

EL ENGAÑO COMO INTIMIDACIÓN Y LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA FRACASADA EN EL DELITO DE ROBO

Rodrigo Peña Sepúlveda

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Magíster en Derecho Penal Universidad de Talca / Universidad Pompeu Fabra
rodrigo.pena13@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar dogmáticamente dos de los problemas más discutidos al momento de abordar el estudio del delito de robo, a saber, la posibilidad de admitir como intimidación a una falsa representación de la realidad (engaño causado por un tercero) que hace que la víctima disponga de sus bienes y la punibilidad de la tentativa fracasada, esto es, aquella situación en que el imputado reconoce que la realización del delito se ha vuelto imposible.

Palabras clave: *Robo, intimidación, engaño, tentativa fracasada.*

ABSTRACT

This paper aims dogmatically analyze two of the most discussed when addressing the study of crime of theft, namely problems, the possibility of admitting as intimidation of a false representation of reality (delusion caused by a third party) that makes the victim disposing of his property and criminal liability of the unsuccessful attempt, that is, the situation where the defendant acknowledges that the realization of crime has become impossible.

Keywords: *Theft, intimidation, deception, unsuccessful attempt.*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo fue escrito, inicialmente, bajo la modalidad de un informe en derecho, redactado como parte del proceso de titulación del Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca y Pompeu Fabra. El caso que se analizó en aquella oportunidad fue el siguiente:

“Doña Paulina fue abordada por el imputado premunido de un fierro, el que portaba en un bolso simulando poseer un arma de fuego hechiza, apuntó a la víctima exigiéndole bajo amenaza la entrega de su teléfono celular, a fin de apropiárselo, no logrando su objetivo pues la víctima logró huir. 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.”¹.

Al enfrentarme al análisis de dicha situación fáctica fueron dos los problemas que concentraron mi atención, primero, determinar si la intimidación necesaria para configurar el ilícito de robo era posible de configurar a través de un engaño y segundo la posibilidad de castigar penalmente la tentativa, que en el caso en cuestión presentaba una serie de circunstancias que, a primera vista, podían hacer pensar en un desistimiento de la misma, lo que conllevaría su impunidad.

Respecto de la primera interrogante (¿es posible que la intimidación se produzca a raíz de un engaño?) se buscará establecer si resulta o no determinante, para el perfeccionamiento del tipo penal robo, el hecho de que la intimidación se realice a través de argucias o engaños, o sí, por el contrario, dicha situación se presenta como indiferente para la configuración del referido delito.

A su vez, ya en relación a la posibilidad de castigar penalmente la tentativa, se distinguirá entre el desistimiento y el fracaso de la misma, para lo cual habrá de atenderse a la posibilidad o imposibilidad de consumación del delito, más allá de la posibilidad de repetición de acciones tendientes a perfeccionar el ilícito.

¹ El referido caso fue conocido y fallado por la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia Rol N° 817-2015, de 17 de junio de 2015.

2. EL DELITO DE ROBO

De acuerdo a lo que señala el artículo 432 del Código Penal comete el delito de robo con violencia o intimidación el que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro se apropia de cosa mueble ajena utilizando los medios ya señalados.

Por su parte, el artículo 439 del mismo cuerpo legal establece o define a la intimidación, en relación al delito de robo, como aquellas amenazas hechas con el objeto de que se entreguen o manifiesten las cosas, o para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.

El robo con intimidación es un delito de aquellos denominados pluriofensivos, es decir, aquellos ilícitos que afectan a más de un bien jurídico. Tal aseveración es prácticamente unánime, no existiendo mayor discusión doctrinaria respecto al punto².

Si bien nadie pone en duda que uno de los bienes jurídicos vulnerados, en el robo con intimidación, al igual que ocurre en el delito de hurto, es la propiedad, el problema surge al intentar determinar cuál o cuáles serían los otros bienes jurídicos que resultan agraviados por este ilícito³. Hay quienes postulan que dichos bienes jurídicos serían la seguridad y la integridad de las personas⁴, otros postulan que serían la vida y la salud o integridad de las personas⁵, mientras que algunos sostienen que serían la libertad, la salud y la vida de las personas⁶.

Por mi parte, adhiero y considero correcta la postura sostenida por los profesores Bascuñán,⁷ Oliver⁸ y Mañalich⁹, para quienes el bien jurídico, distinto a la propiedad, que se vulnera a través de la comisión de un robo con violencia o intimidación es la libertad de actuación, en cuanto posibilidad de autodeterminación de la víctima.

En virtud de lo señalado anteriormente es que podemos afirmar, tal como extensa y magistralmente lo expone el profesor Bascuñán Rodríguez en su artículo "El Robo como Coacción"¹⁰, que el delito de robo con intimidación se compone tanto por el injusto del hurto, como por el injusto de la coacción. Con ello, rechazamos la postura sostenida por el

² Entre otros, BULLEMORE Y MACKINNON, 2005, p. 87.; GARRIDO MONTT, 2010, p. 195.; MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 76.

³ Al respecto véase OLIVER, 2013, p. 274.

⁴ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2010, p. 356.

⁵ ETCHEBERRY, 1998, p. 335. También, MERA FIGUEROA, 1995, p. 113.

⁶ GARRIDO MONTT, 2003, p. 195.

⁷ BASCUÑÁN, 2002, pp. 58 y 59.

⁸ OLIVER, 2012, p. 276.

⁹ MAÑALICH, 2006, p. 66.

¹⁰ BASCUÑÁN, 2002.

profesor Mera Figueroa en su libro “Hurto y Robo”¹¹, quien, en un afán de restringir los casos que deben ser considerados constitutivos de delitos de robo con violencia o intimidación, impone exigencias y estándares de gravedad a los medios comisivos de dichos tipos penales que no se corresponden con nuestra legislación.

1.1. El engaño como intimidación

La posibilidad de admitir como intimidación a una falsa representación de la realidad, manifestada o representada por el agente, con el objeto de hacer creer a la víctima que sufrirá un mal que afecte su vida o su integridad física (o la de un tercero presente) y, de este modo, acceder a las especies que pretende apropiarse, no obstante que, en concreto, carecía de los medios necesarios para ocasionar efectivamente la lesión prometida, ha sido materia de ardua discusión en la doctrina tanto nacional como internacional, lo que deriva de la postura sostenida por los autores en relación a los bienes jurídicos vulnerados por el delito de robo, como se señalara en los párrafos anteriores.

La intimidación mediante una amenaza de proferir un mal que no se puede causar con los medios del agente en el momento de efectuar el acto intimidatorio, incide en la verosimilitud que dogmáticamente se ha exigido para configurar la intimidación¹².

Al respecto, como consecuencia de la concepción que se adopte del ilícito de robo con intimidación —y fundamentalmente, en relación a si es necesario o no para su configuración que se presente un peligro potencial y concreto para la vida o integridad física de la víctima—, el problema del error en el que se hace incurrir al sujeto pasivo en el medio que se pretende utilizar para provocar el mal prometido, se mirará derechamente desde la perspectiva del objeto —y su suficiencia o eficacia para producir el mal— o desde el prisma de la situación relacional entre los participantes del acto comunicativo, esto es, el agresor —emisor del mensaje— y el agredido —receptor de la amenaza—.

Desde la perspectiva del objeto, los acontecimientos respecto de los que se elabora este informe presentan una doble peculiaridad, ya que el sujeto amenaza con ocasionar un mal con un arma que no porta, pero de todos modos lleva consigo un objeto contundente.

Si solo se tratase de un engaño consistente en aparentar un arma que no se tiene mediante algún otro objeto que carece de la suficiente entidad como para potencialmente hacer peligrar la vida o la integridad física del intimidado, en el evento de concretarse la amenaza, entonces cabría concluir que en dicho supuesto no se podría configurar un delito

¹¹ MERA, 1995.

¹² En este sentido, MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 83, señala que “lo que se exige es que la *amenaza* exista, esto es, sea verdadera, no *el mal con que se amenaza*, el que sólo debe ser verosímil”.

de robo con intimidación¹³. Sin embargo, en el caso propuesto se trata de un agente que emplea, para aparentar la existencia de una escopeta hechiza, un fierro. Y es en la naturaleza de este último objeto donde, dentro de la corriente que se analiza, aparece una solución opuesta a la planteada, esto es, en la especie, que el mal con el que se amenaza puede ser potencialmente causado con dicho objeto, afectándose en concreto a la vida o la incolumidad física de la intimidada, lo que pareciera no obstaculizar su calificación como robo con intimidación.

Si se analiza la admisibilidad del engaño como intimidación desde el prisma de la situación relacional entre los participantes del acto comunicativo, se exige que el mal prometido sea serio, esto es, que exista; que sea grave, esto es, que se dirija a atacar la vida, o la integridad física del amenazado o de un tercero presente; verosímil, cuestión que se abordará en el párrafo siguiente, y concreto, esto es, que sea inmediato o inminente¹⁴.

Se trata, para configurar la verosimilitud del mal, del empleo de medios intimidantes que siendo o no idóneos para causar el mal prometido, tengan la entidad de producir en la víctima un sentimiento de miedo ante la probabilidad del daño que se ofrece causar¹⁵. Por ello, analizando los supuestos fácticos desde la perspectiva de la relación de comunicación entre los sujetos y no desde el objeto empleado para intimidar, lo determinante para saber si se configura o no la intimidación es si el mal es posible de ser realizado a ojos del ofendido¹⁶: un daño que se presenten como objetivamente peligroso para la libertad y no necesariamente para la vida o integridad física¹⁷.

La producción o no de una alteración psíquica en la víctima como consecuencia de la amenaza que le profiere el agente, debe ser analizada ex ante, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el hecho, esto es, el tiempo y lugar en que se

¹³ En este sentido, MERA, 1995, p. 134, quien para estar en presencia de hechos susceptibles de ser subsumidos en un robo con intimidación exige que el mal con el que se amenaza no solo sea verosímil, sino también “verdadero”, y ofrece como solución en estos casos a calificar al hecho como hurto.

¹⁴ Por todos, MATUS y RAMÍREZ, 2015, pp. 83-85.

¹⁵ Al efecto, véase sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 2425-2003, de 29 de marzo de 2006.

¹⁶ PÉREZ MANZANO, 1998, p. 402.

¹⁷ MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 83. Sin embargo, con posterioridad, estos autores, que parecieran adherir al análisis de la verosimilitud de la intimidación desde una perspectiva de los sujetos y no del objeto, señalan, en la p. 84 de la obra referida, que “Sin embargo, un mal absolutamente imposible de causar (como el aparentado por la persona esmirriada y sola que amenaza a otra con un arma que ostensiblemente es de juguete o utilería) excluye la punibilidad por este título, al faltar el peligro para el bien jurídico protegido (la integridad y seguridad de las personas)”. El párrafo transcrito no hace sino volver a una conceptualización de la intimidación, en cuanto a su verosimilitud, que se erige desde el objeto y su capacidad potencial para lesionar la vida o la integridad física, y no desde los sujetos, donde la verosimilitud debe ser asociada a la capacidad de la amenaza para hacer creer a la víctima que si no accede a la entrega de las cosas se le ocasionará un mal en su vida o integridad física, atentándose así derechamente contra su libertad y autodeterminación, coaccionándose su voluntad. Por ello, si se emplea un arma que a todas luces es de utilería, entonces no se configurará la intimidación porque la amenaza no es capaz de doblegar la voluntad de la víctima en pos de la entrega o facilitación de la apropiación pretendida por el delincuente.

perpetran, así como también las características propias de la víctima, es decir, su edad, superioridad física, entre otras.

De este modo, la verosimilitud vista desde la perspectiva de los sujetos aparece configurada y da lugar a que la intimidación sea un elemento patente en la conducta cuya responsabilidad penal se indaga.

En síntesis, tanto en un análisis que centra el foco de la discusión en la creación de un peligro concreto para la víctima que afecte su vida o integridad física, donde el elemento que se porta, si bien no es el arma con la que se promete dañar, tiene la suficiencia necesaria para afectar los bienes jurídicos aludidos, como también en un análisis que discurre sobre la base de una situación relacional entre los involucrados en el acto comunicativo, donde el núcleo de la problemática se basa en sí en el caso concreto, se afecta la psiquis de la víctima al punto de restringir, perturbar o limitar su libertad de autodeterminación (como consecuencia de la promesa de afectar su vida o integridad física), la respuesta es la misma: se configura la intimidación requerida para calificar al hecho como un robo con violencia e intimidación. La diferencia entre una u otra concepción de este elemento del ilícito, sin embargo, se imprime en las razones que en cada supuesto se tienen para llegar a las conclusiones antes planteadas: en la primera teoría, el elemento contundente permite entender que se ha producido una afectación potencial y concreta de los bienes jurídicos vida o integridad física; en la segunda teoría, el engaño es de tal entidad que se afecta la libertad de autodeterminación de la víctima¹⁸.

3. GRADO DE DESARROLLO DEL DELITO (ITER CRIMINIS)

3.1. El problema de la idoneidad del acto intentado.

La sanción de la tentativa de delito¹⁹ (art. 7 CP) puede ser definida como aquel caso donde el destinatario de la norma no realiza íntegramente el supuesto de hecho previsto en ella, denominándose en el derecho chileno como *tentativa* o *frustración*²⁰. Así, existiendo la voluntad del agente por realizar la infracción, esta no se produce en forma completa (es decir: no alcanza la etapa de consumación) por causas ajenas a su control, sea porque en el caso de la tentativa no hay una acción completa, sea porque en la frustración no se da el resultado típico por un defecto de la acción ejecutada²¹. Por lo anterior, la frustración sólo puede darse respecto a los delitos de resultado mientras que la tentativa común a estos y a

¹⁸ BASCUÑÁN, 2002, p. 105: "El miedo inducido mediante engaño es temor y no error".

¹⁹ Al respecto, y a modo ilustrativo, véase sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 17714-2016, de 5 de mayo de 2016

²⁰ SCHURMANN, 2016, pp. 411-412.

²¹ BALMACEDA HOYOS, 2014, p. 252.

los delitos de mera actividad²². En relación al delito de robo con intimidación simple, se trataría de un delito de mera actividad por lo que la frustración resultaría conceptualmente imposible²³.

Sin perjuicio la regla expresa del art. 7 CP sobre el castigo de la tentativa, los supuestos de hecho que resultan punibles como tentativa de delito se encuentran condicionados en gran parte por el modelo dogmático que se adopte para la elaboración de la teoría general del delito²⁴. Por lo anterior, el problema sobre el castigo de la tentativa constituye un intrincado problema de la parte general que hasta la fecha no encuentra consenso generalizado²⁵. No obstante lo anterior, la discusión puede ser acotada a efectos prácticos si se considera la aplicación de la teoría del bien jurídico como eje interpretativo de la parte especial²⁶, lo que permite centrar la discusión, tal como lo ha realizado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia chilena²⁷, en las denominadas *teorías de la peligrosidad*²⁸. Desde este punto de vista, la tentativa sólo resultaría punible en la medida que esta configure una puesta en peligro para el bien jurídico objeto de la agresión²⁹. De esta forma lo sancionado sería la *peligrosidad* de la acción en relación a su probabilidad de menoscabar el bien jurídico³⁰.

A partir de esta base conceptual inicial surge en todas las construcciones una distinción ulterior: la tentativa sería *idónea* o *inidónea*³¹ según se verificara como un intento útil o inútil para alcanzar la respectiva consumación del delito³², aspecto que desde las teorías de la peligrosidad coincide con el determinado menoscabo -peligro o lesión- del bien jurídico protegido.

En el contexto de este modelo dogmático se pueden constatar dos principales métodos para determinar la idoneidad de la tentativa.

El primero, mayoritario en la doctrina nacional, consiste en evaluar la peligrosidad de la acción mediante la asunción por el juez de una perspectiva *ex ante*: se trataría de un juicio

²² CURY URZÚA, 2005, p. 565.

²³ OLIVER, 2013, p. 301.

²⁴ MAÑALICH, 2004, pp. 140-151.

²⁵ Una síntesis de las diferentes alternativas vigentes en: SCHURMANN, 2016, pp. 414-424.

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, 2001, pp. 82-93.

²⁷ SCHURMANN, 2016, pp. 61-62.; GARRIDO MONTT, 2003, pp. 275-276.; POLITOFF, 2004, pp. 138-139.

²⁸ ALCÁCER GUIRAO, 1996, pp. 481-489, 496-508. De ahí que esta perspectiva de reconstrucción de la parte especial permita descartar a efecto del presente análisis las denominadas *teorías subjetivas*, basadas en la exclusiva representación del autor (como sostiene en nuestro medio Enrique Cury), la *teoría de la impresión*, la teoría *mixta* o unificadora (Roxin) y la moderna *teoría de la expresión* (Jakobs). Al respecto: MAÑALICH, 2004, pp. 140-151.; SCHURMANN, 2016, pp. 414-424.

²⁹ SCHURMANN, 2016, p. 413.

³⁰ ALCÁCER, 1996, pp. 482-483.

³¹ FARRÉ TREPAT, 1986, pp. 345-403.

³² SCHURMANN, 2016, p. 423.

de peligrosidad efectuado por un observador objetivo desde la posición del autor del delito, lo que incluiría todos sus conocimientos especiales, efectuado de acuerdo al preciso momento de realizar la acción³³. La adopción de este criterio excluiría siempre todos los casos de tentativa *ex ante* no peligrosa, pero abarcaría los de tentativa *ex post* no útiles: tentativa punible sería toda la que se encuadra dentro del concepto de *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* en los términos de la actual teoría de la imputación objetiva³⁴.

Por el contrario, el segundo método consiste en la adopción de una perspectiva *ex post*³⁵: se trataría de un observador omnisciente, considerando todos los factores conocidos y no conocidos por el autor que tuvieron relevancia para impedir la consumación del delito³⁶. Lo relevante de este modelo es que el método empleado permite distinguir entre tentativa *absolutamente* inidónea y *relativamente* inidónea: en el primer caso, la conducta nunca podría realizar el delito (por inidoneidad del *objeto*, de los *medios* empleados o del *sujeto*) y debería restar impune; mientras que en el segundo, como ella en general sería adecuada para generar la consumación, pero en el caso concreto no se darían las circunstancias para ello, podría estimarse como punible³⁷.

Bajo la comprensión del delito de robo como un delito de coacción, habría tentativa desde cuando se empieza a ejercer violencia o intimidación encaminada a la apropiación³⁸. En la medida que se comprenda la estructura del robo conformada por el injusto del hurto y el injusto de la coacción, el ejercicio de intimidación en forma previa a la recepción coercitiva de la cosa ajena operaría ya como principio de ejecución del delito³⁹. Lo anterior debido a que objetivamente se exteriorizaría la acción coercitiva como también el componente subjetivo dirigido a la apropiación lucrativa de la cosa.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la adopción de la perspectiva *ex ante* o *ex post* para la evaluación de la idoneidad de la tentativa, en este caso concreto, permite arribar a la misma solución práctica.

En la medida que la afectación del patrimonio bajo la concepción del robo como coacción se efectúa a través de la afectación de la libertad de autodeterminación de la víctima, desde

³³ MAÑALICH, 2004, pp. 148-151. Defienden una posición *ex post* de evaluación de la peligrosidad de la conducta, Felipe Caballero, Jorge Mera y (matizadamente), Eduardo Novoa.; SCHURMANN, 2016, pp. 424-427, 430-431.

³⁴ ALCÁCER, 1996, pp. 481-508.; MAÑALICH, "La tentativa", cit. nota n. 22, pp. 140-141.

³⁵ En esta línea: CABALLERO, 2010, pp. 125-131.; MERA, 2011, p. 158. Y al menos así se deduce, con matices, en: NOVOA, 1963, pp. 51-60.

³⁶ SCHURMANN, 2016, p. 448.

³⁷ GARRIDO, 2003, p. 290. Destaca que esta perspectiva sólo resulta posible desde un criterio de evaluación *ex post*: SCHURMANN, 2016, p. 429, p. 435.

³⁸ OLIVER, 2013, p. 300.

³⁹ Así lo destaca respecto a la tipificación de la hipótesis de robo calificado del art. 433 CP: BASCUÑÁN, 2002, p. 85.

el punto de vista del imputado, *ex ante* el engaño aparece como idóneo para generar peligro para dicho bien jurídico: de acuerdo a los antecedentes del caso, un observador promedio con los conocimientos del autor no podría haber sabido que la víctima reaccionaría de tal manera, por ende, *ex ante* el intento reviste la peligrosidad necesaria para materializar una tentativa punible.

Tratándose de un observador omnisciente que considera *ex post* la información ajena a los conocimientos del autor que impedirían la consumación del delito, consistente en la conducta sobreviniente de la víctima, la cuestión pasa por identificar bajo este preciso aparato teórico que tipo de tentativa se ha configurado. Si se considera que se trataría de una tentativa *absolutamente* inidónea por el medio comisivo empleado, sería una tentativa no punible. Por el contrario, si se considera una tentativa *relativamente* inidónea, en el sentido de que abstractamente el engaño empleado serviría para constreñir a la víctima, pero que, por las circunstancias del caso, dado que esta no habría considerado seriamente la intimidación, se trataría de una tentativa punible⁴⁰. De acuerdo a los antecedentes aportados, no existen elementos probatorios que permitan deducir que se trata de una tentativa *absolutamente* inidónea.

¿El hecho de que el autor no reitere un intento de coacción, podría considerarse como un desistimiento liberador de pena? La respuesta afirmativa implica la existencia del *desistimiento*, en caso contrario, habría una tentativa *fracasada* y, por lo tanto, punible. El denominado *fracaso de la tentativa* consiste en la situación donde el autor reconoce que su realización se ha vuelto imposible e implica necesariamente la inadmisibilidad del desistimiento⁴¹.

La controversia puede ser estudiada generalmente desde dos puntos de vista vinculados a las exigencias del desistimiento⁴². En términos dogmáticos, la discusión apunta a si la imposibilidad de consumación del robo debe evaluarse en *abstracto* o bien atendiendo la precisa forma *en concreto* de ejecución del delito, por una parte⁴³, y de si obedece a un acto *voluntario* o *involuntario* del autor⁴⁴, por otra.

El primer problema reconduce la atención al punto de vista desde el cual debe ser evaluado el abandono *definitivo* de la acción por el autor. Si el hecho se entiende *en abstracto*, habría desistimiento si el autor renuncia a futuro de toda forma equivalente de

⁴⁰ Al respecto: POLITOFF, 2010, p. 109.

⁴¹ NUÑEZ PAZ, 2003, p. 157.

⁴² En general, para que en el caso del delito tentado se pueda apreciar un desistimiento liberador de pena se exige un (i) abandono de la ejecución del delito, que (ii) subjetivamente se pueda atribuir a la voluntad del autor (iii) en forma definitiva. Por todos: COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, pp. 150-154.

⁴³ POLITOFF, 2004, pp. 229-230.

⁴⁴ MAÑALICH, 2004, pp. 170-174.

atacar el bien jurídico, por el contrario, habría desistimiento *en concreto* si el autor abandona la específica acción realizada sin intención de reiniciarla⁴⁵. Lo anterior se traduce en si basta la intimidación o debe añadirse la posibilidad de que el autor hubiese empleado violencia como forma alternativa de ejecución de su acción. En el derecho nacional esta segunda opción resultaría mayoritaria⁴⁶.

Sin embargo, este punto de vista debe ser complementado por las exigencias subjetivas del desistimiento. La doctrina comparada ha señalado que el delito fracasado implica que, *desde la propia representación del agente*, ya no existiría posibilidad de consumación del intento, de manera que el abandono de la ejecución ya no respondería a su voluntariedad en tanto fundamento del desistimiento⁴⁷: “este abandono debe analizarse considerando la visión que el autor tenía de su actuar, incluido el plan por él concebido, como también las condiciones fácticas, reales existentes”⁴⁸. En palabras de Enrique Cury, refiriéndose a la voluntad de abandonar la ejecución: “cuando [el autor] estima que ya no le será posible concluir la retirada, no es una decisión suya sino una imposición de las circunstancias”⁴⁹.

Para Claus Roxin la tentativa es *fracasada* (y por ende punible) cuando el autor se dice “no puedo alcanzar el objetivo, aunque quiera” de acuerdo a la concreta ejecución del tipo⁵⁰. La creencia por el autor de que la realización del tipo es imposible sería lo que fundamenta su castigo a título de *tentativa fracasada*⁵¹. En este sentido Mario Garrido señala: “El principio a seguir en esta materia consiste en que la voluntaria interrupción de la ejecución del hecho debe constituir, en la realidad material, el impedimento de su consumación”⁵².

La existencia de una tentativa punible a título de fracaso del intento dependerá de si puede estimarse que dicha decisión fue tomada por haberse convencido el autor de que la obtención de la sustracción resultaba imposible. Dicho de otra forma, el problema se reduce a dilucidar si ante la variación de las circunstancias previstas por el autor cabe todavía hablar de una posibilidad (o imposibilidad) de consumir el robo o en su caso, desistirse del mismo⁵³.

⁴⁵ POLITOFF, 2004, p. 230.

⁴⁶ Así se desprende de las exigencias mayoritarias para configurar el desistimiento. Al respecto y por todos: COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, pp. 150-154. Expresamente: POLITOFF, 2004, p. 230.

⁴⁷ MAÑALICH, 2004, p. 172.

⁴⁸ GARRIDO, 2003, p. 281.

⁴⁹ CURY, 2005, p. 571.

⁵⁰ ROXIN, 2014, p. 618, 621.

⁵¹ ROXIN, 2014,, p. 622.

⁵² GARRIDO, 2003, p. 282.

⁵³ MAÑALICH, 2004, p. 173.

En doctrina este caso se denomina como el problema del acto ejecutivo susceptible de repetición⁵⁴. ¿La posibilidad de reiterar en concreto la ejecución del hecho permite hablar de desistimiento a la realización del tipo? Para un sector de la doctrina, representado por Claus Roxin, si de acuerdo a la representación del autor se puede en un tiempo inmediato continuar la realización mediante una repetición o modificación de la ejecución, debería apreciarse el desistimiento y no el fracaso. Para otro, representado por Günther Jakobs, la decisión de no reiterar el intento sólo puede ser interpretada como un comportamiento posterior al hecho y no como una modificación del mismo⁵⁵.

Consideramos que la respuesta es la punibilidad del intento (fracasado) sobre la base de la tesis de Claus Roxin. En primer lugar, debe evaluarse la *concreta realización típica*, es decir, el empleo de intimidación para obtener la sustracción. Ante la declaración de la víctima, el imputado detiene el proceso ejecutivo *a título de intimidación*. Dado que la consideración subjetiva del autor resulta muy relevante al momento de diferenciar fracaso de desistimiento, la liberación de pena sólo puede quedar entregada a que se pueda hablar de que el agente *perciba una posibilidad de continuación que reconozca como adecuada para él* y a pesar de ello, se abstenga de realizarla⁵⁶.

Al respecto, Claus Roxin señala el siguiente ejemplo: “Sin embargo, si la esposa derrama la bebida envenenada que su marido había preparado para ella, no existe desistimiento del marido por el hecho de que no recurra el cuchillo de cocina o a un objeto que sirve para golpear. Pues el que prepara un envenenamiento no está dispuesto por ello, sin más, a realizar actos violentos; por lo que su omisión no constituye un ejercicio de reversión. Tampoco estrangular es algo que valga para todos los autores de homicidio. Por lo que, si los autores de nuestros casos 1-3 (nm. 175, 181, 182), después del fracaso de los métodos delictivos que emplearon en primer lugar, no hubieran pasado a intentar estrangular a sus víctimas, debido a que tal método no les iba (por lo que ni siquiera hubiesen llegado a tomarlo en consideración), no existiría desistimiento”⁵⁷.

Por lo anterior, creemos que para el agente no se visualizaba posibilidad alguna de continuar con la ejecución del delito sin llegar a ser descubierto, de manera que la decisión de abstención obedece al convencimiento de lo imposible que sería lograr intimidar nuevamente a la víctima mediante el engaño.

⁵⁴ ROXIN, 2014, p. 632.

⁵⁵ MAÑALICH, 2004, p. 173.

⁵⁶ ROXIN, 2014, p. 659.

⁵⁷ ROXIN, 2014, p. 659.

4. CONCLUSIÓN

Si bien no podemos sino elogiar los esfuerzos dogmáticos llevados adelante por gran parte de la doctrina nacional por tratar de atenuar los graves efectos y altas penalidades que conlleva la perpetración de ilícitos como el robo con intimidación, así como la supuesta desproporción en la que parece caer nuestro legislador al castigar los referidos delitos como consumados aun cuando se encuentren en carácter frustrado o tentado, tampoco podemos permitir, a toda costa que, situaciones como las analizadas en este trabajo y que vienen a situarse en el límite de lo jurídicamente punible queden sin reproche penal alguno.

Como el lector habrá podido percatarse el objetivo de este artículo no es otro que poner el acento en dos de las problemáticas más frecuentes y discutidas en torno al delito de robo con intimidación, en primer lugar, la forma de dar lugar a la referida intimidación, y en segundo término, el análisis del iter criminis en esta clase de ilícitos.

Respecto de lo primero, a mi juicio, la respuesta correcta se obtiene entendiendo el delito de robo como coacción y aceptando con ello que la intimidación está supeditada a doblegar la posibilidad de la víctima de autodeterminarse, con prescindencia de si el ataque que cree estar a punto de sufrir y que lo lleva a disponer de sus bienes es real o no, siempre y cuando, dicha situación se analice sobre las bases de razonabilidad mínima que impidan que dicha determinación quede a discreción del ofendido.

En relación al segundo punto, esto es, la punibilidad de la tentativa del delito es necesario distinguir entre el desistimiento de la misma (no punible) y la tentativa fracasada, siendo claro, en mi concepto, que esta última escapa por completo de la voluntad del agresor, siendo por ello, plenamente punible.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (1996), «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fasc. II.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2001), *Tentativa y formas de autoría*, Madrid: Editorial Edisofer S.L.

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Santiago: Editorial Librotecnia.
- BASCUÑÁN, Antonio (2002), «El Robo como Coacción», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, Chile.
- BULLEMORE/MACKINNON (2005), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- CABALLERO, Felipe (2010), «Tentativa inidónea y su punibilidad en el derecho español», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13.
- COUSO, Jaime (2011), *Código penal comentado: libro primero (Art. 1° a 405) Doctrina y jurisprudencia*, en COUSO, Jaime/HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs.), Santiago, Legal Publishing.
- CURY, Enrique (2005), *Derecho Penal. Parte General*, 7° Edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998), *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 3° Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FARRÉ TREPAT, Elena (1986), *La tentativa del delito, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Librería Bosch.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003), *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3° Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010), *Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, 4° Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2004), «La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2006), «El 'Hurto-Robo' frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Chile.
- MATUS/RAMÍREZ (2015), *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, t. II, 3° Edición, Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- MERA FIGUEROA, Jorge (1995), *Hurto y Robo*, Santiago: Editorial Lexis Nexis.

- MERA FIGUEROA, Jorge (2011), «Comentario artículo 7º», en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal Comentado*, Santiago: Editorial Legal Publishing, 2011.
- NOVOA, Eduardo (1963), «El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Concepción*, N° 124.
- NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel (2003), *El delito intentado*, Madrid: Editorial Colex.
- OLIVER, Guillermo (2012), «Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo», *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña Del Mar, N° 8, Chile.
- OLIVER, Guillermo (2013), *Delitos contra la propiedad*, Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1998), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Volumen II*, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.), Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- POLITOFF, Sergio (2004), *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2010), *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2º Edición*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, Claus (2014), *Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, T. II, Primera Edición, Trad.: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Director), Navarra: Ed. Aranzadi.
- SCHURMANN, Miguel, (2016), «¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas», en CÁRDENAS, Claudia; FERDMAN, Jorge (Coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago: Editorial Thomson Reuters.