

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
“TRATAMIENTO DE LAS FASES DE DESARROLLO DEL DELITO”

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO
MIGUEL ANGEL CHAVES PÉREZ

Santiago, 11 de abril de 2013

I. ARTICULADO

Libro Primero

Título I (....)

§ A. De la punibilidad de las fases de desarrollo del delito

Artículo A. *Punibilidad en las fases de desarrollo del delito.* Son punibles el crimen consumado y la tentativa de crimen. El simple delito sólo se castigará cuando haya sido consumado, salvo que la ley prevea especialmente la punibilidad de la tentativa.

Artículo B. *Punibilidad de la tentativa.* Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del crimen o, en su caso, del simple delito, directamente, por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente producen la consumación del tipo penal y, sin embargo, ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Artículo C. *Del desistimiento de la tentativa.* Quedará exento de responsabilidad penal por el crimen o, en su caso, por el simple delito intentado, quien evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ya ejecutados, si éstos fueren constitutivos de otro crimen o simple delito.

Artículo D. *De la punibilidad de la conspiración y la proposición.* La conspiración y la proposición para cometer un crimen o simple delito sólo serán sancionadas en los casos especialmente previstos en la ley.

La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

§ B. De la aplicación de las penas

Artículo E. *De la penalidad de la tentativa.* La tentativa será sancionada con una pena desde un tercio de la pena mínima prevista para el crimen consumado hasta dos tercios de dicho mínimo.

Para la determinación de la pena dentro del marco del inciso precedente se atenderá, entre los otros factores legalmente procedentes, al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

PROPUESTA ALTERNATIVA DE ARTICULO C

Artículo C. *Del desistimiento de la tentativa.* Quedará exento de responsabilidad penal por el crimen o, en su caso, simple delito intentado, quien evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ya ejecutados, si éstos fueren constitutivos de otro crimen o simple delito.

Si dos o más personas toman parte de un crimen o, en su caso, de un simple delito, no se sancionará por tentativa a quien voluntariamente retrotraiga su contribución en la misma o evite su consumación.

Si el crimen o, en su caso, el simple delito, no se consuma por otros motivos o si la contribución aportada no produce efectos, será impune quien voluntaria y seriamente se esfuerce por desistirse de la ejecución del mismo.

II FUNDAMENTACIÓN GENERAL

a. Marco de referencia.

Toda propuesta regulativa de fases de desarrollo del delito debiese contemplar – por acción u omisión- una reglamentación para los aspectos que tanto la doctrina como el derecho comparado han asociado a esta unidad teórica. Así, esta propuesta pretende hacerse cargo de los siguientes aspectos: (i) la definición de la tentativa y el ámbito de la punibilidad de la misma; (ii) el problema de la demarcación entre actos preparatorios y actos ejecutivos punibles; (iii) la punibilidad de la tentativa atendiendo a la idoneidad del intento; (iv) el desistimiento y sus efectos; (v) la pena asignada a la tentativa en relación al delito consumado; (vi) la punibilidad de los actos preparatorios, típicamente conspiración y proposición; (vii) la fase de agotamiento del delito.

Las disposiciones legales vigentes correlativas a las que son objeto de esta propuesta son los artículos 7 a 9 del Libro Primero Título I denominado “De los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan”, bajo el “§ 1. *De los delitos*” y los artículos 50 y siguientes del Libro Primero Título III denominado “De las penas”, bajo el § 4. *De la aplicación de las penas*.

Para la preparación de esta propuesta se ha seguido –básicamente- la regulación española vigente con algunas adaptaciones que se indican en el apartado siguiente. Junto a ella, se han examinado el Código Penal alemán vigente, el proyecto alternativo de Código Penal alemán, los códigos penales españoles previos al de 1995, diversos códigos penales de países latinoamericanos, y el código penal francés. Adicionalmente se examinó el Anteproyecto de Código Penal de 2005 preparado por la Comisión Foro Penal, tanto la regulación propuesta como la discusión previa a los acuerdos consignados en “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. *Polít. Crim.* n° 1, D2, p. 1-223.

En esta propuesta se asume como punto de partida una perspectiva objetivo para el tratamiento de las fases de desarrollo del delito en nuestro Derecho. Dicho punto de partida se encuentra implícito tanto en los distintos códigos penales españoles, fuente principal de la regulación chilena, como en la regulación chilena vigente en la materia, la que se mantiene inalterable desde el comienzo de la vigencia del Código Penal en el mes de marzo de 1875. Por su parte, este punto de vista es compartido en el anteproyecto de nuevo Código Penal del año 2005.

El punto de partida, por cierto, no prejuzga la aproximación teórica a partir de la cual se realice la reconstrucción de la categoría o subsistema de las fases de desarrollo del delito. Específicamente, es posible sostener que se sanciona la tentativa de crimen ya sea por poner en peligro un objeto de protección determinado o la vigencia de una norma de comportamiento e incluso por manifestar externamente un plan delictivo contrario a derecho, causando un impresión jurídica relevante. Al mismo tiempo, la propuesta no prejuzga la pertinencia del plan o representación del autor para solucionar cuestiones problemáticas de la categoría como, por ejemplo, lo es la demarcación entre actos ejecutivos punibles y actos preparatorios impunes.

Sin perjuicio de lo anterior, y a diferencia del anteproyecto del año 2005 en que se propuso mejorar la regulación existente explicitando los criterios interpretativos

expuestos por la doctrina dominante nacional, sin cambiar la estructura ni los conceptos principales de la regulación vigente, aquí se propone actualizar la regulación chilena respecto a los modelos propuestos por los códigos modernos bajo este mismo paradigma regulativo.

b. Principales cambios propuestos

Junto con cambiar la redacción de las reglas correlativas, las principales modificaciones propuestas consisten en:

- (i) Restringir la punibilidad de la tentativa sólo para los hechos más graves, de acuerdo a la nomenclatura tradicional, para los crímenes.
- (ii) Eliminar la distinción entre tentativa de delito y delito frustrado, sin perjuicio de establecer un criterio de determinación de pena asociado al grado de ejecución del crimen.
- (iii) Establecer una regla expresa para el desistimiento.

c. Aspectos regulativos conscientemente omitidos

Si bien la fundamentación de las reglas en particular corresponde en el siguiente apartado, a continuación fundamos la omisión regulativa de ciertos aspectos propios de las fases de desarrollo del delito.

Un aspecto sólo propuesto alternativamente, pues no estamos convencidos de una regulación expresa, es la referida al desistimiento en actos colectivos. Si bien en un comienzo la secretaría técnica del Anteproyecto del año 2005 había propuesto una regulación similar a la prevista para la conspiración y proposición en el artículo 8° inciso 4° del actual Código Penal, con posterioridad a la discusión sobre dicha propuesta se decidió eliminar esta referencia “atendidas las numerosas y disímiles observaciones recibidas, lo que indicó claramente las dificultades de su positivización”. La doctrina nacional no tiene una sola posición respecto de si la regla prevista en el artículo 8° inciso 4° del actual Código Penal para la conspiración y proposición es aplicable al desistimiento de una tentativa colectiva, lo que genera una interesante discusión, en especial por el controversial requisito de tener que denunciar el delito para que el desistimiento sea considerado como eficaz.

Lo afirmado por el Foro Penal en el año 2005 es descriptivamente correcto. El derecho comparado entrega respuestas diversas a este problema, respuestas que se diferencian básicamente en si constituye un requisito para la impunidad del desistimiento que la no consumación del resultado sea imputable a la actuación u omisión de quien se desiste y, en último término, si es exigible la no consumación del delito para eximir de pena a quien individualmente se desiste de un delito, sea éste individual o colectivo. Así, por ejemplo, el Código Penal español -modelo regulativo especialmente seguido en esta propuesta- establece una asimetría entre el desistimiento de un acto individual respecto del colectivo, mientras en el primero es necesario impedir la producción del resultado, para el acto colectivo es suficiente tanto el impedir como el intentar impedir la consumación, en la medida que el intento sea serio, firme y decidido.

Haciéndose cargo parcialmente de la constatación de esta asimetría, el Código Penal alemán dispone la impunidad del intento desistido en un acto individual no sólo para quien impide la realización del resultado sino que también, cuando éste no acaezca,

para quien se esfuerce seria y voluntariamente para evitar la consumación. Mientras que para el acto colectivo basta el impedir o intentar impedir seria y voluntariamente la consumación del delito, ya sea porque el acto finalmente no se consume o porque éste se consume con independencia de su aporte anterior. Si bien ambas propuestas intentan solucionar esta problemática con reglas legales que zanján las discusiones dogmáticas sobre el punto, es evidente que existe una discrepancia que no es aconsejable zanjarla por la vía de la regulación legal. La propuesta consiste en que la regulación del desistimiento individual sea aquella que utilice la doctrina y jurisprudencia para crear los criterios de solución de casos de desistimiento individual de planes delictivos conjuntos. En esto la propuesta se aparta del modelo regulativo español.

Por todo lo anterior, y entendiendo que esta cuestión es especialmente discutible, proponemos una regulación alternativa para el desistimiento que provee una solución a este punto que será fundamentada en el siguiente apartado.

Otro aspecto omitido en el proyecto es la regulación de la provocación y de la apología, en la parte general del Código Penal a propósito del tratamiento de las fases de desarrollo del delito. Una regulación de estas características sólo se encuentra en la regulación española vigente. Tanto en el Código Penal vigente como en el Anteproyecto de Código Penal omiten una regulación de estas características. Nosotros estamos de acuerdo con ello. La provocación y la apología sólo podrían ser –eventualmente– relevantes para la parte especial del Código Penal, ya que carecen de la peligrosidad o cercanía a la lesión del bien jurídico mínima como para plantear su punibilidad. Entendemos que la regulación de la proposición y conspiración, por una parte, y de la inducción por la otra, constituyen una regulación satisfactoria del injusto que dichas conductas presentan bajo mínimos estándares de lesividad.

Finalmente, en cuanto a la regulación de la fase de agotamiento del delito, tanto nuestro derecho como el derecho comparado no conocen de una regulación explícita de la misma en la parte general de los códigos. Ahora, si bien es relevante para la aplicación e interpretación de los tipos penales la consumación del delito en un sentido formal, es decir, el acaecimiento completo de los actos y eventual resultado previsto por el tipo penal de la parte especial para sancionar a la conducta como delito consumado, también cobra relevancia la determinación del momento efectivo de la afectación del objeto de protección penal mediante actos posteriores a la consumación formal del mismo. Esta relevancia se manifiesta en diversos aspectos, como son el tratamiento eventualmente concursal de los actos posteriores a la consumación, la determinación de la actualidad de la agresión para los efectos de establecer la calificación de actos defensivos como legítima defensa y, finalmente, para la determinar la prescripción del delito. Concordando con el criterio constatado, en esta propuesta no se innova al respecto.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

1.- Denominación de los títulos y de los párrafos.

No se propone una denominación específica para el título, dado que se propone la inserción de estas reglas dentro del título I del Código Penal. La regulación debería ubicarse con posterioridad a los principios garantistas y regulativos, ámbitos de aplicabilidad de la ley penal, y criterios de atribución de responsabilidad prioritarios (básicamente dolo e imprudencia, acción y omisión).

La denominación del párrafo no proviene del derecho comparado revisado dado que, en general, las reglas relativas a las fases de desarrollo del delito se encuentran insertas en párrafos que regulan otras materias. Este es el caso de nuestra regulación, tanto la vigente como la propuesta den el Anteproyecto del año 2005, en la cual las disposiciones sobre fases de desarrollo del delito se encuentran reguladas dentro del párrafo primero del título primero del Código Penal, denominado “De los delitos”. En el caso de la regulación alemana, tanto en el Código Penal vigente como en el Proyecto Alternativo, las fases de desarrollo del delito se encuentran regulados dentro del Título II denominado “Tentativa”.

La corrección de esa denominación en el contexto alemán se derivan de que, en primer lugar, no se prevé la categoría del delito frustrado y, en segundo lugar, de que lo que en nuestro derecho se denominan como conspiración y proposición, en dicha regulación se prevé –no sin algunas precisiones que no son del caso señalar- como casos de tentativa de intervención. De tal forma, en Alemania el término tentativa permite englobar a la regulación de la categoría, lo que no ocurre en la propuesta que se formula aquí. Si bien en esta propuesta se sugiere la eliminación del delito frustrado, se propone la mantención de la regulación de la proposición y conspiración, lo que impide que el concepto tentativa comprenda a toda la regulación del título. De ahí que se proponga una denominación *ad- hoc*.

El establecimiento de un párrafo común para esta normativa tiene incidencia interpretativa también sobre la regulación de la conspiración y proposición dado que su ubicación sistemática definiría su tratamiento como una anticipación de la punibilidad para actos comúnmente considerados como preparatorios. Tanto la doctrina nacional como el derecho comparado debaten actualmente sobre la posición sistemáticamente correcta de estas figuras. Las posturas que se constatan son básicamente tres: (i) para algunos constituyen fenómenos de anticipación excepcional de la punibilidad para actos preparatorios; (ii) para otros constituyen fenómenos propios de la dogmática de la autoría y participación (de la intervención punible); y (iii), finalmente, para otros constituyen fenómenos delictivos autónomos que debiesen ser sancionados por la parte especial del Código Penal.

Si bien la previsión de estas reglas en la parte general prejuzga parcial pero no concluyentemente la respuesta a esta problemática, su previsión dentro de un párrafo común con la tentativa asienta su respuesta de acuerdo a la primera de las posiciones expuestas. Es necesario señalar que esta es la posición más aceptada por la dogmática nacional, sin embargo, en el Anteproyecto del año 2005, se propuso eliminar la referencia a esta normativa en la parte general del Código Penal.

Por su parte, la denominación “*De la aplicación de las penas*” proviene del Código Penal vigente y con ello sólo se quiere destacar la pertinencia sistemática de esta regla a un párrafo diverso del Código Penal encargado de la determinación de las penas.

2.- Artículo A. *Punibilidad en las fases de desarrollo del delito.*

Funcionalmente esta regla reemplaza al inciso primero del artículo 7 del Código Penal vigente. En ella se determina la punibilidad general del crimen y simple delito consumado, junto a la tentativa de crimen. Dejando como caso excepcional la punibilidad de la tentativa de los simples delitos.

La propuesta de restringir la punibilidad de la tentativa sólo para los hechos más graves, para los crímenes, es una modificación ya propuesta en el anteproyecto de nuevo Código Penal del año 2005. Esta propuesta tiene respaldo en el derecho comparado, específicamente, tanto en el Código Penal alemán vigente como en el Proyecto Alternativo alemán. El principal argumento a favor de esta modificación consiste en reservar el adelantamiento de la punibilidad, con las críticas de legitimidad que ello conlleva, sólo para las conductas más graves y dañosas para la sociedad. Este argumento se hace cargo tanto de una necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la determinación legal de las penas como del cuestionamiento extendido que existe en doctrina respecto de la legitimidad de la criminalización en el estadio previo a la lesión de los bienes jurídicos. Nosotros compartimos dicha aprensión.

La redacción y operatividad de la regulación propuesta es dependiente de una serie de decisiones regulativas que se adopten en este proyecto de Código Penal. Así, esta propuesta es dependiente de la mantención de la distinción entre crímenes y simples delitos, de modo que de ser suprimida ella, será necesario establecer la gravedad de los hechos que permitirían la punibilidad de la tentativa como regla general.

3.- Artículo B. *De la punibilidad de la tentativa.*

Este artículo reemplaza funcionalmente a los incisos 2 y 3 del artículo 7 del Código Penal vigente. Su fuente directa es el Código Penal español vigente, sin perjuicio de precisiones adicionales que en cada caso se indican.

En este artículo se adoptan las siguientes decisiones regulativas:

- (i) Eliminar la distinción entre tentativa de delito y delito frustrado, señalando una definición común para dichos fenómenos.
- (ii) Mantener un criterio predominantemente objetivo para la delimitación de los actos preparatorios y los actos ejecutivos, incorporando el requisito de que sean hechos *externos* los relevantes para la tentativa punible.
- (iii) Establecer una regulación positiva de la tentativa punible, descartando establecer una regla especial de impunidad de lo que suele denominarse como tentativa inidónea o delito imposible.
- (iv) Mantener una referencia a la voluntad del autor como motivo de la no consumación del delito dentro de la definición de la tentativa.

A continuación se encuentra la fundamentación de estas decisiones regulativas:

- (i) La eliminación de la distinción entre tentativa de delito y delito frustrado es un aspecto que se debatió en el comisión de foro penal para el anteproyecto de Código Penal del año 2005, pero fue desechado. En dicha oportunidad el argumento ganador se fundó en que dicha distinción correspondía a una nomenclatura tradicional en nuestro país y que tenía relevancia para efectos de la determinación de la pena aplicable a la conducta. En esta propuesta se propone desechar la distinción entre tentativa y frustración por el equívoco conceptual que ella lleva inmerso y los problemas interpretativos que ha producido en la práctica, siendo hasta la fecha no unívoca la comprensión del término frustración. Dicha categoría ha sido aplicada por la judicatura tanto como lo que para en doctrina se denomina tentativa acabada como para casos de tentativa fracasada. Este equívoco se deriva, entendemos, de que la distinción no corresponde a términos correlativos excluyentes, dado que es posible detectar casos en que se estará ante supuestos que respondan tanto al concepto de tentativa como al de delito frustrado (fracasado) de acuerdo a la terminología utilizada por el Código Penal.

Otro argumento a favor de la eliminación de esta distinción ha sido su desaparición en los modelos regulativos del derecho comparado. Así, tal como explican tratadistas españoles y fue tomado parcialmente en la discusión del anteproyecto del año 2005, la distinción entre tentativa y frustración tiene como presupuesto una mayor peligrosidad de esta última, lo que no necesariamente siempre es correcto. Por ello, tiene sentido realizar un tratamiento conjunto de los actos ejecutivos previos a la consumación, considerando como tentativa tanto la ejecución parcial como la total de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, en los términos propuestos, dejando un margen de libertad a la judicatura para que determine la pena concreta aplicable al hecho punible intentado, tomando en consideración -entre otros aspectos- el grado de ejecución del delito y la peligrosidad inherente al intento, tal como se fundamentará en la regla respectiva.

Finalmente, la referencia a los crímenes es dependiente de la demarcación de la tentativa punible propuesta en el artículo anterior.

- (ii) Tal como en el Código Penal vigente, se opta por un criterio objetivo para determinar la concurrencia de actos ejecutivos punibles, en oposición a los actos preparatorios que por definición son impunes. Este criterio se manifiesta en la definición de la tentativa como dar principio a la ejecución del crimen directamente por hechos externos. Así, se mantiene la referencia hacia el carácter directo de los actos (hechos directos en los términos del Código Penal vigente), pero ahora como adverbio de modo (“directamente”) que califica el nuevo requisito impuesto por la regulación, referido al carácter externo que deben revestir dichos hechos. El requisito de la externalidad de los hechos, por su parte, constituye una garantía del ciudadano frente al Estado, denominado comúnmente como “principio del hecho”, consistente en el reconocimiento de una esfera interna o ámbito privado del sujeto, en cuya organización no puede ser considerado un acto como perturbador para el sistema jurídico en tanto se mantenga dentro de dicho ámbito. La

referencia a una esfera interna o privada constituye una construcción moderna y normativa a lo que comúnmente, y en términos naturalísticos, se conoce como prohibición de regular los pensamientos.

- (iii) Sin perjuicio de las diferentes nomenclaturas y fundamentos de impunidad existentes en las distintas posturas dogmáticas relativas a la tentativa inidónea, en esta propuesta se asume conscientemente la posición de omitir una regulación expresa de impunidad de la tentativa absolutamente (también denominado como delito imposible). Esto se debe a que entendemos, tal como lo ha hecho la doctrina española, que la definición de la tentativa punible hace referencia a tentativas idóneas o comunicativamente relevantes, excluyendo la punibilidad de conductas no destinadas a la comisión de crímenes desde una perspectiva objetiva, ya sea por inidoneidad de los medios o del objeto del ataque. El alcance de la regla de la punibilidad de la tentativa a comportamientos que no tienen la aptitud *objetiva* de alcanzar el resultado delictivo dependerá de la reconstrucción teórica que ya realiza y continuará realizando la dogmática penal desde una perspectiva objetiva, análoga a la actual.
- (iv) La decisión de mantener la referencia a la voluntad del autor en relación a la no consumación del resultado es una previsión, si bien no imprescindible desde que se inserta una norma que expresamente declara la impunidad del desistimiento, si aclaratoria en cuanto demarca la simetría entre ambas reglas y la necesaria imputación de la no consumación del resultado al acto que cuenta como desistimiento.

4.- Artículo C. *Del desistimiento de la tentativa.*

En cuanto a la pertinencia de una regulación explícita del desistimiento, esta propuesta ya se encontraba prevista en el anteproyecto del año 2005, pero en términos diversos al propuesto en este informe. Las diferencias se basan en que en el anteproyecto del año 2005 la regulación del desistimiento es dependiente tanto de la diferenciación entre tentativa y frustración, como del no establecimiento explícito de la relevancia de los comportamientos previos al desistimiento eventualmente punibles en forma autónoma.

Si bien la doctrina y jurisprudencia nacional entienden actualmente en base a una interpretación extensiva de la regulación del delito frustrado que el desistimiento puede ser activo o pasivo, y que cualquiera de ellos permite eximir de la responsabilidad penal al autor, al proponer la eliminación de la distinción, una regla expresa para el desistimiento se torna fundamental para la persistencia de una solución de estas características para la regulación de las fases de desarrollo del delito. Si bien la definición de la tentativa punible ya hace referencia a la relevancia de la voluntad del autor para evaluar las causas de la no consumación del resultado, dicho requisito puede interpretarse como uno referido a que la no consumación del resultado sea imputable a la acción que califique como un desistimiento.

La regla propuesta proviene del Código Penal español vigente, adaptándola a la propuesta de este reporte en orden a restringir la punibilidad de la tentativa sólo para los crímenes. En ella, siguiendo a la doctrina y tradición regulativa, se exige la voluntariedad del desistimiento, evaluando los motivos que tuvo el autor para desistir de su intento –

excluyendo los casos de tentativa fracasada, por ejemplo-. Este requisito, por cierto, responde al fundamento político criminal de la categoría. Por otra parte, se prevé como requisito también para la aplicabilidad de esta exención penal, que se alcance efectivamente la evitación del delito. En cualquier caso, el desistimiento fracasado, tal como en la actualidad, tendrá la solución sistemática aceptada por la doctrina (en general, su punibilidad como delito preterintencional).

5.- Artículo D. De la punibilidad de la conspiración y proposición.

En este informe se propone mantener una regulación de la conspiración y de la proposición dentro de la parte general del Código Penal, tal como lo hace la regulación vigente y a diferencia del Anteproyecto del año 2005, el cual propone eliminar la referencia a estas categorías de la parte general del Código Penal. El fundamento para la mantención de esta previsión es básicamente sistemática, por una parte para simplificar la punibilidad excepcional de estas conductas mediante la remisión a conceptos comunes y, por la otra, tal como se señaló previamente, asignar a esta categoría un tratamiento sistemático como fase de desarrollo del delito, sin perjuicio de que también es posible interpretar y analizar estas categorías a través de la dogmática de la intervención punible.

Junto con esta decisión regulativa, en esta propuesta se intenta mantener la regulación vigente bajo el artículo 8° del Código Penal, respetando su estructura general, pero adicionando ciertos criterios extraídos también de la regulación española vigente. Así, si bien se mantiene la referencia a la punibilidad excepcional de la conspiración y proposición en el inciso primero, se elimina la referencia redundante a las palabras punibilidad y pena en la segunda parte del inciso primero actualmente vigente, adoptando por ello como una mejor redacción el modelo regulativo español vigente.

En el mismo sentido, se prefiere la definición de la conspiración y proposición de los incisos 2° y 3° del mismo artículo previsto en la regulación española al chileno vigente. Respecto de la conspiración, la propuesta regulativa española agrega como requisito para que una conducta cuente como conspiración el hecho de que no sólo dos o más personas se concierten para la ejecución (requisito común a ambas regulaciones), sino que además todos los involucrados resuelvan ejecutarlo. Este requisito determina el grado de certeza necesario para considerar el comportamiento como externo y perturbador para el sistema.

Por su parte, en el caso de la proposición, se prefiere el término *invita* previsto en la regulación española en vez del término *propone* previsto en la legislación chilena vigente, dado que de esta forma se hace explícito el carácter colectivo necesario para que estas conductas superen el límite previsto por el principio del hecho y fundamente la peligrosidad que se le asigna a estas conductas para justificar su punibilidad excepcional. La invitación evoca un acto conjunto, no necesariamente el termino proponer supone lo mismo, por eso se prefiere la primera alternativa.

Finalmente, dado las innumerables críticas asestadas por la doctrina nacional a la regla de exención de responsabilidad penal por el desistimiento de la conspiración o proposición y la falta de necesidad de la misma ante una regla expresa de desistimiento de la tentativa, aquí se propone eliminar dicha regla, dejando la regulación en un punto análogo a la actual española al respecto.

6.- Artículo E. De la penalidad de la tentativa.

Mediante la inclusión de esta regla se intenta integrar la propuesta de regulación de las fases de desarrollo del delito con la determinación de la pena prevista para los crímenes intentados. La propuesta, consistente con su punto de partida objetivo, supone una atenuación obligatoria de la pena para el comportamiento punible intentado.

Ahora, la pregunta por cómo se hace operativa esta regla de atenuación obligatoria de la pena por una ejecución parcial del crimen, sólo puede ser contestada por la regulación que la comisión prevea para la determinación de la pena. Así, de continuar con un sistema penas divididas en grados, deberá proponerse la rebaja en uno o dos grados de la pena. Por otra parte, en caso de que se proponga abandonar un sistema de penas divididas en grados, se debe dilucidar si se establecerán reglas generales de aplicación para situaciones de responsabilidad penal disminuida o cada situación preverá la forma de hacer operativa esta rebaja.

En este sentido, aquí sólo se propone una regla de atenuación obligatoria de la responsabilidad penal para los casos de tentativa punible, dejando la forma concreta de hacer operativa dicha rebaja a las formas y procedimiento de determinación legal de la pena.

Al mismo tiempo, constituye otra novedad extraída del Código Penal español vigente, y dependiente de la decisión propuesta de eliminar la distinción entre tentativa de delito y delito frustrado, la previsión de una regla de determinación judicial de la pena dentro del grado atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. De esta forma, lo que constituye en el Código Penal vigente una distinción categorial, en la propuesta constituye una distinción gradual que puede ser analizado y aplicado mediante la determinación judicial –no legal- de la pena.

PROPUESTA ALTERNATIVA DE ARTICULO C

Artículo C. *Del desistimiento de la tentativa.*

El proponer una regulación alternativa para el desistimiento de la tentativa (Artículo C) se funda en que las mismas diferencias que hemos encontrado en el derecho comparado pueden presentarse al interior de la comisión. Este es un asunto problemático, toda vez que se entrelazan tanto consideraciones dogmáticas como político criminales.

La propuesta alternativa de regulación para el artículo C consagra como inciso primero el original artículo C proveniente de la regulación española vigente, por lo que nos remitimos a dicha fundamentación. Sin embargo, los incisos segundo y tercero de la regulación propuesta no son adoptados del modelo español (que consagra el desistimiento de actos colectivos de modo diverso en el artículo 16.3 del Código Penal español), sino que corresponden a una adaptación del modelo de regulación del Proyecto Alternativo alemán.

En él, se propone una solución al problema del desistimiento en actos colectivos intercambiando la palabra *ejecución* referida al acto individual, propuesto en el inciso primero, por el *retrotraer la contribución* individual en el acto común, prevista en el inciso

segundo. Al mismo tiempo, se propone como inciso tercero una regla de impunidad para los casos en que pese a que la no consumación del resultado no sea imputable al intento de impedirlo, se reconoce como merecedor de un tratamiento especial a quien intenta voluntaria y seriamente desistirse de la ejecución del mismo. Esta regla, que pudiese ser problemática desde una fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa, reconoce la necesaria asimetría que existe entre los requisitos de la imputabilidad de una conducta y los requisitos de impunidad de una conducta, en donde los requisitos de los primeros no tienen que aplicarse necesariamente a los segundos. Es decir, si bien para sancionar un delito de resultado es necesario hacer un juicio de imputación objetiva, dicho juicio no es imprescindible para proponer la impunidad de un sujeto.

La consecuencia (implícita) de esta regla (también) es restringir la definición de la tentativa punible prevista en el artículo B, dado que no se considerará tentativa punible aquella en que la no consumación del delito sea por causas independientes a la voluntad del autor, en tanto aquél intente voluntaria y seriamente impedir el resultado.