o intimidación.

En contra de esta sentencia definitiva, el Ministerio Público interpuso recurso de nulidad fundado en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, esto por una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al

sancionar al acusado como autor del delito de robo por sorpresa, en circunstancia que, a juicio de esta parte, se le debió condenar como autor de robo con violencia e intimidación, siempre en grado de desarrollo consumado.

El fiscal adjunto argumenta que la intimidación debe ser funcional a la apropiación, citando a Politoff, Matus y Ramírez, quienes señalan que “la apropiación en el robo, consiste en una vinculación subjetiva del autor con el medio violento o intimidatorio empleado para obtener precisamente la entrega o manifestación de la cosa apropiada”. Concluyendo que en este caso existe esta vinculación funcional, ya que según la prueba aportada por la fiscalía, el acusado puso un cuchillo en la cara del ofendido, logrando con ello la apropiación del dinero que portaba la víctima y que solamente arrojó al suelo el cuchillo al ser inminente su detención. Del mismo modo, la fiscalía para reafirmar su posición cita a Garrido Montt, quien afirma que “el concepto normativo de intimidación es el acontecimiento de índole psicológico, no material dirigido a presionar la voluntad del sujeto pasivo”. Finaliza reiterando la idea que, de no haber colocado el cuchillo frente a la cara de su representado, el acusado no habría tenido opción de sustraer el dinero que la víctima portaba en los bolsillos de su pantalón.

-Decisión del Tribunal: la 3° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en el sentido de que consideró que se configuraron los supuestos de nulidad invocada, condenando, en definitiva, al acusado como autor de robo con intimidación en grado de desarrollo consumado.

Los ministros de esta sala concluyeron de manera unánime que, de los hechos probados, se logró demostrar que simultánea o conjuntamente con el apoderamiento de la cosa, el acusado exhibió un cuchillo a la víctima, no obstante de que al haberse abordado a ésta, el delincuente se haya aprovechado de la distracción, afirmando por tanto que el delito cometido es el de robo con intimidación en las personas y no el de robo por sorpresa. Señala además que, en el delito de robo por sorpresa, si bien puede entenderse que hubo aprovechamiento de la distracción de la víctima, esta no fue suficiente para condenar por este ilícito, ya que lo esencial para este delito es la sustracción rápida, intempestiva o repentina, es decir, que esta sea sorpresiva, cuestión que en este caso no sucede toda vez que se tuvo por acreditado que la sustracción de la especie fue simultánea a la exhibición del cuchillo.

1.1) Robo con Violencia

-Tribunal: 2º sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta

-Ministros: Enrique Álvarez Giralt, Laura Soto y Torrealba y Alonso Leppes Navarrete

-Rol: 347-2010

-Fecha: 17-Noviembre-2010

-Antecedentes: “El día 30 de mayo del presente año, siendo aproximadamente las 21:00 horas, en circunstancias de que doña N. del P. A. S. caminaba por calle Frei Bonn de esta ciudad, en dirección a un almacén cercano, al llegar a la intersección con el Pasaje 10 de julio fue 23 agredida por el acusado Claudio Patricio Luna Hernández quién le propinó un golpe en la espalda y otro en la pierna, lo que hizo que cayera al suelo, momento en que le sustrajo un monedero con \$20.000 que llevaba en un bolsillo de su chaleco, hecho lo cual se dio a la fuga, siendo detenido momentos más tarde por la pareja de la afectada, al ser sindicado por ésta como el autor del delito, y luego entregado a carabineros. A

consecuencia de la agresión, la afectada resultó con una contusión en la pierna derecha y una contusión dorsal, consideradas leves según el médico de turno”

Frentes a estos hechos, el Ministerio Público formaliza a don Claudio Luna Hernández como autor del delito de robo con violencia en grado de desarrollo consumado, solicitando una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, ya que según esta parte se verificaron los elementos constitutivos de este tipo de robo, es decir, existió: apropiación de cosa mueble ajena, ánimo de lucro por parte del acusado, ausencia de la voluntad del dueño de las especies sustraídas, empleo de violencia para vencer la resistencia de la víctima, lo que permitió la sustracción de las especies. En cuanto a la violencia, el fiscal a cargo señala que esta consiste en malos tratamientos de obra cuyo objeto es impedir la resistencia de la víctima y hacer que se entreguen las especies, la cual se verificó al momento en que el hechor la golpeó en la espalda y pantorrillas, lo que la hizo caer al suelo, le sacó del bolsillo de su chaleca roja un monedero con 20 mil pesos en su interior. De esta manera, según la fiscalía, el sujeto activo utilizó la violencia como medio para sustraer el monedero con veinte mil pesos en su interior.

Por otro lado, el abogado defensor del acusado, elabora una tesis alternativa, solicitando que el representado sea absuelto del delito que se le imputa, buscando ocasionar en el tribunal dudas respecto a los hechos, ofreciendo prueba testimonial y haciendo uso de la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

Acreditados estos hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama condenó a don Claudio Luna Hernández a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en

su grado mínimo más las penas accesorias, como autor del delito de robo con violencia en las personas en grado de desarrollo consumado, previsto en el art. 432 y sancionado en el art. 436 inc. 1° ambos del código penal. Según este tribunal, estos hechos configuran el delito de robo con violencia, toda vez que se acreditaron fehacientemente todas sus circunstancias constitutivas, ya que el sujeto activo se apropió, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, de cosas muebles ajenas valiéndose para ello de violencia, la cual consistió en golpes en la espalda y pantorrillas de la víctima logrando con ello que la afectada cayera al suelo venciendo la resistencia opuesta por la víctima. Así también, para este tribunal quedó acreditado que la conducta del acusado se verificó con dolo directo, pues necesariamente tuvo como objetivo lesionarla para sustraer cosas que ella portaba.

En contra de esta sentencia, el abogado defensor, interpone recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del código procesal penal, esto por una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando que se dicte una sentencia de reemplazo. Para esta defensa se ha condenado por un delito de mayor entidad al que corresponde, de acuerdo a los hechos acreditados en el proceso, pues si bien se habla de violencia, según esta parte no existe el “nexo causal” entre la violencia y la apropiación, ya que la víctima nunca dice que le fueron a robar, sino que la empujaron y le pegaron en la pierna, y cuando ella estaba en el suelo, aprovechó el imputado para sacarle el monedero del bolsillo, por lo que en este caso se estaría frente a la figura de robo que contempla el artículo 436 inc. 2° del Código Penal, es decir por un robo por sorpresa, pues, según este abogado defensor, se utilizó para sustraer maniobras que causen confusión, resultando las lesiones sufridas de carácter leve, de manera que persiste la duda acerca de la conexión que exige el inciso primero del precepto legal antes aludido, que tiene una pena mayor que el robo por sorpresa.

-Decisión del Tribunal: la 2° sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor, ratificando lo señalado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, en el sentido de que se verificaron todas y cada una de las circunstancias constitutivas del robo con violencia en las personas en grado consumado, ya que el sujeto activo por medio de violencia se apropió de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, y que la violencia ejercida por el acusado en contra de la víctima, fue con preciso fin apropiatorio y que además fue de tal entidad que dejó lesiones en su zona dorsal y pierna derecha.

2) Robo en Lugar Habitado

-Tribunal: 2° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago

-Ministros: Alejandro Madrid Crohare, Mario Rojas González, Viviana Toro Ojeda.

-Rol: 2340-2016

-Fecha: 19-Agosto-2016

-Antecedentes: "Que el día 06 de Enero de 2016, aproximadamente a las 14:40 horas, Marco Antonio Figueroa San Martín ingresó al domicilio de doña Verónica Escobar Madariaga, ubicado en la intersección de la Avenida 5 de Abril con pasaje Melchor, de la comuna de Maipú, escalando el cierre perimetral del inmueble, para luego proceder a sustraer un equipo musical que se encontraba en el interior del mismo, siendo sorprendido por la víctima en los momentos en que huía utilizando una escalera de madera que se encontraba en el lugar, con la especie en su poder."

Frentes a estos hechos el 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó a Marco Antonio Figueroa San Martín a la pena de 5 años y un día de presidio

mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de desarrollo consumado, sancionado en el art. 440 N°1 del código penal.

Para este tribunal se acreditó que concurren copulativamente todos los elementos del delito de robo en lugar habitado, es decir: la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, que el delincuente ingresó vía escalamiento al inmueble saltando el muro perimetral, y que por ello se revela que su intención era vencer los obstáculos para lograr el apoderamiento de estas cosas ajenas que se encontraban al interior del inmueble, huyendo del lugar de la misma manera, utilizando una escalera apoyada en el muro.

Así también, según este tribunal, quedó demostrado que los hechos ocurrieron en dependencias de un inmueble habitado, que constituía la morada de la víctima y que al momento de los hechos ésta se encontraba en el interior de esta casa junto a su familia, la cual estaba totalmente cerrada.

En contra de esta sentencia condenatoria, la Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que según esta defensa, se debieron calificar estos hechos como robo en lugar no habitado o en su defecto de un hurto, argumentando para ello que no se pudo acreditar por la contraparte cómo se accedió al inmueble, y que el lugar donde se verificaron los hechos era un patio a distancia de la casa, y dada la dependencia y funcionalidad de la vivienda, no puede considerarse como lugar habitado. Agrega que, en este caso, no se discute que el actuar del acusado, se realizó en el patio del domicilio de la víctima y no en la casa habitación que existía en el lugar, y además que, los actos ejecutados por su representado se dirigieron únicamente al equipo de música y en ningún momento intentó ingresar en la casa

habitación. Concluye que, para determinar si estamos en una dependencia de un lugar habitado, no basta atenerse a un criterio espacial o de cercanía con el inmueble residencia de la familia, sino que se requiere que haya una relación de subordinación con aquél, que haya una comunicación interna y que cumpla una función complementaria, y que en este caso en particular no hay una relación de funcionalidad del lugar en donde se encontraba el equipo de música con respecto a la casa habitación, y por ello se debe recalificar el delito a robo en lugar no habitado.

-Decisión del Tribunal: la 2° sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública.

Esta Corte estimó que el fallo del tribunal de 1° instancia es errado, ya que dio por establecido que la intención del acusado era lograr el apoderamiento de cosa mueble ajena que se encontraba al interior del inmueble, pero señalando que el sujeto no traspasó la puerta de acceso del domicilio de la víctima, y dando por sentada la intención del delincuente por el hecho de haber ingresado y huido por vía de escalamiento, lo cual para esta Corte no se logra acreditar, y que tampoco se verifican los elementos constitutivos del robo en lugar habitado.

Además señala que, lo que determina el escalamiento, en el robo con fuerza en las cosas, es el ingreso a un lugar habitado o no habitado por alguna de las vías del art. 440 del Código Penal, sin tener importancia la vía utilizada para huir. Por ello, para este Tribunal Colegiado, no existe suficiente prueba como para concluir la existencia de escalamiento, ni siquiera por los dichos de la víctima, ya que ésta reconoce que solamente vio al acusado cuando se encontraba al interior del patio, y que la sentencia objeto de nulidad, dio por

acreditada sin mayor análisis, afirmando que por el sólo hecho de encontrarse al interior del inmueble y por haber utilizado una escalera para huir, habría ingresado por vía de escalamiento. Agregando para ello que carece de sentido que una persona traslade por la vía pública una escalera para la consumación de un delito, lo que es contrario a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Por otro la esta Corte considera que existe un error en cuanto a l grado de desarrollo del delito, ya que no se trata de un robo consumado, ya que el acusado fue sorprendido y detenido inmediatamente por la policía, y que al momento de la detención no tenía la especie en su poder, es más la víctima señaló que no vio salir al sujeto con la especie pero que su equipo estaba fuera de su casa, por tanto, para esta Corte este es un robo en grado de desarrollo frustrado y no consumado.

2.1) Robo en Lugar Habitado

-Tribunal: 1° sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia

-Ministros: Darío Carretta Navea, María Heliana Del Río Tapia, Juan Carlos Vidal Etcheverry.

-Rol: 934-2015

-Fecha: 13-Enero-2016

-Antecedentes: “El día 31 de julio de 2015, en horas de la mañana, en circunstancias que las víctimas Luis Vargas Cisternas y Roxana Jaramillo Arriagada, se encontraban en su domicilio, la casa habitación ubicada en calle parque Puyehue N°2521 Osorno, los acusados Cristian Ríos Antilef y Luis Clement Valderas, previamente concertados para

sustraer especies, concurren a dicho domicilio e ingresaron mediante escalamiento a dicho inmueble, saltando el cerco perimetral de zinc de la parte posterior del inmueble de 1,80 metros de altura, accediendo a un corredor techado colindante, anexo, contiguo y con conectividad con la vivienda principal, sustrayendo con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, un automóvil eléctrico de niño marca Racing sport color rojo, un disco asador color negro, una caja con herramientas en su interior y un hacha, dándose a la fuga los acusados por la misma vía de ingreso hacia el inmueble colindante, ubicado en calle Collipulli N°2542, Osorno, siendo detenidos por personal de Carabineros con las especies sustraídas en su poder.”

Frente a estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, formaliza a Cristián Ríos Antileff y a Luis Clement Valderas como autores de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en el art. 440 N°1, en relación con el art. 432, ambos del código penal, solicitando una pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias legales. Fundamenta la fiscalía que se verifican los elementos constitutivos de esta figura de robo, ya que los acusados ingresaron al lugar habitado por escalamiento, saltando el cerco perimetral del inmueble de, ingresando a un corredor techado colindante, anexo, contiguo y con conectividad con la vivienda principal, sustrayendo con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, un automóvil eléctrico de niño marca Racing sport color rojo, un disco asador color negro, una caja con herramientas en su interior y un hacha, así también, el ministerio público señala que el lugar donde se llevó a cabo la apropiación se encuentra contiguo al lugar habitado, y que por ende, constituye una dependencia de ese lugar.

A contrario sensu, el abogado defensor de los acusados controvierte la figura jurídica esgrimida por la fiscalía, en el sentido de que se trataría de un robo en lugar no habitado y que el grado de desarrollo del delito es frustrado y no consumado.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno condenó a los acusados a la pena de cinco años y un día, como autores de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, en grado de desarrollo consumado, ya que realizaron todos los elementos constitutivos de esta figura penal, esto es, conductas de apropiación de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, utilizando fuerza en las cosas bajo la modalidad del artículo 440 N°1 del Código Penal, es decir, por la circunstancia de haberse sustraído, mediante el escalamiento de un cerco perimetral de zinc que resguardaba la propiedad, diversas especies muebles ajenas, las que fueron sacadas desde la esfera de custodia de sus propietarios o tenedores, consumándose de esa manera el robo.

En contra de esta sentencia el abogado de los condenados interpuso recurso de nulidad fundado en la letra b) del art. 373 del código procesal penal, por una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que la sentencia califica jurídicamente los hechos como robo en dependencia de lugar habitado, debiendo haberlos calificado como robo en lugar no habitado, estimando esta defensa que el patio posterior de la casa no puede ser calificado como dependencia del lugar habitado, ya que no concurren los elementos de subordinación, contigüidad, comunicación interna y de conjunto con el lugar habitado, concluyendo que no ha puesto en riesgo la integridad física de la víctima ni de o de los demás moradores, toda vez que existe una puerta de ingreso que separa ambos espacios físicos. En definitiva, este abogado defensor solicita que se dicte una sentencia de reemplazo condenando a sus representados como autores de

robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, lo que disminuye considerablemente la pena.

-Decisión del Tribunal: la 1° sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente, ya que según esta Corte no se incurrió en error de derecho. Según este tribunal se verificaron todos los elementos constitutivos del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, ya que hubo apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño, utilizando la fuerza para ingresar al inmueble, lo que realizaron por escalamiento, es decir, por vía no destinada al efecto, ya que los acusado ingresaron al lugar mediante el escalamiento de un cerco perimetral de zinc que resguardaba la propiedad. Así también ratifican lo señalado por el tribunal inferior, en el sentido de que efectivamente se trata de un lugar habitado, ya que donde ocurrió la sustracción fue un corredero techado colindante con la vivienda principal, concurriendo de esta manera los elementos de subordinación, contigüidad, comunicación interna y de conjunto con el lugar habitado.

3) Robo en Lugar No Habitado

-Tribunal: 1° sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta

-Ministros: Enrique Alvarez Giralt, Oscar Clavería Guzmán, Alfonso Leppes Navarrete.

-Rol: 269-2009

-Fecha: 30-Septiembre-2009

-Antecedentes: "El día 25 de abril de 2009, aproximadamente a las 23:30 horas, el acusado Roberto Enrique González Castro, ingresó mediante escalamiento al patio interior

de un inmueble ubicado en el pasaje San Lorenzo N° 1984 de esta ciudad, y una vez dentro, procedió a forzar el mecanismo de seguridad, específicamente un candado, de una pieza anexa que se encontraba en dicho patio para ingresar a ésta, sustrayendo del lugar especies consistentes en un balón de gas y un coche de guagua de propiedad de la víctima Héctor Villalobos Ahumada. Mientras el acusado permanecía dentro del inmueble, fue sorprendido por la víctima, quien lo retuvo, siendo detenido instantes después por Carabineros."

Frente a estos hechos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama condenó a don Roberto Enrique González Castro a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de desarrollo consumado.

En contra de esta sentencia, el abogado defensor del condenado interpuso recurso de nulidad fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que según esta parte ha existido un error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al calificar los hechos como robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, en circunstancias que se debió haber calificado como robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, señalando que si bien se cumplen con las circunstancias propias del delito de robo, es decir, existió apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, el ingreso al lugar se efectuó a través de escalamiento (por vía no destinada al efecto), pero que en el lugar en que se sustrajeron la especies no corresponde a un lugar habitado, ya que se trataba de una pieza anexa ubicada en el patio, la que se encontraba a diez metros del hogar de la víctima y a veinte metros del cierre perimetral, a la cual pudo entrar desarrajando un candado que mantenía cerrada la puerta de ingreso a dicha pieza. De esta manera, esta parte estima que no se trata de un

lugar habitado, ya que la pieza donde ingresa su representado no se encuentra subordinada al inmueble donde se encontraba el dueño de las especies robadas. Además agrega que, con el actuar del agente, nunca se puso en peligro la integridad física de la víctima, por lo que la calificación jurídica, acorde a los hechos, corresponde al de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado.

-Decisión del Tribunal: la 1° sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor del condenado, en el sentido de recalificar los antecedentes siendo constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado en grado de desarrollo consumado.

Para los ministros de esta Corte se trata de la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, desde el momento en que se ingresó a través de escalamiento al patio interior de un inmueble, pero con ello no queda demostrado que se trataba de un lugar habitado o no, para posteriormente el condenado forzar el mecanismo de seguridad de una pieza anexa que se encontraba en dicho patio, para sustraer las especies, es decir, en ninguna parte de los hechos fijados se menciona que se trata de un lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, de manera que, para esta Corte, ni siquiera puede inferirse que se han cumplido las circunstancias exigidas del tipo penal contemplado en el artículo 440 del Código Penal y, frente a esta disyuntiva, para esta Corte solo queda por calificar los hechos de que se trata de un lugar no habitado.

CAPÍTULO 7. ELEMENTO SUBJETIVO EN EL ITER CRIMINIS: EL DOLO

7.1. Concepto de Dolo en Materia Penal

Para la configuración de un delito doloso se requiere la concurrencia del dolo en el actuar del delincuente, pero no obstante su relevancia, este elemento subjetivo del delito no se encuentra definido por la legislación penal, siendo la doctrina la que lo ha conceptualizado. De esta manera, el único artículo de nuestro código penal que utiliza la palabra dolo es el segundo, haciendo sinónimo la expresión dolo a malicia como elementos integrantes del tipo penal, y diferenciándola de la culpa que sólo constituirá cuasidelito.

Para CURY “dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria”¹⁴⁶.

Del mismo modo, GARRIDO MONTT señala que “el dolo consiste en saber el sujeto lo que va a ejecutar y en querer hacerlo”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General, Capítulo IX. 303 p.

¹⁴⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General, Capítulo III. 96 p.

Para ambos autores, en el dolo, existe una estrecha relación con la idea de finalidad de la acción y el tipo objetivo, concluyendo que el dolo es “finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo”¹⁴⁸.

De estos conceptos se pueden distinguir claramente los elementos integrantes del dolo, estos es, un elemento intelectual o cognoscitivo y otro elemento volitivo. El elemento intelectual consiste en que el agente debe tener conocimiento de todos y cada uno de los hechos que comprenden un determinado tipo penal. Así por ejemplo, habrá dolo en el delito de hurto si el sujeto activo tiene conocimiento de que se apropia de una cosa mueble ajena. Finalmente el elemento volitivo, consiste precisamente en la voluntad de que efectivamente ocurra el resultado que trae aparejado el accionar del agente.

7.2. Dolo Eventual e Iter Criminis

En este punto queremos plantear una interesante discusión que ha surgido en la dogmática penal, sobre si es posible o no cometer un delito en grado de desarrollo tentado con dolo eventual, ya que existen autores que creen posible la concurrencia del dolo eventual en la tentativa, en cambio, otros creen que la ejecución del delito sólo es concebible con dolo directo.

¹⁴⁸ Ibid.

Dentro de quienes aceptan esta opción de la realización de un ilícito tentado con dolo eventual, destaca el connotado autor alemán Hans Welzel, quien señala que “en la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado”. Por tanto, este autor considera que, mirado desde la faz objetiva del delito, para que exista tentativa es suficiente con que se de principio de ejecución del delito, y en cuanto a la faz subjetiva, equipara al dolo que se necesita para la consumación que el requerido para la tentativa, concluyendo que “si por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa”.

Siguiendo a Welzel, en nuestro país se encuentra a Eduardo Novoa y Garrido Montt, este último ejemplifica su posición señalando que “quien coloca un explosivo en un vehículo para destruir éste, pero aceptando la muerte del conductor si éste acierta a encontrarse en aquel en el momento de la explosión, debe ser sancionado como autor de tentativa de homicidio si el conductor advierte a tiempo la presencia del explosivo y la desactiva”.

Por otro lado, quienes estiman que la tentativa sólo puede realizarse con dolo directo, están Alfredo Etcheverry y Enrique Cury. Así para Etcheverry “se exige en el sujeto representación del resultado propósito dirigido a su obtención y motivación normal. En suma se exige la voluntad finalista calificada de dolo directo”. Del mismo modo para Cury “...la tentativa implica, por definición, una búsqueda del hecho típica, cuya realización es puesta por el autor como el objeto directo de su actividad. Tal cosa es incompatible con el dolo eventual; ya que éste, como aquí se ha destacado, supone una pura actitud de aceptación respecto de un resultado que el sujeto toma como suyo para el caso hipotético que se produzca. Por eso no me parece en este caso imaginable un esfuerzo

fallido hacia la consumación”. En síntesis, para ambos autores, no es admisible la comisión de un delito en grado de desarrollo tentado con dolo eventual, ya que para que exista tentativa se requiere que el sujeto activo ejecute hechos directos que tienen por objeto la consumación del ilícito, es decir, la voluntad del delincuente está destinada a obtener el resultado, no siendo posible entonces que el agente sólo se represente y acepte como “posible” el resultado, ya que lo que éste pretende desde que da principio a la ejecución del delito, según estos autores, es la consumación del mismo.

Para el profesor Roberto Salim-Hanna, el artículo 7, de que trata la tentativa, al referirse a hechos directos señala que sólo dice relación a la faz objetiva y que no tiene alcance para la faz subjetiva; por tanto, siguiendo a Salim-Hanna “la tentativa consiste en dar comienzo a la ejecución de un crimen o simple delito cuya identidad la determinarán los hechos que objetivamente están enderezados a su obtención”. No obstante ello, para este autor, cuando se da comienzo a la ejecución de un delito este sí puede estar “perfectamente presidido por una voluntad de realización directa o eventual”, ya que al no verificarse objetivamente los hechos que se estimaron como posibles y fueron aceptados por el agente se estaría “en idéntica situación que ante una tentativa con dolo directo”. Concluye este autor que “si el dolo eventual se castiga igual que el dolo directo en nuestro sistema jurídico penal cuando la finalidad se alcanza, no se divisa el por qué no ha de hacerse igual cuando el accionar del sujeto no alcanza la orilla de la consumación”, siendo los únicos casos en que no se admite la tentativa con dolo eventual cuando el tipo penal tampoco lo admite, que son los casos de aborto, castración y mutilación, ya que en todos ellos se exige un actuar con “malicia”, es decir, con dolo directo.

7.3. Delito Preterintencional y Delito Calificado por el Resultado

El llamado delito preterintencional “tiene lugar si el agente, al realizar una conducta típica dolosa, ocasiona imprudentemente un resultado típico más grave”¹⁴⁹. De este concepto, es posible determinar que en los hechos de esta figura penal se puede distinguir la concurrencia de dos tipos de delito, esto es, la primera conducta dolosa y que constituye un ilícito de menor sanción penal, y otra culposa, no querida por el agente, pero que ocasiona un mayor resultado lesivo como consecuencia del actuar imprudente del hechor. De esta manera, para encontrarnos ante un delito preterintencional, es necesario que exista una relación de causa-efecto entre la conducta dolosa y el segundo resultado lesivo no buscado por el sujeto activo.

En síntesis, los elementos necesarios para la concurrencia de esta figura preterintencional son: 1° la intención delictiva del sujeto activo, es decir, que tenga la intención de cometer el delito, el cual es un delito de menor gravedad que aquel que posteriormente se ocasionó, a diferencia de lo que ocurre en el delito culposo en donde el agente no tiene intención delictiva presente; 2° es necesario que el resultado típicamente contrario a la ley exceda a la intención delictiva del sujeto activo; y 3° que exista un nexo causal entre la conducta dolosa y el resultado lesivo no querido por el agente.

En cuanto a su penalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han concluido uniformemente que un delito preterintencional se sanciona aplicando la regla del concurso ideal de delitos, señalada en el art. 75 de nuestro código penal, es decir, se impone la pena establecida para el delito más grave, que en este caso corresponde a la conducta imprudente.

¹⁴⁹ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. Derecho Penal Teoría del Delito, 211 p.

Así por ejemplo, en causa rol 355-2014, la Corte de Apelaciones de Valdivia, teniendo por acreditados los siguientes hechos: "Que en horas de la madrugada del día 12 de julio de 2013, la víctima Víctor González Arriagada, luego de haber estado ingiriendo bebidas alcohólicas en el sector Los Esteros de la Comuna de La Unión, se retiraba hacia su domicilio, junto a don Juan Coliboro Abarzúa, cuando repentinamente, en el callejón Niscón se encontró con el acusado Luis Vera Neira, con quien ya habían tenido rencillas anteriores, razón por la cual, González Arriagada se abalanzó contra Vera, forcejeando entre ambos, retirándose finalmente este último en dirección a su casa. Después de ocurrido este hecho, la víctima González Arriagada siguió caminando en dirección al camino principal, por el mismo Callejón Niscón, siempre acompañado por Juan Coliboro Abarzúa y cuando ya habían caminado algunos metros, sorpresiva y sigilosamente el acusado apareció por atrás y poniéndose de frente a González, acometió en su contra con un arma blanca, directamente a su cuerpo, agrediéndolo a la altura del muslo izquierdo, más próximo a la zona de la ingle que de la rodilla, lanzándole algunas groserías. La víctima se cubrió con el cuerpo de su acompañante, cayendo enseguida al suelo, lugar donde falleció momentos después. A raíz de la lesión causada a la víctima, esta resultó con un shock hipovolémico secundario a herida penetrante de muslo complicada con lesión vascular consistente en sección de la arteria femoral profunda izquierda, lesión que le causó la muerte en el mismo lugar. La víctima se encontraba en estado de ebriedad y al momento de determinar la causa de su muerte, se comprobó que presentaba una dosificación de alcohol en la sangre de 2,28 gramos por mil", estimó que estos hechos constituyen un delito preterintencional, ya que se acreditó fehacientemente que la acción cometida por el sujeto activo en contra de la víctima no tuvo por fin directo causarle su muerte, sino lesionarlo sin que se percatara de la magnitud de la herida y el desenlace que se produjo con posterioridad, a consecuencia de la lesión que le infirió, concluyendo esta Corte que el fallecimiento se trata de un resultado no querido por el hechor. Es por ello que impuso al acusado la pena presidio menor en su grado medio, como autor del delito de lesiones graves del art. 397 N°2, ya que según el art. 75 en caso de que un solo hecho

constituya dos o más delitos, solamente se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave, y como la pena del art. 397 N°2 es mayor que la del cuasidelito de homicidio se impuso la pena mayor.

Por otro lado, están los delitos calificados por el resultado, que según la doctrina nacional, constituyen una excepción al principio de culpabilidad, “donde al margen de que exista dolo o culpa, el hecho se atribuye al sujeto por la mera circunstancia de estar conectado causalmente con su actuar”¹⁵⁰. Estos delitos calificados por el resultado existen por expresa disposición legal, en virtud del cual, una conducta dolosa ocasiona un resultado lesivo más grave que el que se pretendió verificar por el actuar doloso, “resultado que puede no haber previsto y también haber sido imprevisible”¹⁵¹, siendo sancionado entonces por la pena más grave que pueda darse en los hechos. Así por ejemplo, constituye un caso de delito calificado por el resultado, el delito de incendio con explosiones que ocasiona la muerte de terceros.

De esta manera, lo que diferencia los delitos calificados por el resultado de la preterintención, es que en esta última figura penal existe un nexo causal entre la conducta imprudente o culposa y el resultado lesivo, lo que no ocurre en los delitos calificados por el resultado, siendo un caso de responsabilidad objetiva, donde sin existir imprudencia se sanciona al agente por el solo hecho de existir conexión causal entre el actuar del agente y el posterior resultado no previsto o imprevisible.

¹⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General, Tomo II, 231 p.

¹⁵¹ Ibid.

CONCLUSIÓN

Concluimos finalmente que, para poder delimitar claramente el punto en estudio, es decir, el límite que existe entre un acto preparatorio y tentativa no es posible analizarlo desde un punto de vista limitado y de manera general, sino que analizándolo en cada delito específico y según las circunstancias existentes al perpetrarse cada uno de estos ilícitos. En el Derecho Penal se analizan hechos que ocurren en la vida cotidiana y se debe extraer de estos hechos el análisis para enmarcar una figura penal y su correspondiente desarrollo en el Iter Criminis, así podremos saber cuándo un hecho es acto preparatorio de un robo o de delito de violación u homicidio, cuando habrá tentativa acabada o tentativa inacabada, y es dentro de este marco que el Ministerio Público junto con las policías al ejercer el ius puniendi, deberán tener claramente delimitado cuando un determinado hecho se trata de una tentativa o cuando no, y en el error de estos, deberá el magistrado saber cuando aplicarlo correctamente, de manera que no se vulnera el principio básico de tipicidad *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Así también, para distinguir los distintos estadios en el desarrollo cronológico del delito, es decir, desde la ideación del delito en la mente del delincuente hasta su consumación definitiva o hasta la fase de delito agotado, estimamos entonces que no es una tarea imposible delimitar las diversas fases del delito, como afirmaron ciertos autores de la doctrina, sino que aplicando las pautas que estudiamos a lo largo de esta memoria es factible delimitar cada etapa del desarrollo del delito. En este sentido, este trabajo pretende ser una pauta para estudiantes del derecho y abogados, de manera que sirva de orientación y puedan contar con las herramientas, teorías y principios que hemos señalado.

Estas pautas, en términos generales son las siguientes: atentado o puesta en peligro de manera directa al bien jurídico tutelado; proximidad o lejanía física y/o temporal de la posible víctima en los delitos contra las personas; el criterio del tercero imparcial que observe el acontecimiento del delito; que la conducta sea unívoca y no equívoca; que el delito pueda dividirse o fragmentarse en el transcurso del tiempo; las circunstancias externas al hecho en si; el contexto de la situación; el plan del autor o lo que este se propuso, para efectos de determinar el dolo en su actuar; que se hayan producido o no todos o algunas de las exigencias del tipo legal; las situaciones de hecho favorables o desfavorables al imputado de manera imparcial; la idoneidad de los medios empleados; la convicción de culpabilidad de parte del magistrado de que se ha dado comienzo a la ejecución de un delito, más allá de toda duda razonable; y finalmente, la armonía de todos los criterios ya señalados.

Además en esta memoria, hemos tratado de resolver problemáticas que han surgido en casos jurisprudenciales y de la doctrina. Somos conscientes que aún queda mucho por resolver en este análisis ya que la rica variedad de circunstancias que ofrece la vida real hacen que un texto no sean siempre suficiente para terminar con dicha labor, sin embargo, esperamos que este trabajo sea un aporte en la materia para futuros casos que se susciten.

BIBLIOGRAFIA

ARANGO DURLING, Virginia. El Iter Criminis. República de Panamá: Ediciones Panamá Viejo, 2001.

CARNEVALLI, Raúl. Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimiento de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial. Polit. Crim, (1): 1-17, 2006.

CARRARA Francesco. Cuestiones sobre la Tentativa. Santa fe de Bogotá: Temis S.A., 1992.

CONTRERAS TORRES, Raúl. El Delito de Estafa. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur, 1992.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal. Parte general. 8ª.ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal. parte general. Tomo II. 3ª.ed. Santiago de Chile: Jurídica, 1999.

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 4ª.ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005.

LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. 9ª.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. Derecho Penal Teoría del Delito. Santiago de Chile: McGraw-Hill, 1998.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Los actos preparatorios del delito Tentativa y Frustración. Santiago de Chile: Jurídica, 1999.

POLITOFF Lifschitz, Sergio, MATUS Acuña, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. 2ª.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

RAMÍREZ, María Cecilia. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso de Chile: p.133-141, 2005.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2016.