LA TENTATIVA EN EL *CÓDIGO PENAL* AUSTRIACO DE 1803 Y ALGUNOS ASPECTOS DE SU INFLUENCIA EN EL *CÓDIGO PENAL* CHILENO*

JOHN R. MACKINNON**

Universidad de Chile

1. LA TENTATIVA: GENERALIDADES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el estudio de la tentativa, y el estado actual de la cuestión, es lugar común entre los autores la repetición irreflexiva e inconsulta de los argumentos históricos y doctrinales esbozados por antiguos tratadistas y quienes, durante su formación como juristas, fueran sus maestros. Es así como ha pasado casi desapercibida, hasta ahora, la influencia que ha tenido el Código Penal austriaco de 1803 en la configuración de las instituciones penales contemporáneas[1], entre ellas, la tentativa, con sus respectivos matices y particularidades.

La tentativa, como una de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento, ha estado en los últimos doscientos años en "el ojo del huracán" de las ciencias penales[2]. Las discusiones sobre sus fundamentos y las consecuencias prácticas de los puntos de vista que se han enunciado y defendido por los autores la han llevado, como institución, a ser muchas veces el "caballo de batalla" de cada nueva escuela o concepción doctrinaria que se presenta al escrutinio de la dogmática. Sin embargo, poco se ha avanzado en el estudio del intrincado laberinto de su evolución, confundiéndose muchas veces sus orígenes con las repeticiones de ideas que se encuentran en textos legales y comentarios e interpretaciones antojadizas de las obras de quienes fueron sus legítimos ancestros. Comúnmente los autores

* Este artículo, por razones prácticas, se circunscribe al tratamiento de la evolución histórica de la problemática del elemento ejecutivo en la tentativa, y la influencia que tuvo el *Código Penal* austriaco de 1803, en estas materias, en la redacción del *Código Penal* chileno vigente, de 1874.

** Ayudante adjunto. Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: jrmackinnon@yahoo.com

Agradezco al profesor Bernardino Bravo Lira el habernos facilitado una copia del *Código Penal* austriaco de 1803, en la traducción francesa de Foucher, de 1833.

[1] Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, "Dos vertientes de la codificación en torno al bicentenario de los Códigos Penal de Austria (1803) y Civil de Francia (1804)", en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Universidad Católica Argentina, Colección *prudentia iuris*, 2004, II: La codificación en América. El Derecho, p. 33.

[2] Sobre el evolución reciente y el estado actual de la discusión, *vid*. MIR PUIG, Santiago, "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-06, 2001 (RECPC), en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, Editorial Edisofer, 2001. Él mismo. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, Editorial Comares, 2000. SOLA RECHE, Esteban, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Granada, Editorial Comares, 1996. FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1986. GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, "Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, Madrid, 2001, pp. 229 a 322.

que se preocupan del tema dan inicio al estudio histórico de la tentativa con algunas menciones al derecho romano y los prácticos, para luego, cual atleta dogmático, dar un gran "salto largo" en la historia, aterrizando en las arenas ásperas y gruesas del *Código Penal* francés de 1810.

Suele mencionarse por estos mismos autores que en dicho *Código* aparecen los elementos distintivos de la evolución contemporánea de la tentativa, como el llamado "principio de ejecución". Sin embargo, en Francia, cosa que desconocen, entre otros, los autores nacionales, tal concepción es anterior al *Código Penal* de 1810, y fue formulada por primera vez con la ley de 22 Prairial[3] del año IV (10 de junio de1796)[4].

Sin embargo, sostenemos que su origen es de distinto cuño, austriaco, y no francés, y que la formulación original, tal como es copiada en Francia, pertenece a von Martini, autor de la *Josefina*, de 1787, y maestro de Franz von Zeiller, redactor del *Código Penal* austriaco de 1803. Tal formulación, por supuesto, es nueve años anterior a la francesa, como lo veremos más abajo cuando nos referirnos a la evolución histórica de la institución en estudio.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos era desconocida para el derecho romano, hasta Justiniano[5], es decir, la distinción básica correspondiente a aquella moderna entre consumación y tentativa[6]. Como señala Mommsen[7], el que se atribuyera eficacia eximente de pena al desistimiento voluntario de la tentativa, admitida en los delitos en materia de monedas, demuestra que era una regla excepcional. Ulpiano[8] señalaba en la fórmula *Cogitationis poenam in foro nemo patitur* que el simple propósito criminoso no constituye el delito mismo, sino que es preciso un obrar externo antijurídico. En el derecho canónico, ya desde el siglo IV se reconoció que los pecados de pensamiento no son punibles[9]. En el derecho germánico, mientras tanto, se sostuvo que la mera resolución de delinquir no constituye nunca delito, con el aforismo *Gedanken sind Zollfrei* –los pensamientos no pagan aduanas–[10], y hasta las Capitulaciones de

[3] Loi du 22 prairial an IV. Toute tentative de crime manifesté par des actes extérieurs et suivie d'un *commencement d'exécution*, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. (El destacado es nuestro).

[4] En tal sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, Buenos Aires, Editorial Losada, 1970, p. 516. Idéntico error comete FARRÉ TREPAT, *op. cit.*, p. 137, al señalar que "la fórmula del dar principio a la ejecución del delito, que no es en absoluto privativa de nuestro Ordenamiento, sino que existe en diversos Códigos Penales, procede del Código penal francés de 1810".

[5] Cfr. SCARANO, Luigi, *La tentativa*, traducción de Luis E. Romero Soto, Bogotá, Editorial Temis, 1960, p. 63 y ss. Cita a FERRINI, "Esposizione storica e dottrinale del diritto penal romano", en *Enciclopedia Pessina*, 1905, tomo I, p. 104, señalando que "resulta evidente la resolución, por parte de Arcadio y Honorio, de castigar tanto la *voluntas sceleris* como el delito consumado. Aunque se advierte que a los efectos de las consecuencias jurídicas la medida de las sanciones es idéntica, la diferencia entre las dos manifestaciones criminosas ha sido claramente trazada; pero ni remotamente se ha hecho referencia al problema de la distinción entre actos preparatorios y de ejecución." p. 65, n. 54.

[6] Cfr. MANZINI, Vicenzo, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Santiago Santís Meléndez de la edición de 1941, Buenos Aires, Ediar, 1949, p. 169.

[7] MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*. p. 95. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español*, 10ª ed., 1986, Parte General, p. 782, n. 35. "Al Derecho romano le falta para la tentativa tanto el concepto como la palabra técnica". Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 170.

[8] Cfr. PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, traducción por Hilarión González del Castillo. 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1936, p. 466.

[9] Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 171, n. 7. "En el *Corpus iuris canonici* (c. 14, D., I, *de poenit*) se reprodujo la máxima romana *cogitationes poenam nemo patitur*".

[10] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 777.

Carlomagno no hay registro que se acogiera la noción de tentativa, que con éstas se le consagra al señalarse que "castíguese como homicida al que voluntariamente quiso matar, pero no pudo perpetrar el hecho"[11], aunque aún no se hace mención al momento ejecutivo.

La práctica criminal también desconocía la clasificación, ya que aún cuando dividía la acción humana en diversos momentos, entre *actus remotus*, *actus proximus* y *actus multum proximus*, aún no distinguía entre actos preparatorios y de ejecución. Luca de Penna señalaba que "en los delitos se mira la voluntad, no el resultado, y en virtud de este principio se castiga la intención, aun cuando no se haya seguido el resultado, pues no es el resultado del acto sino la intención lo que distingue y atribuye las culpas"[12]. Bajo este criterio aparecía como incriminado, en su subjetivismo, tanto la tentativa inidónea de medios como la tentativa inidónea por inexistencia del objeto, así como la tentativa irreal y la supersticiosa.

También en la *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*, de 1532, conocida generalmente como "Carolina", se ignora la distinción entre actos ejecutivos y de preparación, aunque es necesario reconocer que en ésta se encuentra la primera definición de tentativa, la que, al parecer, es atribuible a la influencia de la Constitución de la Justicia de Bamberg (1507), en su artículo 204[13]. El artículo 178 señala que "ítem, si alguien intentare cometer un delito, efectuando cualquier acto visible, adecuado para la realización del acto delictuoso, pero sin embargo se viere impedido, contra su voluntad y por medios distintos, de consumar el delito, la simple mala intención debe castigarse en la medida en que surta efectos, si bien más severamente en un caso que en otro, según la naturaleza y las condiciones del delito, por lo cual los jueces deben entrar en deliberaciones sobre la pena corporal o capital que les incumba inflingir al delincuente[14]". Es decir, la voluntad como "mala intención, "*der böse Wille*" aparece como la característica de la tentativa.

Podemos ver, también, que Carpzov[15] aún no distingue entre actos preparatorios y actos ejecutivos, ni tampoco Boehmer, para quien es tentativa "la preparación y aplicación de los medios dirigidos a consumar determinado delito"[16].

El primer autor en referirse a un principio de distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, según cree ver Scarano, fue Hugo Grocio, al señalar que "por consiguiente, la tentativa de delito no debe reprimirse sino cuando es grave y cuando de ella se derive, como consecuencia del acto ejecutado, o un mal cierto, aunque no se haya conseguido lo que se perseguía, o un peligro cierto y grave, de modo que con el castigo se dé una garantía contra futuros delitos, o se proteja la sociedad o se ponga freno al mal ejemplo"[17].

[11] Cfr. PESSINA, *op. cit.*, p. 469. n. 5. Cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 63. "Quis hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit ut homicida punietur" Lib. 7, C. 212.

[12] Cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 67. Luca de Penna, *Commentaria in tribus postr. lib. Codicis*, 1512, c. II, 52, t. 3. "In maleficiis spectatur voluntas non exitus. Regula illa punitur affectus etsi non sequator effectus. Non exitus actuum, sed intentionis propositum culpas discernit et meritat". Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VI, *op. cit.*, p. 458.

[13] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *cit.*, p. 458.

[14] Cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 69. "Item, so sich jemandt einer missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringun der missethatt dienstlich sein mögen, understehtund doch an volnbringung derselben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen wurde, solcher böser will, daraus etliche werck, alsobsteht, volgen, isti peinlich zu straffen. Aber im eynem fall herter dann in dem andernangeschen gelegenheit und sestalt der sach, darumb sollen solcher straf halber die vertheyler, vie hernach steht, radts plege, wie die an leib oder leben zuthun gebürt".

[15] Cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 70. *Practica nova imperialis Saxonica rerum crimunalium*. 1646 qu. 19, 58.

[16] Cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 70. *Meditationes in Constitutionem Crimnalem Carolinam*, 1770 art. 178, § I. "preparatio et applicatio mediorum ad consumandum crimen certum directorum".

[17] Cfr. SCARANO, Luigi, *La tentativa*, traducción de Luis E. Romero Soto, Bogotá, Editorial Temis, 1960, p. 58. GROCIO. *De iure belli ac pacis*. 1625. c. 20, § 39, núm. 4. "Inchoata ergo delicta vindicanda non sunt, nisi res sit gravis, et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum

La *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768 tampoco arroja luces sobre la cuestión, pues ignora la distinción, al fundamentar el inicio de la tentativa en el conato remoto, "con tal que sea manifestación unívoca de la voluntad dirigida al delito"[18].

3. *LA JOSEFINA* Y VON MARTINI: ÁREA DE INFLUENCIA

La realización de actos dirigidos a la comisión de un delito, como requisito para la punición de la tentativa, fue establecida por primera vez en el *Código Josefino* de 1787, que es obra de von Martini[19]. Éste es quien, tomando como base el trabajo de los prácticos italianos, habría perfeccionado por primera vez el concepto, distinguiendo claramente entre el designio o decisión criminosa, la manifestación externa o ejecutiva, y la consumación. En efecto, en el § 9 de la Josefina señala que "el solo atentado de una acción criminal se convierte en delito, tan pronto como el malintencionado se habrá preparado para la ejecución del mal y habrá manifestado su propósito con algún signo y acto externo, aunque el hecho haya quedado sin ejecutar por caso fortuito o por otro impedimento sobrevenido"[20].

Esta fórmula de von Martini, maestro de von Zeiller, fue perfeccionada por éste, de manera tal que, con las variaciones por él introducidas, como veremos más adelante, fue recepcionada en el *Código Penal* chileno. Eso sí que por esta vía la fórmula inicial austriaca fue recepcionada en Chile de dos maneras. Primero, indirectamente, por su influencia en el *Código Penal* francés de 1810, y a través de éste en el *Código Penal* español de 1822. En segundo lugar, perfeccionada en el trabajo de von Zeiller y el *Código Penal* austriaco de 1803, que fuera fuente del *Código Penal* brasilero[21], y, a su vez fuente indirecta del *Código Penal* español de 1848, que se tomó como modelo en esta materia en el *Código Penal* chileno de 1874.

Así la fórmula que se enunciara por primera vez en la Josefina fue seguida por la ley francesa de 22 *prairial*, del año IV[22], por su continuación, la ley de 25 *frimaire* del año VIII, en su artículo 17[23], y por su adopción en el subsiguiente *Código Penal* francés de 1810[24], en su artículo 2°.

Todo esto es una construcción novedosa, ya que esta distinción era desconocida anteriormente en la legislación francesa, tanto en su *Ordonance de Blois* de 1579[25], como en el *Código Penal* de 1791[26].

illud, quod intendebatur, secutum iam sit, aut certe ingens periculum, ita ut vindicatio aut coniuncta sit cum cautione futurae noxae, aut dignitatem lesam tueatur, aut pernicioso exemplo occurrat".

[18] SCARANO, *op. cit.*, p. 71.

[19] Cfr. BRAVO, Dos vertientes de la codificación..., cit., p. 39.

[20] Cfr. MANZINI. *op. cit.*, p. 173 ss.

[21] Cfr. BRAVO, *op. cit.*, p. 34 y ss.

[22] Ver, *supra*, n. 3. Téngase presente que la ley de 22 Prairial del año IV extendió la punibilidad de la tentativa a toda tentativa de crimen, ya que el *Código* de 1792 sólo la contemplaba en los casos de asesinato y envenenamiento.

[23] Loi du 25 frimaire an VIII. Art. 17. Cet article porte que la loi du 22 prairal an IV sera appliquée aux tentatives des délits de vol, abus de confiance, etc. ...

[24] Texte du Code de 1810. Art. 2 Toute tentative de crime qui aura été manifesté par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'execution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.

Art. 3. Les tentatives de délits ne sont considerées comme délits que dans les cas determinés par une disposition spéciale de la loi.

Cfr. *Étude de Législation Pénale Comparée. Code Français de 1810, avec les motifs, les discussions au conseil d'Etat et les dispositions correspondantes des Codes de 1791 et de l'an IV,* Paris, Auguste Durand, Librarie, 1852, p. 14.

[25] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 460. Aunque Jiménez señala que ya contenía previsiones sobre la tentativa, citando en esto a Champcommunal, "Étude critique de législatión comparée sur la tentative", en *Revue Critique,* vol. XXIV, 1895, p. 47, n. 3.

[26] *Cod. Pén.* de 1791. Part. II, tit. II:

Asimismo, esta formulación "francesa", que todos creen proviene del *Código Penal* de 1810, fue seguida por diversos códigos penales italianos entre 1839 y 1889, y por el *Código Penal* español de 1822, en su artículo 5°.

Resta resolver la cuestión de si existen antecedentes que confirmen nuestra afirmación, más allá del mero texto de las normas invocadas, del origen austriaco de la disposición del *Código Penal* francés de 1810.

En primer lugar, esto es tan claro que, según señala Eisenmann[27], al discutir sobre este punto en la Cámara legislativa francesa se citó expresamente el § 9 de la Josefina.

Mittermaier[28], seguidor de Feuerbach, por el contrario, sostuvo que el verdadero alcance del término "principio de ejecución" se remonta a los prácticos italianos y que, tras algunos contrastes entre ellos, acabaron por prevalecer en los comienzos del siglo XIX. La razón que tuvo Mittermeier para aclarar tal filiación fue la acusación infundada de francófilo, de la que tuvo que defenderse frente al seguidor de Hegel, Köstlin, tal como señalan Jiménez de Asúa y Farré Trepat[29]. Tal vez le hubiese sido más sencillo confesar que su maestro se había inspirado tomado tal concepto desde la Josefina, como insinúa Jiménez de Asúa, con respecto a la filiación del Código prusiano en materia de tentativa[30]. Sin embargo, resulta obvio que si Mittermeier hubiese reconocido la filiación austríaca de la formulación que plasmó Feuerbach en el *Código Penal* de Baviera en 1813, y que se corresponde con la de von Zeiller del *Código Penal* austriaco de 1803, lo habría podido dejar en bastante mal pié ante la crítica de sus contemporáneos.

Un segundo antecedente, lo encontramos en el italiano Manzini, quien señala que "el requisito del cumplimiento de actos dirigidos a la comisión de un delito, para la punibilidad de la tentativa, fue establecido primeramente por el Código Josefino (1787)". Agrega que "esta vía fue seguida por la ley francesa de 22 pradial año IV, por el Código Penal francés de 1810 (Art. 2), por el Código Sardo de 1839 (Art. 161), por el Código Penal Sardo-italiano (Art. 96), por el Código Penal de las Dos Sicilias (Art. 70), por el de Parma (Art. 77), y por el Código Penal italiano de 1889 (artículo 61)"[31].

Un tercer antecedente, que nos confirma el punto de visto expuesto, lo encontramos en una cita de Jiménez de Asúa (quien como ya vimos más arriba[32] sostuvo la originalidad de la fórmula francesa). Éste, en su *Tratado*, reconoció que Pastoret, autor del proyecto que luego se convirtiera en la ley de 22 Pradial del año IV, *"abiertamente confesó que se había inspirado en la legislación austriaca"*[33] *en lo que respecta a la tentativa*; la norma en que

Art. 13. L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11 (mort), lorsque l'attaque à dessein de teur aura été effectuée.

Art. 15. L'homicide par poison, quoique non consomé, sera puni de la peine portée en l'article 12 (mort), lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toutte une famille, societé ou habitants d'une même maison, soit à l'usage du public.

Art. 16. Si touefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et des breuvages ait été découvert, l' empoisonneur arrêtait l'execution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou brevages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

[27] Cfr. FARRÉ TREPAT, *op. cit.*, p. 138, n. 3, citando a EISENMANN, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs,* ZStW, 13, 1893, p. 517, n. 197.

[28] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 515, n. 122.

[29] Cfr. FARRÉ TREPAT, *op. cit.*, p. 142.

[30] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 515 ss, y n. 122.

[31] MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Santiago Santís Melendo a la edición de 1941, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1949, tomo 3, Primera Parte, Teorías Generales, V. III, p. 173 y ss. Él mismo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1950, V. II, p. 450 y ss.

[32] *Vid.* n. 4.

[33] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 460.

encontró inspiración, por lo tanto, es la Josefina. Y ésa es la norma que luego sería reproducida textualmente en el artículo 2° del Código Penal francés de 1810.

Y con respecto a lo que sostienen algunos, en cuanto a que el origen de la norma estaría en el *Código Penal* español de 1822, basta con tener presente lo que señalara García Goyena, refiriéndose al mismo, que "en general, puede decirse que está calcado sobre el francés de 1810". A renglón seguido, dice que "el Código Penal de 1822 en su artículo 7° define la tentativa con bastante inexactitud y vaguedad, pues confunde los actos preparatorios de la ejecución y el principio material de la misma. En el artículo 7° señala por punto general pena menor á la tentativa que á la consumación; y si esta no tuvo lugar por arrepentimiento ó voluntario desistimiento del autor, cesa toda pena, á no ser que la haya especial para el acto preparatorio ó con que se dio principio á la ejecución; artículo 8° [34].

Por todo esto, no puede caber mayor duda respecto al origen del precepto francés, tomado del de la Josefina, de von Martini, y, por lo tanto, fuentes ambas del correspondiente artículo 5° del *Código Penal* español de 1822.

4. EL *CÓDIGO PENAL* AUSTRIACO DE 1803 Y VON ZEILLER, ÁREA DE INFLUENCIA: EL *CÓDIGO PENAL* CHILENO VIGENTE, DE 1874

Resta, sin embargo, aclarar cómo es que la fórmula de von Zeiller, más lograda, y que fuera introducida desde el Código de 1803 en Lombardía y en el Veneto, en 1815[35], dio pié a la elaboración, de otros códigos penales, entre otros, del *Código Penal* Bávaro de 1813, elaborado por Feuerbach, además de al artículo 3° del *Código Penal* español de 1848. Esta fórmula, que es la que se repite en el *Código Penal* chileno de 1874, actualmente vigente, alcanzó incluso a reproducirse en el *Código Penal* filipino de 1884, en su artículo 3° [36].

[34] García Goyena, Florencio, *Código Criminal español. Según las leyes y práctica vigentes. Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid. Librería de los señores viuda de Calleja é hijos, 1843, tomo I, p. 12.

Además, debe recordarse que la vigencia de dicho *Código*, sancionado el 9 de julio de 1822, se redujo tan sólo a unos pocos meses, cuando en 1823 fueron derogadas todas las disposiciones emanadas de las Cortes desde marzo de 1822 hasta el 1 de octubre de 1823. A su desaparición volvió a quedar en vigor la Novísima Recopilación, hasta el 1 de julio de 1848, con la entrada en vigencia del nuevo *Código*. Cfr. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, 2ª ed., Bosch, 1929, tomo I, (Parte General), p. 108 y ss.

[35] Cfr. Alimena, Bernardino, *Principios de Derecho penal*, traducción y anotaciones por Eugenio Cuello Calón, Madrid, Editado por Librería General de Victorino Suárez, 1915, p. 60.

[36] *Código Penal* de Filipinas de 1884, en: http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=2005, visitado el 5 de enero de 2004

Art. 3° Son punibles, no sólo el delito consumado, sino, el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4° La conspiración y la proposición para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

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

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas.

Art. 5° Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad.

Un párrafo aparte, ya que lo mencionamos, merece el "parecido de familia" del *Código Penal* de Baviera de 1813, con el *Código Penal* austriaco de 1803. En efecto, a simple vista, y siguiendo la traducción de Zaffaroni y Hagemeier[37], podemos hacer un paralelo que aclare la materia, dando cuenta cómo, en los artículos 57 y 58 del *Código* de Feuerbach se reproducen, diez años después de su aparición, los conceptos de von Zeiller y los artículos 7° y 8° del *Código* austriaco de 1803.

Obviamente, el artículo 7° del *Código Penal* austriaco de 1803, que habla de "emprender una acción", no contiene por si solo elemento alguno que podamos interpretar en el sentido de "principio de ejecución". Pero, lo que han olvidado los comentaristas históricos en materia de tentativa, es que las disposiciones sobre la misma, en el *Código Penal* austriaco de 1803 se contienen en dos artículos, el mencionado artículo 7°, y en el artículo 8°. Es en este último que se requiere, expresamente, la realización de "*una acción exterior*".

Si realizamos un paralelo entre los artículos 57 y 58 del *Código Penal* bávaro de 1813, y los artículos 7 y 8 del *Código Penal* austriaco de 1803, nos encontramos con las siguientes coincidencias.

1. El emprendimiento de una acción exterior.
2. Tendiente a su ejecución; "eficaz", dice von Zeiller; "o preparación del mismo", dice Feuerbach. Incluso el punto de vista de este último es más anticuado que el de von Zeiller, porque incluye en las acciones exteriores punibles, por regla general, las preparatorias.
3. Impotencia (esto es, el "no poder" exterior, por oposición a las causas morales).
4. Obstáculo (independiente de su voluntad, dice von Zeiller; exterior, dice Feuerbach).
5. Caso fortuito (Von Zeiller); accidente (Feuerbach).

Aquí debemos destacar cómo se repite tanto la exigencia de la exterioridad en el emprendimiento de la acción (el elemento *objetivo*, que suele atribuirse a Feuerbach como creador de la corriente que fundamenta en forma objetiva la tentativa), como la dirección a la ejecución, junto con que los impedimentos fuesen sólo uno de los tres que se mencionan: la impotencia (o inidoneidad), los obstáculos independientes de su voluntad (exteriores) o el caso fortuito (accidente). Tamaña coincidencia no puede ser fortuita, toda vez que Feuerbach sólo se refiere a estas materias *con posterioridad* a la aparición del *Código* austriaco de 1803, en 1804, en su "Crítica al Proyecto de Kleinschrod"[38]. En este escrito se manifiesta, según sus seguidores, aunque para nosotros, sólo muy tibiamente, por un punto de vista objetivo, en oposición a la tradicional fórmula proveniente de los glosadores y post glosadores, que, entendiendo la tentativa como primacía del aspecto subjetivo, la definían como la voluntad delictiva manifestada[39].

[37] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIER, Irma, *Código Penal para el Reino de Baviera*, traducción de la 14° edición alemana de Giessen, de 1847, Argentina, Editorial Hammurabi, 1989, Parte General de 1813. Apéndice en "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania", Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, p. 399.

[38] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, tomo VII, p. 411. "La tentativa de un delito exige que el delincuente haya realizado una acción externa para cometer un delito, y que de esta acción pueda surgir efectivamente la infracción". (*Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, 1804.*)

[39] Cfr. GONZÁLEZ MATEOS, *op. cit.*, p. 233 ss. Cfr. FARRÉ TREPAT, *op. cit.*, p. 278 y n. 3. "El primer jurista que se ocupó en forma general de esta cuestión (*la tentativa inidónea*), enmarcándola en su sistema del Derecho penal, fue J.A. FEUERBACH, *Kritik des Kleins schrodischen Entwurfes* (1804), si bien no aportara ninguna solución hasta cuatro años más tarde en la cuarta edición de su *Lehrbuch*". "En las tres ediciones anteriores Feuerbach no se había planteado la cuestión de forma general, sí, en cambio, el tratamiento de determinadas acciones inidóneas (SCHÜLER, *Der Mangel*, p. 13 s.) en cuyo caso se inclinaba por su punición. *Por lo tanto,*

Respecto al elemento objetivo, a la exteriorización, no puede dudarse que ello es exigido por von Zeiller al hablar de "acción", en un sentido de exterioridad, de objetividad, en el entendido que define el delito, en el artículo 3° de la introducción al *Código Penal* señalando que "Son delitos las acciones u omisiones contrarias a las leyes". Reafirma este concepto la utilización repetida de la palabra "hecho" en el artículo 2° del *Código*, cuando se refiere genéricamente a las circunstancias eximentes. Más aún, lo señala directamente en el artículo 8°, al exigir la realización de una *acción exterior* punible, expresión que fue utilizada por Feuerbach en el texto del primero de los dos artículos en que trata la tentativa el *Código Penal* bávaro de 1813.

Con ello, a nuestro parecer, debiera quedar claro que el primer autor en referirse a la tentativa como principio de ejecución de un acto exterior, que no se consuma por razones independientes de la voluntad del agente fue von Zeiller. Ello da lugar a otras consecuencias.

En efecto, el *Código Penal* austriaco de 1803, al exigir, en su artículo 7°, que para la punición de la tentativa se "emprenda una acción tendiente a su ejecución eficaz", *es el primer texto legal que consagra claramente la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos*. Reafirma este concepto en su artículo 8°, al señalar que "nadie está obligado a dar cuenta de sus pensamientos o de sus intenciones interiores, en tanto no emprendiera una *acción exterior punible*". Esta distinción, que es la carta de presentación del Derecho penal contemporáneo, que en la defensa de los derechos de las personas afirma que la iniciación de una acción ejecutiva es un momento constitutivo de la tentativa, excluyendo en forma general de la punición a los actos preparatorios, debe reconocerse que fue formulado originalmente por von Zeiller.

Asimismo, en el § 7 del *Código Penal* austriaco de 1803 podemos encontrar también sostén a la punición de la tentativa inidónea, en el marco de una construcción de tinte objetivista, y por ello convenientemente limitada para evitar la punición del delito irreal y el supersticioso –aunque algunos hayan visto, erradamente, la posible punición de tales variantes del delito imposible–[40]. Esto se puede ver claramente al señalar el citado artículo que se realice "de tal manera que sólo se interrumpe en el logro del resultado por *inidoneidad (impotencia)*, por un obstáculo independiente de su voluntad o por caso fortuito".

Formulaciones similares a la mencionada en el párrafo anterior, sin embargo, han llevado a algunos autores, por desconocimiento, a sostener la punición del llamado "delito imposible" en diversas legislaciones relacionadas con el *Código Penal* austriaco de 1803. En primer lugar, en los textos legales que le sirvieron de antecedente, en la *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768, en el art. 3, § 15, en el art. 13, § 2, en el art. 13, § 7, y en el art. 92, § 8, y en el *Código Josefino*, de 1787, en el § 9. Así también en los que se sirvieron del *Código* de 1803 como fuente, como el *Código* de Baviera de 1813, en su artículo 57, también han pretendido, erradamente, atribuirle esta extensión. Han olvidado, sin embargo, que la formulación, como en este último caso, del artículo 58, a todas luces idéntica a la segunda parte del artículo 7° del *Código* de 1803 impide una tal interpretación, en la que repite el concepto de inidoneidad (impotencia). Es especialmente este último el que nos permite hacer estas observaciones.

No puede ser despreciado, como antecedente, que von Zeiller, el codificador, elogiaba a la *Josephina* por la supresión de delitos como hechicería y herejía "fruto de una errónea confusión que convirtió a hechos pecaminosos y perjudiciales al Estado en delitos"[41]. Cómo podría alguien suponer que quien despreciaba la hechicería, como posibilidad de consumación de un hecho ilícito, pudiera concebir la punición de una tentativa irreal habiéndose utilizado tales medios; resultaría absurdo. Debe conciliarse esto, además, con el deseo manifestado por

parecía sostener un punto de vista subjetivo. (Así, DELAQUIS, *Der untaugliche Versuch*, p. 64)". (Lo destacado es nuestro)

[40] SCARANO, *op. cit.*, p. 97, n. 57.

[41] BRAVO LIRA, Dos vertientes..., cit., p. 43 y n. 35.

el codificador de "exclusión del arbitrio judicial"[42], que lo llevara a la delimitación más precisa posible de la tentativa, llevando la técnica del Derecho Penal a los estadios más avanzados de su tiempo, adelantándose, a lo menos en decenios, a quienes luego imitaron su trabajo.

Si como señalábamos, en la Josefina en 1787 ya se insinuaba que el criterio distintivo de la tentativa es el momento ejecutivo, y que se corona tal concepción en el *Código* de 1803, y éste es el mismo que se recibe en el *Código Penal* chileno a través de la legislación española, nuestra legislación penal debe tal legado al legislador austriaco. Así, según señala el artículo 7° del *Código* de 1803, requiere se "emprenda una acción tendiente a su *ejecución* eficaz", y que en el artículo 8° del mismo texto requiere que sea la realización de una *acción exterior* punible, se refleja en el *Código Penal* español de 1848, al señalar en su artículo 3° que "da principio á la *ejecucion* del delito", ya adoptada en el *Código* de 1822, en su artículo 5°, en el "acto esterior que dé principio á la ejecucion del delito", no debe extrañarnos encontrar idéntico precepto en el artículo 7° del *Código Penal* chileno de 1874. Este último texto señala que en la tentativa se "da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos".

Código penal español de 1848 Art. 3°. Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da *principio á la ejecucion* del delito *directamente* por *hechos* exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Código penal chileno de 1874 Art. 7° Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone a de parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da *principio a la ejecución* del crimen o simple delito por *hechos directos*, pero faltan uno o más para su complemento.

Como es posible observar, nadie podría sostener razonablemente que esta disposición provenga del Código Penal francés de 1791 y sus versiones posteriores, cuya fórmula es sustancialmente diversa, al señalar su artículo 2° que la tentativa "se haya manifestado por un principio de ejecución"[43]. La exteriorización es "patrimonio" austriaco, dado a sus múltiples herederos, entre ellos, la legislación penal francesa, a través de las obras de von Martini y las de su discípulo, quien le superara, al menos en estas materias, von Zeiller.

5. CONCLUSIÓN

Debemos reiterar los conceptos vertidos más arriba, en cuanto que es claro que la fórmula inicial de von Martini, y la perfeccionada por su discípulo von Zeidell fue recepcionada en Chile de dos maneras.

Primero, indirectamente por su influencia en el *Código Penal* francés de 1810, y a través de éste en el *Código Penal* español de 1822, el que fue una de las fuentes, aunque muy secundaria, del *Código Penal* español de 1848.

En segundo lugar, perfeccionada en el trabajo de von Zeiller y el *Código Penal* austriaco de 1803, que fuera fuente del *Código Penal* brasileño de 1830, como nos enseña Bravo Lira, y, a su vez fuente indirecta del *Código Penal* español de 1848[44], que a su vez se tomó como modelo, en esta materia, para el *Código Penal* chileno de 1874.

[42] Cfr. Bravo Lira, Dos vertientes... cit., p. 43.

[43] Cfr. a la traducción de Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 2ª ed., Madrid, 1902, p. 69.

[44] Cfr. Bravo Lira, *op. cit.*, p. 36.

Los autores chilenos que se han preocupado en forma monográfica de la tentativa suelen caer en el mismo error que evidenciáramos respecto de los autores españoles[45]. Para Enrique Cury[46] –quien no conoce el origen austriaco de la disposición del *Código* chileno, proveniente del *Código* de 1803– la cree enraizada en el *Código Penal* francés de 1810, que para él sería el que impuso el punto de vista del principio de ejecución. Argumenta que la disposición de la Josefina podría inducir a equívocos, al referirse al "principio de ejecución". El problema se produce porque la argumentación utilizada por los autores que cita Cury[47] es incompleta, ya que omiten el origen de la disposición del *Código Penal* francés de 1810. Tampoco ha podido conocer, por las fuentes que menciona, el verdadero origen de la disposición, que, como viéramos, proviene del *Código Penal* austriaco de 1803, a través del *Código* brasileño. En el mismo error, por la inexactitud de las fuentes que sigue, incurre Garrido Montt[48], quien señala que el artículo 7° del *Código Penal* chileno de 1874, hoy vigente, se redactó teniendo como base el artículo 3° del *Código Penal* español de 1822. Basta una mirada para entender que el artículo 7° del *Código Penal* chileno es la fiel copia del *Código Penal* español de 1848, y no del de 1822, y que la disposición del *Código Penal* español de 1822, si bien proviene del *Código Penal* francés, lo es de la copia que resulta éste de la *Josefina*.

Von Zeiller, por lo tanto, es el primero que señala un marco estricto para la tentativa, al exigir no sólo que se "*emprenda una acción tendiente a su ejecución eficaz*", y por "*acciones exteriores*", sino que la restringe señalando que tenga como característica "*que sólo se interrumpe en el logro del resultado*" por una tres condiciones: en primer lugar, la que suele traducirse (en especial en su trascripción realizada por Feuerbach en el *Código Penal* Bávaro de 1813, y traducida por Zaffaroni), *por impotencia*, pero que estimo corresponde a una expresión de la ciencia penal más avanzada, desconocida en aquel entonces, *la inidoneidad* (claro está que debemos establecer la correspondencia con las ideas avanzadas de von Zeiller, restringiendo la punibilidad de la tentativa inidónea, excluyendo la tentativa supersticiosa y la irreal); en segundo lugar, *por un obstáculo independiente de su voluntad*; y en tercer lugar, *por caso fortuito*. Es decir, los límites parecidos a los que propone la dogmática contemporánea, y que se encuentran trascritos en nuestro *Código Penal* chileno, vigente desde 1874.

[45] Cfr. FARRÉ TREPAT, *op. cit.*, p. 140, quien recalca, persistiendo en su error, que "el citado "dar principio a la ejecución" es en última instancia un producto de las ideas de la revolución francesa aplicadas al comienzo de la tentativa".

[46] CURY URZÚA, Enrique, *Tentativa y delito frustrado. (El proceso ejecutivo del delito)*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1977, p. 28

[47] Cfr. CHAVEAU, Adolphe y HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Penal*, I, 254, pp. 402 y 403, ORTOLAN *Eléments de Droit Penal*, I, 1022, p. 464. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, II, 49, I, p. 210. olvidaron mencionar, o francamente desconocen, el punto de vista del redactor francés de la disposición, Pastoret, quien confesara su origen austríaco.

[48] GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 98.

ANEXO

La tentativa en los códigos penales de Austria, de 1787 (*Josefina*), y de 1803, en los códigos penales de España, de 1822, 1848, 1850 y 1870, y en el *Código Penal* de Chile, de 1874 (hoy vigente)

1. Código Penal *austriaco de 1787* (Josefina)
Karl Anton von Martini

§ 9 El solo atentado de una acción criminal se convierte en delito, tan pronto como el malintencionado se habrá preparado para la ejecución del mal y habrá manifestado su propósito con algún signo y acto externo, aunque el hecho haya quedado sin ejecutar por caso fortuito o por otro impedimento sobrevenido

2. Código Penal *Austriaco de 1803*
Franz von Zeiller

Art. 7. Para que haya un delito no es necesario que el hecho realmente se consume. La sola tentativa de un hecho delictivo también constituye un delito, toda vez que el malintencionado emprenda una acción tendiente a su ejecución eficaz, de tal manera que sólo se interrumpe en el logro del resultado por inidoneidad (impotencia), por un obstáculo independiente de su voluntad o por caso fortuito[49].

Art. 8. Nadie está obligado a dar cuenta de sus pensamientos o de sus intenciones interiores, en tanto no emprendiera una acción exterior punible, o no haya omitido nada que la ley prescribe hacer[50].

Art. 40. Las circunstancias atenuantes relativas al hecho son:

1° Si el acto se ha realizado en los límites de una tentativa, y según si estaba más o menos cerca de la ofensa cumplida[51].

3. Código Penal *español de 1822*

Art. 4°. La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos ó más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga á otra ú otras, cuando no es aceptada por estas.

Art. 5°. La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto esterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare.

[49] Cfr. *Code pénal général de l'Empire d'Autriche*, traduit sur le derniére édition officielle par Victor Foucher, Imprimerie Royale, 1833, p. 5 ss. Art. 7. Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait délit que le fait soit réellement consommé. La seule tentative d'un fait criminel constitue aussi un délit, toutes les fois que le malintentionné entreprend une action tendant à son exécution effective, pourvu qu'il soit seulement interrompu dans l'accomplissement par impuissance, par un obstacle indépendant de sa volonté ou par cas fortuit.

[50] *Ibid.* Art. 8 Personne ne peut être contraint de rendre compte de ses pensées ou de ses desseins intérieurs, tant qu'il n'a pas entrepris une action extérieure condamnable, ou n'a rien omis de ce que la loi prescrit de faire.

[51] *Ibid.* Art. 40. Les circonstances atténuantes tirées du fait sont:

1° Si l'acte est demeuré dans les limites d'une tentative, et suivant qu'il a été plus ou moins près du délit accompli.

Art. 6°. La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuracion en que no haya llegado á haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine espresamente.

Art. 7°. Por regla general, y escepto en los casos en que la ley determine espresamente otra cosa, la tentativa de un delito, cuando la ejecucion de este no haya sido suspendida, ó no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad, ó por circunstancia independiente de la voluntad de su autor, será castigada con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescriba contra el delito que se intentó cometer; y si el acto que efectivamente se haya cometido para prepara ó empezar la ejecucion de este delito tuviere señalada alguna pena especial, se aplicará esta tambien al delincuente.

Art. 8°. La tentativa de un delito en el caso de que la ejecucion de este, aunque ya empezada ó preparada, se haya suspendido y dejado de consumar por arrepentimiento ó por voluntario desistimiento del autor, no sera castigada sino cuando el acto que efectivamente se haya cometido para preparar ó empezar la ejecucion del delito principal tenga señalada alguna pena, en cuyo caso será esta la que se aplique; salvo las disposiciones particulares de la ley cuando determine otra cosa.

Art. 9°. El pensamiento y la resolucion de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningun acto para preparar ó empezar la ejecucion del delito, no estan sujetos á pena alguna; salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.

4. Código penal *español de 1848*

Art. 3°. Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4°. La conspiracion y la proposicion para cometer un delito solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

La conspiracion existe cuando dos ó mas personas se conciertan para la ejecucion del delito.

La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.

Art. 5°. Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

Art. 61. A los autores de un delito frustrado se impondra la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito.

Art. 62. A los autores de tentativa de delito se impondra la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito.

5. Código Penal *español de 1850*

Art. 3°. Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4°. Son tambien punibles la conspiracion y la proposicion para cometer un delito.

La conspiracion existe cuando dos ó mas personas se conciertan para la ejecucion de un delito.

La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.

Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion para cometer un delito, dando parte y revelando á la Autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haber comenzado el procedimiento.

Art. 5°. Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

Art. 61 A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito.

Art. 62. A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito.

La conspiracion para cometer un delito se castigará como tentativa; la proposicion para el mismo fin con una pena inferior en dos grados á la anterior, salvo aquellos casos en que la conspiracion y la proposicion tengan señalada mayor pena por artículos especiales del Código.

6. Código Penal *español de 1870*

Art. 3°. Son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecucion que deberian producir como resultado el delito, y sin embargo no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da de principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecucion que debieran producir el delito, por causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4°. La conspiracion y la proposicion para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

La conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion del delito y resuelven ejecutarlo.

La proposicion existe cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.

Art. 5°. Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

Art. 66. A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado.

Art. 67. A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado.

7. Código Penal *chileno de 1874*

Art. 7° Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

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

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

Art. 8° La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

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

La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas.

Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan de y circunstancias.

Art. 9° Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.