

## LA FRUSTRACIÓN EN DELITOS DE MERA ACTIVIDAD A LA LUZ DE DETERMINADAS SENTENCIAS\*

MARÍA CECILIA RAMÍREZ\*\*  
Ministerio Público

### RESUMEN

De acuerdo a la posición doctrinaria mayoritaria no se concibe la frustración como forma de imperfecta ejecución en los delitos formales o de mera actividad. Éstos darían lugar sólo a la tentativa; en cambio, sí sería posible hablar de frustración en los delitos de resultado. Sin embargo, existen sentencias de tribunales superiores, incluso por la vía de recalificar la tentativa a la frustración, que han dado lugar a esta última en un clásico delito de mera actividad como es la violación. Una primera posibilidad es considerar que la decisión de los sentenciadores ha estado guiada por el efecto penológico que ello conlleva, cuestión que en las sentencias comentadas no parece ser el factor determinante. En efecto, éstas se hacen cargo de analizar las etapas de desarrollo del delito y, conforme a ello, conclu-

### ABSTRACT

According to the majority doctrinaire perspective, frustration is not conceived of as a form of imperfect perpetration in offenses which are crimes even without actual harm or in wrongdoings. These would give rise only to the attempt; instead it would be possible to talk about frustration when referring to those offenses causing harm. However, there are higher court decisions which, even via re-qualification of the attempt to frustration, have given rise to the latter in such a classic offense as rape. A first possibility is to consider that the decision of those who pass judgment has been guided by the penalizing effect it entails, a matter that in the commented sentences does not seem to be a determining factor. In fact, these undertake the analysis of the developmental stages of the offense

---

\* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Asesora del Ministerio Público. Dirección Postal: General Mackenna 1369. Tercer Piso. Santiago. Correo Electrónico: mramirezg@minpublico.cl

yen que lo que corresponde a la situación examinada es la frustración. Básicamente, el criterio relevante, a nuestro juicio, es la proximidad del sujeto activo en lograr la consumación de la conducta, de tal manera que se podría sostener que en estos casos el hechor se encontraba ejecutando el último acto necesario para consumir la conducta. Si hubiese acabado aquél, éste se habría consumado sin necesidad de agregar un acto ulterior, con una probabilidad rayana en la certeza. Las sentencias en cuestión no mencionan al resultado cuando se refieren a la consumación, con lo que no mutan la estructura típica del delito, sólo se refieren a la necesidad que la conducta se consume en los términos que lo hace el artículo 7 del Código Penal.

PALABRAS CLAVE: Delitos de mera actividad – Tentativa – Frustración – Delito frustrado – Etapas de desarrollo del delito.

and, according to this, they conclude that what corresponds to the examined situation is frustration. Basically, the relevant criterion seems to be the subject's proximity to the conduct, so that it could be possible to contend that in these cases the perpetrator was doing the last necessary act to complete his/her conduct. If this act had been finished, it would have been completed with no need to add a subsequent act, with a probability on the verge of certainty. The sentences at issue do not mention the result when they refer to the completion and, with this, they do not shift the typical structure of the offense; they refer only to the need for the conduct to be completed in the terms of Article 7 of the Criminal Law.

KEY WORDS: Wrongdoing – Attempt – Frustration – Frustrated crime – Developmental stages of the offense.

## I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para los efectos de esta presentación señalaremos que delitos de mera actividad son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material<sup>1</sup>, no obstante lo cual, la conducta puede en determinados casos fraccionarse intelectual y físicamente<sup>2</sup>.

Siendo así, las formas de aparición de esta clase de delito se limitan tradicionalmente a la consumación, que se presentaría cuando el autor realiza todas las exigencias de la conducta delictiva<sup>3</sup>, y la tentativa, correspondiendo a la situación en que el sujeto ha dado comienzo a la actividad, pero ésta no alcanza su pleno desarrollo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Una visión sobre los distintos sentidos en que se suele usar la expresión resultado en el ámbito penal se puede consultar en LAURENZO, P., *El resultado en el Derecho Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992).

<sup>2</sup> GARRIDO MONTT, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984), p. 169, emplea el término delitos de mera actividad como sinónimo de delitos de peligro abstracto, no es ese el sentido que le damos en este texto. En cambio, delitos de mera actividad con el significado empleado acá se puede ver en MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (Montevideo - Buenos Aires, Editorial IB de F., 2004), p. 225.

<sup>3</sup> POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 368.

<sup>4</sup> CURY, E., *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Ediciones de la PUCCh., 2005), p. 565, plantea expresamente la posibilidad que en los delitos de mera acción exista tentativa

Para los efectos de fundar la incriminación de la tentativa, entendemos que ello obedece al peligro objetivo material de la realización del tipo<sup>5</sup>.

Como un ejemplo de delito de mera actividad podemos señalar la violación, que en atención a lo sostenido precedentemente sólo se podría presentar consumada o tentada, pero no frustrada.

Con la reforma introducida al Código Penal por la Ley N° 19.617 la apreciación del *iter criminis* de este delito quedó entregada a las reglas generales, al eliminar el contenido del artículo 362 del CP, que daba una regla sobre el *quantum* de la penetración para entender consumada la violación. Recordemos que el artículo señalaba: “los delitos de este párrafo se entenderán consumados desde que hay principio de ejecución” y que, con respecto a su interpretación, se distinguían dos posiciones: la que consideraba que el principio de ejecución de la disposición se refiere a los actos anteriores a la conjunción carnal, pero encaminados a ésta, con lo que la tentativa de violación se debe castigar como consumada<sup>6</sup>, y aquella que estimaba necesario distinguir entre el comienzo de ejecución del delito, sancionado como tentativa, del comienzo de ejecución de la cópula, momento en que se apreciaba la consumación del delito<sup>7</sup>.

No obstante esta supresión, consideramos que la segunda interpretación sigue aplicándose<sup>8</sup> y, por lo tanto, el delito de violación se consuma desde que hay principio de ejecución de la penetración, siendo indiferente la realización completa del acto sexual<sup>9</sup>.

En cuanto a la tentativa, estaremos en presencia de ésta cuando los hechos vinculados con el forzamiento, intimidación o acceso carnal representen objetivamente un peligro de penetración sexual ponderada desde la perspectiva de un tercero imparcial situado *ex ante*<sup>10</sup>. En otras palabras, se trataría de aquel con-

---

tratándose de acciones con estructura compleja “cuya progresión puede verse interrumpida”. En tanto, POLITOFF, S., *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 20, nota 35 y p. 26, la considera una hipótesis “raramente concebible”, pero reconociéndola en los procesos de ejecución fraccionables. Para la discusión en España sobre este punto Cfr. MIR PUIG, S., *Adiciones a JESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general* (Barcelona, Bosch, 1981), II, p. 723. No obstante que el nuevo C.P español suprime la diferencia de los términos tentativa y frustración, hay autores que mantienen la afirmación que las formas imperfectas de ejecución no pueden darse en todos los delitos, ya que por su estructura sólo se concibe la consumación como sería en el caso de los delitos que no son de resultado material; QUINTANO OLIVARES, G., *Manual de derecho penal. Parte General* (2ª ed., Pamplona, Navarra, Aranzadi editorial, 2000), p. 585.

<sup>5</sup> POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit., p. 373.

<sup>6</sup> ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial* (reimp. de la 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), IV, pp. 62 - 64.

<sup>7</sup> LABATUT, G., *Derecho Penal* (7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), II, p. 140. SCS. 6. 05. 1996, en *RDJ*. 93 (mayo - agosto de 1996) N° 2; SCS. 10. 9. 1990, en *RDJ*. 87 (septiembre - diciembre de 1990) N° 3.

<sup>8</sup> SCS. 7. 7. 2004, rol 1168 - 2004.

<sup>9</sup> En este sentido RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 163; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 250.

<sup>10</sup> *Ibid*.

junto de conductas encaminadas a acceder carnalmente, pero que no consistan en dicho acceso<sup>11</sup>.

## II. PRIMER GRUPO DE SENTENCIAS ANALIZADAS: DELITO DE VIOLACIÓN

1. A pesar de ser la violación un delito de mera actividad, existen sentencias de Corte que la han calificado en grado de frustrado<sup>12</sup> que no dejan de llamar la atención<sup>13</sup>. Así, en sentencia de 29.11.1999, la Corte Suprema estimó que el delito de violación se encontraba frustrado, en un caso en que de acuerdo a los hechos fijados por el Tribunal de instancia, la llegada de los padres interrumpió la acción del encartado<sup>14</sup>. El autor frotó el pene sobre la vagina de la menor sin que hubiese existido penetración.

De acuerdo a esta sentencia, debido a la supresión de la regulación dada por el artículo 362 del CP. sobre el principio de ejecución, es perfectamente concebible que, a partir de dicha modificación, el delito de violación se presente en tres estadios: consumado, tentado o frustrado, por lo que los sentenciadores centran su tarea en resolver si los hechos anteriores corresponden a dar principio a la ejecución del delito de violación mediante hechos directos y faltando uno o más para su complemento, o bien, si el sujeto puso todo lo de su parte para que el delito se consumara sin que esto se lograra por causas ajenas a su voluntad. En ningún caso, se estima que podrían constituir violación consumada, como erróneamente lo entendió el tribunal de segunda instancia, pues no hubo cópula ni inicio de la misma.

En opinión de la Corte, la repentina llegada de los padres impidió que el sujeto materializara su propósito de acceder carnalmente a la menor, no obstante que él puso todo de su parte para consumir el delito.

Por otra parte, en sentencia de 12.9.1995, la Corte Suprema llega incluso a recalificar un delito de violación tentado a frustrado.

En efecto, por sentencia de 31 de marzo de 1995 el tribunal de letras de Valdivia condenó al acusado como autor de delito de violación tentado.

Los hechos de la causa quedaron establecidos al siguiente tenor: mientras la

<sup>11</sup> SCS. 28. 10. 2003, rol 2032 - 2002.

<sup>12</sup> Por la negativa de aceptar la frustración en esta clase de delitos, CURY, cit., p. 565; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones. Parte general*, cit., p. 383; y de los mismo autores, específicamente sobre la violación, *Lecciones. Parte Especial*, cit., p. 250; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III, pp. 293 y 294, EL MISMO, *Etapas de ejecución*, cit., p. 164; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II, p. 267. Mir Puig, Adiciones, cit., p. 724, admite la frustración en delitos de mera actividad "siquiera sea en este caso respecto de los supuestos de frustración por inidoneidad de la conducta".

<sup>13</sup> SCS. 12. 9. 1995, en *RDI*. 92 (1995) N° 3; SCS. 4. 9. 1980, en *RDI*. 77 (1980) N° 3; Corte Suprema 29. 11. 1999, rol 3425 (Concepción).

<sup>14</sup> Fallo pronunciado por los ministros: Correa Buló, E. Cury, José L. Pérez Z. y los abogados integrantes V. Bullemore G. y A. Rencoret S. Prevención de los Sres. Correa Buló y Bullemore quienes estuvieron por calificar los hechos como delito de abuso sexual.

víctima dormía en su domicilio fue sacada de éste por unos sujetos que la obligaron a vestirse y a trasladarse a un sitio eriazo. Una vez en ese lugar, la golpearon y le destrozaron la ropa con intención de violarla, pero no lo consiguieron gracias a la oposición de ella.

El Tribunal consideró que estos hechos correspondían al delito de violación tentada rebajando la pena en un grado, cuestión que motivó la presentación de un recurso de casación en el fondo por infracción a lo dispuesto en el artículo 52 del CP. Sin embargo, la Corte rechazó el recurso interpuesto por estimar que la pena estaba correctamente determinada, pues tales hechos se correspondían con una frustración, toda vez que los hechores “pusieron de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara, desde que dejaron a la menor a su disposición, no logrando satisfacer su propósito por la resistencia que ésta les opuso”.

Un razonamiento similar, en el sentido que el delito de violación no logró consumarse habiendo puesto el sujeto activo todo de su parte para ello, pero esta vez por la intervención de terceros, se advierte en sentencia de la Corte Suprema de 4.09.1980. El hechor tenía reducida en el suelo a su víctima, sin lograr introducirle el pene en la vagina porque en esos instantes se detuvo un automóvil, lo que en concepto del tribunal equivale a una frustración.

2. Llama la atención en estos casos la referencia de los sentenciadores al hecho que el sujeto activo ha puesto todo de su parte para lograr consumir y esto no se produce por causa ajenas a la voluntad del agente, lo que se corresponde con la noción de frustración, no obstante tratarse de un delito de mera actividad.

Ante este panorama resulta interesante determinar los factores, si es que se pueden precisar, que han llevado a los tribunales a razonar de esta manera.

### III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Una primera posibilidad es buscar explicaciones en consideraciones penológicas. De ser así, se podría estar frente a un problema de valoración de la conducta en cuanto a su mayor o menor lesividad del bien jurídico, lo que nos sitúa en un tema de fundamentación del injusto y de merecimiento de pena, o bien frente a consideraciones especiales sobre la culpabilidad del autor<sup>15</sup>.

Podría ser éste el razonamiento de una de las líneas de las sentencias, al menos la de 12.9.1995, en que la Corte Suprema recalifica el delito de tentado a frustrado y de esta manera deja la pena en el mismo *quantum* de la sentencia impugnada, rechazando el recurso de casación.

---

<sup>15</sup> A pesar de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es considerada por algunos autores como inherente a la consumación. Cfr. POLITOFF, S., *Los actos preparatorios*, cit., p. 15, asociación que se reitera para diferenciar delito consumado de agotado en POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 368, para efectos de esta presentación marcamos una diferencia de tal manera de examinar la conducta desde la perspectiva de su estructura y por esa vía presentar una explicación al razonamiento que inferimos de la resolución de estos casos.

## IV. OTRA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

Sin embargo, pareciera que no es éste el elemento decisivo y el razonamiento del sentenciador va por otro derrotero, toda vez que la resolución se hace cargo de analizar los grados de desarrollo del delito, señalando que los sujetos pusieron todo de su parte para que el delito se consumara, pero que esto no se había producido únicamente por la resistencia de la víctima. De esta manera, es dable pensar que en la decisión del tribunal ha influido la mayor proximidad de los hechos descritos con la consumación del delito, desde la perspectiva de su estructura. En este caso dicha consumación equivale a la realización completa de la conducta.

Es éste el criterio que también se advierte en las otras dos sentencias citadas. Más aún, en los hechos de la sentencia de la Corte Suprema de 29.11.1999 el sujeto incluso habría eyaculado precozmente, mientras que en la sentencia de la Corte Suprema 4.09.1980 tenía reducida a la víctima en el suelo a punto de penetrarla, cuestión que se vio interrumpida por el arribo de un automóvil al lugar.

Desde el punto de vista de la conducta y su estructura, podríamos sostener que ésta estaba en la última fase de su ejecución, en realidad en el último acto, principiando aquel momento que la perfecciona, pero que no alcanzó a consumarse. De haber concluido, vale decir, de haberse acabado ese acto en concreto, el sujeto no habría requerido de otro acto ulterior para la perfección de ésta<sup>16</sup>.

V. SEGUNDO GRUPO DE SENTENCIAS ANALIZADAS:  
DELITO DE HURTO

Otro grupo de casos que nos llevan plantearnos sobre la posibilidad de distinguir, en sede de la estructura de conducta, un último acto, es a propósito del *iter criminis* en los delitos de hurto y robo.

En sentencia de la Corte Suprema de 14 de abril de 2000<sup>17</sup>, en prevención efectuada por los ministros Cury y Chaigneu, se estima que los delitos de robo y también hurto corresponden a los clasificados como de mera actividad, puesto que no requieren para su consumación de la producción de un resultado que escape al control del autor, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en el delito de homicidio<sup>18</sup>.

En efecto, para los ministros autores de la prevención la consumación del delito de hurto requiere que la cosa objeto material del delito salga de la esfera de

<sup>16</sup> GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit., p. 293, n. 565, considera que admitir la frustración en el delito de violación como lo hace la Corte Suprema en sentencia de 12. 9. 1995 importa desconocer simplemente que se trata de un delito de mera actividad.

<sup>17</sup> Corte Suprema rol 1929 - 00, en *Gaceta Jurídica* N° 241 (2000).

<sup>18</sup> El tratamiento del hurto y robo como delitos de mera actividad puede verse en CURY E., *Contribución a la distinción entre delitos de resultado y de simple actividad*, en *Revista de Ciencias Penales*, 5ª ép., 40 (1990 - 1993) N° 1, pp. 69 - 75, seguido por POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ: *Lecciones. Parte especial*, cit., p. 295; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal*, cit., p. 252. Si bien esta es una clasificación discutida tomamos el ejemplo pues nos parece ilustrativo de los factores que creemos pueden haber sido tomados en consideración por los sentenciadores.

custodia del legítimo tenedor, pero, a su vez, esto precisa que sea el propio autor el que traslade el objeto fuera de dicha esfera hasta situarla en un lugar en que pueda disponer de ella, cuestión que no queda entregada a un suceder causal ajeno a su control. Siendo así, cada vez que el autor haya puesto todo lo necesario para realizar la acción típica, el delito se consuma no teniendo cabida un resultado que quede a merced del acaso, por lo que el delito se puede presentar o consumado o tentado, mas no frustrado.

Sin embargo, la sentencia que motivó esta prevención consideró que los hechos correspondían a un delito frustrado, pues en el momento que el sujeto habría sacado las cosas del automóvil e intentaba fugarse fue reducido por el dueño de las especies y entregado a Carabineros.

En este aspecto, la descripción de los hechos, se advierte una sutil diferencia con los autores de la prevención, pero muy importante para los efectos de esta presentación. Éstos señalan que en el caso *sub lite* “es manifiesto que la acción de sustraer se encontraba incompleta en el momento en que el autor fue interrumpido, puesto que ni siquiera había abandonado el automóvil desde el cual pretendía sacar las cosas objeto del robo”.

Siendo así, el hechor no había salido del automóvil donde se encontraban los objetos, por lo que la conducta aún no había iniciado su estadio final. Todavía el sujeto activo requería un acto ulterior para perfeccionarla, consistente en salir del móvil (sacarla de la esfera de resguardo).

Cabe preguntarse si la decisión habría sido la misma, no obstante estimar que se está en presencia de un delito de mera actividad, si el sujeto hubiera ya abandonado el vehículo y hubiese sido sorprendido en su exterior. En otras palabras, si los ministros hubieren hecho la prevención en dicha circunstancia o se hubiesen conformado con la calificación jurídica en cuanto al grado de desarrollo del delito efectuada por sus pares.

Existen fallos recientes de la Corte Suprema que nos llevan a pensar que en tal caso la apreciación habría sido diferente a lo razonado en sentencia de 14 de abril de 2000.

Estimamos probable que de haber sido el sujeto sorprendido ya fuera del vehículo escapando y no dentro de él, como se establece en las observaciones al fallo citado, se habrían conformado con la calificación de los hechos como delito frustrado, a pesar de su consideración sobre el carácter de estos delitos.

En efecto, se han calificado como hurto frustrado casos en que los hechores han salido del recinto comercial donde se encontraban las especies y han sido sorprendidos por terceros portándolas. Así por ejemplo, en sentencia de 16.6. 2004<sup>19</sup> recaída en un recurso de nulidad, la Corte Suprema estimó que el delito se encontraba frustrado, oportunidad en que los ministros citados no efectuaron ninguna prevención en torno a dicha forma de imperfecta ejecución.

La sentencia recurrida fijó como hechos los siguientes: el sujeto ocultó dentro de sus vestimentas la especie sustraída, para luego traspasar las cajas registra-

---

<sup>19</sup> Rol 1611 - 2004.

doras sin pagar su valor y salir del local, momento en que fue retenido por el guardia de seguridad del establecimiento.

Sin perjuicio de no compartir la tesis de la Corte Suprema de que el delito no se habría perfeccionado<sup>20</sup>, centraremos el análisis en los hechos especialmente en la circunstancia que el hechor fue retenido saliendo del local, lo que estimamos que desde la perspectiva del tribunal se trataría precisamente de aquellos casos en que la conducta estaba en el último acto de su ejecución y, de haberse concluido, el sujeto activo no habría requerido otro acto ulterior para consumarla.

La misma calificación de hurto frustrado se encuentra en la Corte Suprema de 17.6.04<sup>21</sup>, y la Corte Suprema de la misma fecha, rol 1630-04. En ambos casos los hechos fijados por el fallo impugnado corresponden a sujetos que guardan especies en sus vestimentas y salen del local sin pagarlas.

---

<sup>20</sup> Discrepamos de la calificación efectuada por la Corte Suprema en atención a dos clases de consideraciones: en primer lugar porque la Corte adhiere a la teoría que considera consumado el delito de hurto cuando el sujeto activo se encuentra en la posibilidad de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante, lo que subjetiviza en demasía el momento consumativo, llevándolo a confundir muchas veces con el agotamiento del delito, pero también porque la Corte, al considerar insuficiente el hecho de guardar las especies dentro de las ropas como indicador del ánimo de apropiación del sujeto activo, desconoce la posibilidad de que se consolide una esfera de custodia dentro de otra, la que estaría representada por el cuerpo del hechor, una, y la del supermercado, la otra, cuestión que nuestro ordenamiento legal pareciera reconocer. En efecto, el Código Penal en su artículo 436 inciso segundo da cabida a que se considere el cuerpo de una persona como esfera de custodia de las especies que se llevan consigo, con lo que es dable pensar que se trata de una esfera que se puede consolidar tras el quebrantamiento de otra. Así, si el hechor guarda las especies dentro de sus vestimentas estaríamos frente a un caso en que ha consolidado su esfera de custodia, con mayor razón si consume un producto eliminando el envase, donde no sólo consolida su esfera, sino que agota el delito. La cuestión es determinar si es factible la coexistencia de esferas de custodias, una general que sería la del supermercado y otra especial la del hechor. ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, cit., III, p. 299, reconoce esta posibilidad para los efectos del hurto doméstico, en que la esfera general estaría representada por la casa del patrón, y la esfera más restringida propia del sirviente se manifestaría en su habitación, enseres personales, ropas. No vemos inconveniente para afirmar dicha coexistencia en el ámbito del comercio, donde la esfera general sería la del supermercado y la particular o especial las vestimentas del hechor. Siendo así si el sujeto activo guarda las especies en sus vestimentas y traspasa la línea de cajas sin pagar, habría por una parte quebrantado la esfera de custodia y consolidado una nueva esfera de custodia con lo que el delito se habría consumado. Estamos conscientes que las modalidades de conducta son múltiples, lo que obliga necesariamente a examinar esta cuestión caso a caso pues surgirán preguntas relativas a cómo calificar la del sujeto que ha puesto las especies en la parte de abajo del carro proporcionado por el supermercado con propósito de que no sea advertido y pasar de esta manera objetos, y cómo diferenciar este supuesto de aquél en que por inadvertencia éstos quedaron olvidados en dicho lugar.

<sup>21</sup> Rol 1629 - 04.

## VI. LA EJECUCIÓN DEL ÚLTIMO ACTO COMO FACTOR DETERMINANTE

Si aceptamos la posición del sujeto con respecto al estadio de la conducta y su relación con la necesidad de ejecutar o no un acto ulterior<sup>22</sup>, como factor decisivo a la hora de apreciar la frustración del delito por parte de estos sentenciadores, más allá de su condición de delito de resultado o de mera actividad, lo que restaría ahora es preguntarse cuán compatible son estas resoluciones con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal<sup>23</sup>.

En primer lugar, llama la atención que las sentencias relativas al delito de violación, en ninguna parte hacen mención a que ésta se trate de un delito de resultado y, por esa vía, admitir la frustración, más aún, ni siquiera hacen mención a este elemento. En todo momento se refieren a la consumación de la conducta (Corte Suprema 29. 11. 1999; 4. 9. 1980).

El artículo 7 CP. señala que hay 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.

Como se desprende del tenor literal de la disposición, lo que precisa la frustración es la consumación del delito, no la producción del resultado, cuestión que dejaría a salvo la afirmación que ésta sólo se presenta en los delitos de resultado. De esta manera, estas sentencias le estarían dando cabida al artículo 7 inciso segundo, en los delitos de mera actividad, cuando se encuentra el sujeto activo llevando a cabo la última etapa de ejecución de la conducta y se interrumpe en el punto que de haberla concluido no habría requerido de la realización de un acto posterior para su consumación.

En tanto que habrá tentativa en un delito de mera actividad, cuando al sujeto le reste aún por efectuar más de un acto en la fase de ejecución sin el cual no es posible que esté en situación de lograr la consumación.

Pareciera que en las sentencias comentadas éste ha sido el razonamiento tenido a la vista o que es dable inferir de los hechos descritos.

Ahora bien, precisar cuándo se está en el último acto ejecutivo para uno u otros efectos es una cuestión que en el hecho debe determinarse según la tipicidad de cada conducta.

[Recibido el 30 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].

---

<sup>22</sup> De ninguna manera se hace referencia aquí a "acto ulterior" como agotamiento del delito. Sobre la diferencia entre delito consumado y agotado Cfr. POLITOFF, Sergio, *Los actos preparatorios*, cit., pp. 16 - 19. En tanto que la expresión "último acto" se emplea como el instante en que la conducta está acabando su ejecución, la que generalmente se va a ver interrumpida en hipótesis como las examinadas en las sentencias de violación por la irrupción o la resistencia de la víctima. Así si se suprimiese mentalmente el hecho que constituye la interrupción la conducta se habría consumado.

<sup>23</sup> Sobre el origen del artículo 7 del Código Penal, Cfr. POLITOFF - MATUS, *Comentario preliminar al artículo 7, 8 y 9 del C. P. en Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 76; *Actas de la comisión redactora del Código Penal* (sesión 4ª).