

ESTUDIO SOBRE LA PUNIBILIDAD
DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL EN CHILE.
¿HACIA UNA NOCIÓN DE *TIPO PENAL* DIFERENCIADO PARA LA TENTATIVA?

FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ*
Universidad Diego Portales

“En mi opinión, *la mayor parte de las dificultades* [relativas al problemático estatus del dolo eventual] *ha sido generada por la convicción de que la forma básica del dolo es el dolo directo*”¹.

SUMARIO: I. El Problema. II. El estado de la cuestión en Chile. II.1 La sentencia de la Corte Suprema de 24 de septiembre de 2007: epítome de la posición tradicional. II.2 El estado de la cuestión (más allá de la posición tradicional). II.3 ¿Antecedentes jurisprudenciales? La desusada tesis del dolo genérico y el sentido histórico de la fórmula “intención de matar”. II.4 Marco teórico: reconstrucción del debate nacional a la luz de las precomprensiones dogmáticas en juego (además de una variable

* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad Diego Portales. Una parte sustantiva de este trabajo fue expuesta en las XII Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales (U. de Talca, noviembre de 2015). Una versión similar fue publicada como “El caso de la llave de gas del frustrado suicida parricida. Sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, en VARGAS, Tatiana (coord.), *Casos destacados. Derecho penal, Parte general*, (Chile, 2015), T. I, pp. 223-263. El presente trabajo corresponde en buena medida a una reorganización del material de aquella publicación, con añadidos y sustracciones por aquí y por allá, amén de cambios formales. Lo sustantivo es la incorporación de una nueva sección (I), con nuevos casos, pero sobre todo el planteamiento incorporado como subsección III.4, y la consecuente modificación de las conclusiones del trabajo (IV). Esta reedición ha llevado al autor a decidir dedicar este artículo a la memoria de los profesores Enrique Cury Urzúa y Mario Garrido Montt, con total humildad. Que Enrique Cury y Mario Garrido hayan defendido dos tesis en pugna en materia de *tentativa con dolo eventual* es por lo demás una razón suficiente para dedicarles un trabajo que no ha pretendido más que exponer con lealtad los mejores argumentos que, a favor y en contra, se han ofrecido en nuestro medio. Agradezco en fin los detallados comentarios recibidos en el curso de la preparación de esta reelaboración por los colegas Jaime Couso y Héctor Hernández de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco en fin al Director y al Secretario de Redacción de la Revista de Ciencias Penales por el adecuado espacio editorial que ya desde hace casi tres años han venido ofreciendo a quienes intervienen en las Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales.

¹ CURY, Enrique, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, en *Nullum crimen, nulla poena sine lege: Homenaje a grandes penalistas chilenos* (2010), pp. 79-96 y p. 89 (las cursivas en el original).

de índole práctica-probatoria). a. Dolo. b. Tentativa. c. Casi una digresión. ¿El factor volitivo como amicus curiae en sede probatoria? d. El lugar de la posición tradicional en este panorama de precomprensiones dogmáticas (a la vez, su lugar bajo una cierta tendencia jurisprudencial). III. Balance. Deudas argumentativas no saldadas. III.1 El giro subjetivista de la fórmula “hechos directos” (inc. 3° art. 7° CP): un camaleón. III.2 La interpretación acorde con el lenguaje común. III.3 La situación del dolo de consecuencias seguras. III.4 La objeción elemental: ¿un tipo diferenciado para delito tentado y delito consumado? ¿Un problema de (inmerecida) imputación subjetiva o la tentativa como alius típico? El dolo directo como plus requerido para una tentativa merecedora de pena. IV. Coda, a modo de conclusión: el dolo eventual como forma básica del dolo. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Tentativa, dolo eventual, dolo directo, dolo de consecuencias seguras, tipo de tentativa, prueba de la tentativa.

Este estudio busca ofrecer una reconstrucción dogmática sobre el estado de la cuestión en Chile en materia de punibilidad de la *tentativa con dolo eventual*. Comprende aquella categoría supuestos en los que la consumación del delito (cuya imputación se discute a título de tentativa) no constituye el propósito del agente, si bien éste se la *representa* como *probable*, pese a lo cual actúa (*aceptando* o *conformándose* con la consumación)². Obviamente la consumación no se produce (pues de otro modo –paradójicamente quizás– el problema de la responsabilidad a título de dolo eventual no se plantea, al menos en la medida en que el tipo de la parte especial lo soporte, por cierto)³. ¿Es punible bajo dichos presupuestos la tentativa del delito no consumado, como tal⁴?

Como se verá, las opiniones están divididas en nuestro medio, sobre todo en la doctrina. Por su parte, la jurisprudencia más destacada se inclina por el rechazo de la punibilidad.

Más allá de la caracterización de aquellas opiniones, la temática ofrece interés en cuanto mirilla hacia el mundo de precomprensiones latente en los conceptos

² Simplemente estoy parafraseando la noción estándar de dolo eventual predominante entre nosotros: por todos, cfr. HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1°, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (directores): Código penal comentado. Parte general, (Santiago 2011), pp. 53 y ss., esp. pp. 71 y ss.

³ Y justamente en el hecho de que no se plantee el problema puede haber un problema: cfr. lo que se dirá más abajo en III.4, a propósito de un criterio diferenciador entre el *dolo de la tentativa* y el *dolo del delito consumado*.

⁴ Otra forma de preguntar lo mismo, apuntando ahora a la dimensión subyacente al tipo positivo, sería: ¿se responde a título de dolo por la creación de un riesgo típico no concretado, allí donde su concreción *no es perseguida* por el agente, aunque *sí prevista como posible* y, como tal, *aceptada*?

de dolo (eventual) y tentativa asumidos en nuestro medio⁵. Como se aspira a ilustrar, las opiniones descansan, en buena medida, en el énfasis o giro atribuido al factor volitivo del dolo o en la mayor o menor resistencia a reconocer al dolo eventual como categoría de imputación con plena “carta de ciudadanía” junto al dolo directo (incluso como forma básica de dolo)⁶, así como –por otro lado– en el tipo de fundamentación que se proponga para la punibilidad de la tentativa⁷, su estructura y –ya en el plano del derecho positivo– en el giro que se atribuya a la fórmula “hechos directos” del art. 7° inc. 3° de nuestro Código Penal.

Ofrecer una breve reconstrucción de las posiciones en lo pertinente y, sobre todo, de sus presupuestos dogmáticos, constituye el objeto de este trabajo. Hacia el final se formulan algunas reflexiones que sólo pretenden identificar deudas pendientes o fragilidades argumentativas de la *posición tradicional* (aquella que rechaza la punibilidad). Por cierto, no se pretende que sea éste el espacio para saldar o superar aquellas deudas o fragilidades.

La estructura del trabajo es la siguiente: primero (I) se explicita el problema a la luz de una tríada de casos. Luego (II) se da cuenta del tipo de soluciones que se han ofrecido en nuestro medio. Lo anterior incluye: una revisión de la principal sentencia en la materia, representativa de la posición tradicional (II.1); un rápido panorama del estado de la cuestión en doctrina (II.2); una nota crítica sobre la pertinencia de los antecedentes jurisprudenciales invocados a su favor por la posición tradicional (II.3), y, en fin, una reconstrucción del debate nacional a la luz de las precomprensiones dogmáticas latentes, incluyendo una consideración relativa a la problemática probatoria de la tentativa. El desarrollo del artículo sigue con un balance (III), comprensivo de los puntos o argumentos no del todo esclarecidos (fundamentalmente por la posición tradicional). Se cierra el trabajo con unas conclusiones (IV) que conectan el *iter* del mismo con su principio.

⁵ Por lo que toca al dolo, un panorama completo en HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1°, ob. cit., pp. 53 y ss., esp. 69 y ss., al que puede añadirse el trabajo crítico de VAN WEEZEL, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, pp. 25 y ss. Por lo que toca a la tentativa, por todos, cfr. MERA, Jorge, art. 7° (Comentario), en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (directores): Código penal comentado. Parte general, (Santiago 2011), pp. 148-150 y POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre, art. 7° (Com.), en POLITOFF, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis (directores) y MATUS, Jean Pierre (coordinador), Texto y comentario del Código Penal chileno, (Santiago, 2002), T. I, pp. 82-83.

⁶ Cfr. *infra* III.4 y IV. De aquí entonces la cita de Enrique Cury con la que se abre este trabajo. Tendencialmente más proclives a denunciar la incompatibilidad con la tentativa aparecerían aquellas posiciones que reconocen sólo en el dolo directo la forma básica de dolo, cuanto más si se asumen caracterizaciones “emocionalistas”. Sobre la caracterización emocionalista del dolo, cfr., crítico, VAN WEEZEL, Alex, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., pp. 23-51, pp. 40 y ss. En lo demás, con mayor detalle, *infra* II.4.

⁷ Con mayor detalle, *infra* II.4.

I. EL PROBLEMA

Para aquilatar de inmediato la relevancia práctica de la pregunta por la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual, el lector podrá tomar nota de algunos conocidos casos “de manual” (pero no por ello menos plausibles). Se describen incluyendo las interrogantes que ellos abren:

(1) Un autor de violación realiza una maniobra de estrangulamiento que pone gravemente en peligro la vida de la víctima. La maniobra la ejecuta para quebrantar su resistencia a la violación. El autor se representa como probable un desenlace fatal (y lo acepta, si se quiere, subordinando ese peligro a su propósito carnal). Con independencia de la concreta situación de parte especial, ¿ha de negarse una tentativa de homicidio en la especie, argumentándose el carácter no (directamente) intencional de aquella “tentativa”⁸?

(2) Un sujeto corre arrancando de un perseguidor (por ejemplo, un policía que legítimamente intenta alcanzarlo) disparando su revólver hacia atrás, obviamente sin poder detenerse para apuntar con precisión, pero al menos procurando que los disparos no se dirijan a zonas vitales del cuerpo de su perseguidor. El sujeto dispara con el propósito de disuadir al policía y propiciar la huida, pero en su frenética carrera no puede descartar (y acepta, si se quiere) un resultado lesivo cualquiera para su perseguidor (desde lesiones a muerte)⁹. Supuesto que el peligro no llegue a concretarse en uno de aquellos resultados, ¿ha de responder por tentativa de algún delito de resultado? ¿Cuál, en su caso: homicidio tentado o alguna forma de lesiones tentadas? ¿Y cómo decidir entre unos y otros hipotéticos resultados?

(3) Un conductor que, para colmar su necesidad de adrenalina o bien a raíz de una desquiciada apuesta de dinero, maneja por una carretera a alta velocidad y en dirección contraria (incluso de noche, si se quiere, aunque con las luces encendidas), apostando a que será esquivado por los vehículos que circulan (correctamente) en sentido inverso. Descartando un hipotético delito de peligro, ¿sólo responderá por grave infracción (administrativa) a las leyes del tránsito en el evento de no resultar colisión alguna? Lo anterior, ¿sin que pueda imputársele tentativa de delito contra

⁸ Cfr. un caso similar en ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, traducción de la 1ª edic. alemana de Luzón Peña, nm. 78, (Pamplona, 2014), T. II, p. 458.

⁹ Cfr. un caso similar en MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, (Milano, 2004), p. 260.

la vida o la integridad física? En su caso, también aquí, ¿cómo decidir entre unos y otros resultados hipotéticos¹⁰⁻¹¹?

Como se ha anticipado, la pregunta por la punibilidad de la *tentativa con dolo eventual* ha ocupado a nuestra jurisprudencia y doctrina. Curiosamente, nuestro medio le ha dedicado al problema una atención relativamente mayor que en determinados contextos comparados, en los que sin mucha discusión tiende a imponerse la tesis de la plena compatibilidad entre tentativa y dolo eventual. Éste es el caso de al menos dos ordenamientos de marcada influencia en nuestro sector, como son Alemania¹² y

¹⁰ Cfr. un caso del tipo *Geisterfahrer*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la “conducción suicida” (1988-3), pp. 970 y ss., pp. 974-975.

¹¹ Otros casos interesantes: “Los particulares que torturan a otro para extraerle un secreto de utilidad para sus finalidades subversivas —sin el propósito directo de causarle la muerte— y que llevan a cabo acciones extremas que, dado el ya muy delicado estado de la víctima, se habían representado como posiblemente suficientes para causarle la muerte. Tras ser descubiertos y el posible resultado evitado gracias a actividades de reanimación, ¿responderán sólo por lesiones consumadas, pero no por homicidio frustrado? [ejemplo adaptado del ofrecido por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, 1999), p. 47]. La referencia a hipótesis estandarizadas puede seguir, como el conocido caso de “la torta envenenada” ofrecido por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración, (Santiago, 1999), p. 160, o el habitual en la manualística, expuesto por MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, ob. cit., p. 260, del sujeto que dispara a sus legítimos perseguidores con “dolo de huir”, aceptando la posibilidad de herir o matar. Puede en fin imaginarse una constelación de casos más difíciles en principio, en los que resulte indiscutible la licitud del objetivo principal del agente, como el de la cacería en CURY, Enrique, Tentativa y delito frustrado (El proceso ejecutivo del delito) (1977), pp. 96-97: ¿juega un papel la licitud del trasfondo (del objetivo) en la solución más benigna? Al respecto cfr. *infra* nota 66. Otro caso: un sujeto deja caer maceteros desde el undécimo piso de un edificio. Lo hace para gastar una broma a un amigo que está por entrar al edificio (ha calculado que el macetero no lo alcanzaría), pero no puede descartar que alcance a terceros que circulan por la vereda (se trata de una calle y un edificio concurridos, de modo que constantemente entran, salen y pasan personas hacia, desde o por el edificio). El sujeto acepta un resultado de lesión para terceros, apostando al “¿cómo voy a tener tan mala suerte?”.

¹² Cfr. ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, ob. cit., §29, N° 71 y ss., pp. 456 y ss., dando en todo caso cuenta de la opinión favorable a la no punibilidad de la tentativa con dolo eventual de “un grupo relevante, aunque minoritario”, entre los que se cuentan Binding, Lampe y Puppe, entre otros, especialmente para casos de *dolo alternativo*; JAKOBS, Günther; Derecho penal Parte general, 2ª edición corregida, (Madrid, 1997); Libro 2º, Cap. V, Apartado 25, N° 24, p. 866: “si para la consumación basta el dolo eventual, también será así para la tentativa”; ídem, ya en WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, 4ª ed. castellana (trad. de la 11ª edición por Juan Bustos y Sergio Yáñez), (Santiago, 1993), p. 224. En lo demás, cfr. ESER, Albin, §22, SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB Kommentar, 26ª Ed., (München, 2001), §22-17, p. 401: “siendo suficiente el dolo eventual para el tipo consumado, lo es también para la tentativa”; TRÖNDLE/FISCHER, StGB Kommentar, 53ª Ed., (München, 2006), §22-2, p. 177; JOECKS, Studienkommentar StGB, 5ª ed., (München, 2004), §22-4, p. 92.

España¹³. Distinta es la situación en Italia, donde el punto se ha discutido con mayor intensidad, doctrina dividida mediante y con vuelco jurisprudencial en el último cuarto de siglo, a favor de la incompatibilidad¹⁴. En Estados Unidos la situación ha sido menos discutida y una solución sería relativamente incierta en el *common law*, en principio, si bien la solución estándar en el derecho estadounidense limitaría la punibilidad de la tentativa (*attempt*) a la concurrencia de un propósito (*purpose*), estableciéndose, en su caso, una exigencia de *mens rea* más alta para el *attempt* que para el delito consumado¹⁵.

¹³ Cfr. por todos, de reciente publicación, GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia, (2013), LXVI pp. 159 y ss. y pp. 175-176. Completo sobre la materia, FARRÉ TREPAT, Elena, La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, (Barcelona, 1986), pp. 77 y ss. (hay edición post CP1995, Edifofer-BdF, 2011). Otro tanto puede apreciarse en FARRÉ TREPAT, Elena, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución (1986), pp. 257 y ss. y p. 264 (nota 30). De interés también, la tesis minoritaria en España de TAMARIT SUMALLA, Josep María, La tentativa con dolo eventual (1992), pp. 515 y ss.

¹⁴ Cfr. por todos, LAGO, Anna, art. 56 (Comm), Codice Penale Commentato (Marinucci y Dolcini, a cura di), (Vicenza, 2006), num. 32-33, pp. 694-695: la doctrina está fuertemente dividida; la jurisprudencia tradicional fue favorable a la compatibilidad (punibilidad) tentativa/dolo-eventual, si bien se produjo un claro giro a favor de la incompatibilidad desde mediados de los 90 del siglo pasado. El debate gira en buena medida en torno a la interpretación de la fórmula “actos dirigidos de modo no equivoco” del art. 56 CP.it, planteándose –como entre nosotros para la fórmula “por hechos directos”– la discusión sobre si su valencia es objetiva (MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio, Manuale di Diritto Penale, ob. cit., pp. 259 y ss., aceptando por tanto la compatibilidad con el dolo eventual) o bien subjetiva o psicologizante (como en FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, Diritto penale. Parte Generale, 6^a edición, (Bologna, 2009), pp. 476-477).

¹⁵ Cfr. FLETCHER, George P., Basic Concepts of Criminal Law (New York, 1998), pp. 174-176 y 185; y FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law (New York, 2000), pp. 137-138, en ambos casos dando cuenta de la jurisprudencia canónica en la materia: Thacker v. Commonwealth, 134 Va. 767, 114 S.E. 504 (1922), conforme a la cual la exigencia subjetiva del *attempt* sería distinta –más elevada– que aquella del crimen consumado, de modo que “la intención de matar es necesaria para una tentativa de asesinato, pero no para el asesinato mismo”; y United States v. Short, 4 U.S.C.M.A. 437, 16 C.M.R. 11 (1954), conforme a la cual “un error no razonable en cuanto al consentimiento de una víctima de violación no sería atendible como defensa ante una violación consumada, pero sí constituiría una defensa ante una violación no consumada”. Fletcher acota que la discusión teórica sobre esta difícil cuestión ha sido sorprendentemente débil en el contexto estadounidense, no sin manifestar que ciertas corrientes modernas –como las que se expresan a través y por influencia del Model Penal Code– ven con buenos ojos la punibilidad de formas como las de mera puesta en peligro con *reckless* o gravísima imprudencia (posiblemente en atención al componente de *peligro común* que ese tipo de conductas conllevan): cfr. Basic Concepts, ob. cit., p. 174. Por su parte, DRESSLER, Joshua, Understanding Criminal Law, 6^a ed., (New Providence, 2012), p. 385, especialmente nota 65, hace ver lo incierta que sería la respuesta al problema en el *common law*. En cuanto al Model Penal Code, Dressler hace ver que sólo dos hipótesis harían excepción a la regla general conforme a la cual la *attempt* resulta punible sólo bajo un presupuesto de *propósito* (*purpose*) de cometer el delito: cfr. ob. cit., pp. 407 y 409, con referencia a las subsecciones 1(b) y 1(c) del aludido código modelo [bastando el conocimiento o la creencia, y no necesariamente el *propósito* en un supuesto cercano a nuestros casos de consecuencias seguras] y el

Pues bien, ¿qué es lo que se ha resuelto y escrito en Chile al respecto?

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE

1. *La sentencia de la Corte Suprema de 24 de septiembre de 2007: Epítome de la posición tradicional*

Un modo eficaz de aproximarse al estado de la cuestión pasa por el examen de la *primera* (y, hasta donde alcanzamos a ver, *única*) sentencia de nuestra Corte Suprema que se pronuncia explícitamente sobre el punto¹⁶. Se trata de la sentencia de 24 de septiembre de 2007, rol N° 1719-07 (en adelante SCS-2007), un epítome de la posición tradicional, según podremos apreciar¹⁷.

Conociendo en casación, la segunda sala de la Corte Suprema se pronunció a propósito de una hipótesis de suicidio malogrado, ejecutada de un modo en el que no habría podido descartarse una puesta en peligro para la vida de los hijos del malogrado suicida. En efecto, los hijos se habrían encontrado bajo el radio de

comentario del American Law Institute a la sección 5.01 del aludido código modelo [haciendo ver que basta para castigar el *attemp* la *mens rea* exigida para la consumación del delito en cuestión].

¹⁶ La propia sentencia cita al menos un antecedente jurisprudencial de la Corte Suprema para avalar su posición, pero —según se verá— de ningún modo puede decirse que aquel contenga una toma de posición explícita. Por otra parte considérese que hasta 1968, fecha en la que escribe Luis Cousiño su trabajo sobre el dolo eventual [COUSIÑO, Luis, El dolo eventual en la dogmática chilena, en *Revista de Ciencias Penales*, XXVII, (1968), pp. 115 y ss.], sólo una sentencia de la Corte Suprema (SCS, 21 de abril de 1960, publicada en RDJ, LVII, 2ª parte, pp. 4-60) se habría ocupado de manera expresa del concepto y posición del dolo eventual (así, COUSIÑO, El dolo eventual en la dogmática chilena, ob. cit., pp. 116 y 132, con adicionales referencias a pronunciamientos de sentencias relativas al asunto, aunque sólo de modo implícito; referencia a dicha SCS se encuentra ahora en HERNÁNDEZ, Héctor, Comentario al art. 1º, ob. cit., pp. 7-105 y pp. 71-72); mucho menos habría de esperarse entonces un pronunciamiento expreso sobre materia tan específica como su relación con la tentativa. En lo demás, véase *infra* II.3 lo indicado a propósito de la jurisprudencia reportada por ETCHEBERRY, Alfredo, en Derecho Penal en la jurisprudencia, (Concepción, s./f.), T. II.

¹⁷ Publicada en *Gaceta Jurídica* 2007, septiembre, N° 327, pp. 187 y ss. Extracto publicado también en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2 (2011), N° 7, pp. 149-151. Pronunciada por la Segunda Sala de la CS, integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. Cfr. KÜNSEMÜLLER, Carlos, El castigo de las formas preparatorias del delito, en *Derecho y Humanidades*, N° 16, (2010), I, pp. 81-98, p. 92, con referencia a esta sentencia. Por otra parte, y como ya se ha adelantado, al análisis detallado de esta sentencia se dedica LONDOÑO, Fernando, El caso de la llave de gas del frustrado suicida parricida. Sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, en VARGAS, Tatiana (coord.), Casos destacados. Derecho penal, Parte general, ob. cit., pp. 223-263. Sobre la relación entre aquel trabajo y la presente publicación, cfr. lo dicho *supra* en la nota introductoria.

acción del gas con el que el sujeto intentó quitarse la vida¹⁸. ¿Tentativa punible del delito de parricidio respecto de los hijos? es la pregunta que enfrentó la SCS-2007¹⁹.

Acogiendo la casación presentada por la defensa, la SCS-2007 procede a absolver al imputado, declarándose que:

“No obstante la diversidad de opiniones, resulta ser hasta ahora mayoritaria entre nosotros –y poseedora, a juicio de este tribunal, de mejores fundamentos dogmáticos– la postura que circunscribe el dolo de la tentativa al dolo directo, a la intención o propósito delictivo” (considerando 4º).

Pues bien, ¿cuáles son esos (¿mayoritarios?) y –en opinión de la SCS-2007– mejores fundamentos dogmáticos para sostener la exclusiva compatibilidad entre tentativa y dolo directo? Con esta pregunta podemos pasar a examinar la posición tradicional en nuestro medio, haciéndolo de la mano de la SCS-2007.

La tesis de nuestro máximo tribunal refleja fielmente lo defendido por Enrique Cury en su extraordinaria monografía de 1977²⁰, siguiendo a su turno (al menos en

¹⁸ Lo que sabemos del hecho a partir de la casación (y de la sentencia de segunda instancia) resulta ambiguo: el 1 de junio de 2001 el imputado de iniciales A.B.F.C encendió las llaves de gas de su domicilio (no hay referencias a la concreta configuración del domicilio), con la finalidad de suicidarse, encontrándose presentes en el mismo domicilio sus hijos menores de edad (no se mencionan las edades ni el número de hijos). Se dio por acreditada la inexistencia de un propósito o intención directa de acabar con la vida de los hijos (el imputado lo habría negado al menos en sus declaraciones, se dice en la sentencia). Por otra parte, los hijos no sufrieron lesiones de ningún tipo: “Incluso uno de ellos abrió la puerta de la casa a la policía”, se comenta en el considerando aludido, lo que ofrece una pista sobre las posibilidades de desplazamiento al interior del domicilio y sobre la edad mínima de al menos uno de los menores. Nada más puede conocerse sobre los hechos a partir de la SCS-2007. No hay noticia sobre cómo se frustró el suicidio. Por su parte, pueden imaginarse escenarios en los que la pregunta por el dolo eventual esté –en el plano fáctico– completamente fuera de lugar, ya por “exceso”, ya por “defecto”. Con todo, puede asumirse que no medió un encierro ni otro factor que incrementara el riesgo para la vida de los menores, hasta el punto de hacer prácticamente segura su muerte (*dolo de consecuencias seguras*, en su caso). Igualmente, puede asumirse que el sujeto no adoptó resguardos que definitivamente alejaran de sí la imputación de *dolo eventual* (como, por ejemplo, si se ubicó en un recinto interior del domicilio, herméticamente cerrado desde adentro, dejando a sus hijos en sectores ventilados del domicilio y sin acceso a elementos combustibles, entre otros escenarios imaginables que permitirían excluir *a priori* el *dolo eventual* y aún la *imprudencia*).

¹⁹ La Corte Suprema no abordó la pregunta relativa a la compatibilidad entre el dolo eventual y el delito de parricidio, cuestión que entre nosotros ha sido discutida. Por lo que toca al *parricidio*, por todos, cfr. OSSANDÓN, María Magdalena, La faz subjetiva del tipo de parricidio, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso, 1º Semestre de 2010), XXXIV, pp. 415-457. Por lo que se refiere a la (in)compatibilidad entre el dolo eventual y ciertas figuras con tipicidad subjetiva reforzada, como problema general de la parte especial, cfr. por todos, HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1º, ob. cit., pp. 74 y ss., con amplia bibliografía sobre el asunto.

²⁰ CURY URZÚA, Enrique, Tentativa y delito frustrado (El proceso ejecutivo del delito), (Santiago, 1977), pp. 95-98. En la misma obra, el autor advierte sobre el cambio de posición respecto a lo defendido en CURY URZÚA, Enrique, Orientación para el estudio de la teoría del delito (Santiago, 1973), pp. 233-234 (cfr. Tentativa... p. 97, nota 313). Es interesante que el propio Enrique Cury aluda a la SCS-2007 como un fallo que permitiría considerar el criterio de la incompatibilidad

parte) un planteamiento inaugurado por Alfredo Etcheberry en la primera edición de su Derecho Penal²¹. El lector familiarizado con aquellas tesis podrá “sobrevolar” los considerandos transcritos, sin detenerse mayormente.

Afirmada primero la equivalencia entre el dolo de la frustración y el dolo de la tentativa en sentido estricto (considerando 3°), la SCS-2007 funda su posición en los siguientes argumentos, que se sintetizan esquemáticamente:

i. Argumento positivo-dogmático: “hechos directos”.

Consiste en una determinada interpretación de la exigencia del inciso 3° del art. 7° CP, atribuyendo valencia *subjetiva* a la voz *hechos directos*, en los siguientes términos:

“El tenor literal del artículo 7° de nuestro Código exige que el comienzo de ejecución del crimen o simple delito tenga lugar por hechos directos, esto es, orientados o dirigidos directamente a la consumación del ilícito, característica que sólo puede emanar de un acto cometido con una intención que apunta al resultado, con dolo directo. (En este sentido, Cury, Derecho Penal, Parte general, op. cit. [Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, 2005], p. 562)” (considerando 5° de la SCS-2007).

ii. Argumento dogmático-*a priori*, atingente a la naturaleza de la tentativa y el dolo eventual.

Consiste en una determinada concepción dogmática de la *tentativa* (de su faz subjetiva) y del *dolo eventual*, subrayándose la incompatibilidad (ontológica, lógica o semántica) entre –por una parte– la idea de “intento” (Cury), “búsqueda del hecho típico” (Cury), “persecución de una meta” (considerando 5° SCS-2007), “voluntad finalista” (Etcheberry) o “direccionamiento hacia un objetivo” (SCA San Miguel-2000)²² y –por otra parte– la “mera aceptación” de dicho objetivo (como factor volitivo del dolo eventual). Como puede observarse, esta segunda línea supone una determinada preconcepción del *dolo eventual*, enfatizándose su menguada entidad en el plano volitivo. En este contexto, la fundamentación paradigmática se identifica con los planteamientos de Cury, reproducidos así por la SCS-2007:

“Cury (...) rechaza la compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual, ya que este grado de desarrollo del delito implica, por definición, una búsqueda del hecho típico, cuya realización es puesta por el autor como el objetivo directo de su actividad y en el dolo eventual existe una mera aceptación de un resultado que el sujeto toma como suyo para el caso hipotético que se produzca. (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte general, 7ª edición, [2005], p. 562)” (Considerando 4°).

como “dominante en la práctica”: cfr. CURY URZÚA, Enrique, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, en SCHWEITZER W., Miguel (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sin lege: Homenaje a grandes penalistas chilenos*, (Santiago, 2010), pp. 79-96, p. 86, nota 15.

²¹ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal (Parte general), 1ª edición, (Santiago, 1964), T. II, p. 70.

²² SCA San Miguel, 2000, *Gaceta Jurídica* N° 245, pp. 184 y ss. Esta sentencia se comenta brevemente *infra* II.3.

Y de inmediato:

“Lógicamente no se puede intentar –explica el mismo autor– algo que sólo se acepta. La tentativa exige, por definición, una actitud positiva, esto es, la persecución del resultado típico como objetivo principal. El que sólo se “tolera” como alternativa “subsidiaria”, puede ser puesto a cargo del sujeto únicamente si se concreta. (Enrique Cury, *Tentativa y Delito Frustrado*, [1977], p. 97).” (Considerando 4º).

Todo ello parece cristalizar en el siguiente *dictum* de la SCS-2007:

“Que, si la tentativa existe únicamente cuando el autor actúa con dolo de realizar el tipo delictivo previsto y la *dirección de voluntad* del hecho intentado coincide con la del hecho consumado (...) y si este acto ejecutivo requiere del sujeto la *firme resolución* de cometer el delito en grado de consumación (...) no parece sustentable identificar esta exigencia subjetiva también con el dolo eventual, en que, precisamente, la voluntad de realización no *persigue* como meta la obtención del resultado típico y antijurídico punible” (considerando 5º, los destacados en cursiva son nuestros, funcionales a resaltar los segmentos que enfatizan la dimensión volitiva).

En fin, la Corte Suprema quiere enlazar su decisión con otra de la propia Corte, así como con dos pronunciamientos de Cortes de Apelaciones. En efecto:

“La jurisprudencia se ha pronunciado en más de alguna ocasión por la exigencia de dolo directo en la tentativa y [el] delito frustrado. ‘Es elemento esencial en un delito frustrado de homicidio que quede acreditada la intención homicida’ y que el reo haya puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara. (SCS, 1971, RDJ, LXVIII, 4 71) No pueden calificarse de homicidio frustrado las lesiones menos graves causadas por el reo a una de las víctimas, si los antecedentes del caso no permiten tener por establecida la intención de matar. (SCA Santiago, 1981, RDJ, LXXVIII.4 31) ‘En la tentativa, en cambio, hay acuerdo en que es posible únicamente la actuación con dolo directo, desde que su existencia requiere que todos los actos realizados por el actor subjetivamente los haya orientado en dirección al objetivo, siendo indispensable una intencionalidad, la que está ausente en el dolo meramente eventual’. (SCA San Miguel, 2000, *Gaceta Jurídica* N° 245, pp. 184 y ss.)” (considerando 4º, SCS-2007).

2. El estado de la cuestión (más allá de la posición tradicional)

Como se ha dicho, la SCS-2007 es sin duda representativa de la posición tradicional en nuestro medio. Con todo, no puede decirse que aquella sentencia haga honor al estado de la cuestión, al menos en doctrina nacional. Bastará con informar al lector que el panorama se presenta allí bastante más abierto que lo que la SCS-2007 reproduce²³.

²³ La SCS-2007 alude sólo oblicuamente a las posiciones contrarias defendidas por los profesores Politoff y Garrido Montt. En lo demás, el panorama que ofrece la SCS-2007 puede llevar a pensar que la posición tradicional representa casi monolíticamente el estado de la cuestión en Chile (y aun en derecho comparado). Por lo que toca a nuestro medio, un panorama lo suficientemente

Lo que puede afirmarse con propiedad es que la posición de la SCS-2007 coincide con la de dos de los más decisivos penalistas chilenos de los últimos cincuenta o sesenta años; como se sabe, Enrique Cury²⁴ y Alfredo Etcheberry²⁵. Siempre en la misma línea, a ellos puede sumarse la opinión de Gustavo Labatut. El también ineludible Juan Bustos Ramírez podría mencionarse aquí, aunque su apoyo merece un importante *caveat*²⁶. A los anteriores deberíamos poder contar también a Carlos Künsemüller²⁷, precisamente redactor de la SCS-2007.

Del otro lado del debate se ubican, sin embargo, opiniones históricamente no menos resonantes, como las de Eduardo Novoa Monreal²⁸, Mario Garrido Montt²⁹ y Sergio Politoff³⁰ (estos últimos dos autores en el marco de importantes contribu-

amplio se encuentra en el comentario de MERA, Jorge, Art. 7º (Comentario), ob. cit., pp. 148-150, cuanto menos por lo que toca a la manualística publicada en Chile. En fin, considérese que el propio Enrique Cury reconoce en su *Derecho Penal* que su planteamiento puede considerarse minoritario, atendiendo también a fuentes comparadas: cfr. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, (Santiago, 2005), p. 562, con bibliografía en nota 65. En cuanto a la situación en algunos ordenamientos comparados, cfr. *supra* I, notas 12 a 15.

²⁴ Es interesante advertir que Enrique Cury cambia en este punto su posición original, defendida en su *Orientación*, lo que luego reconoce en su monografía de 1977. En su *Orientación* exponía: “Es perfectamente concebible una tentativa ejecutada con dolo eventual. Etcheberry, que piensa de otro modo, arranca de una interpretación equivocada del giro *hechos directos*, empleado por el art. 7º inc. final sólo para enfatizar la exigencia de ejecutividad” (CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 233-234).

²⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, ob. cit., pp. 320-321; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal (Parte general)*, ob. cit., pp. 64-65.

²⁶ En cuanto escribe para España, por tanto, bajo un distinto régimen de punibilidad para el delito imprudente: cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y dolo eventual* (original publicado en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984), en *Obras completas. Control social y otros cambios*, 2ª edición, (Santiago, 2007), T. II, pp. 142 y ss.; igualmente, desde un punto de vista más dogmático, sus *Lecciones de Derecho Penal*, en *Obras Completas*, T. I, (2007), pp. 615-616.

²⁷ Cfr. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *El castigo de las formas preparatorias del delito*, ob. cit., pp. 81-98, precisamente con referencias a la SCS-2007, aunque abordando la materia de modo descriptivo, sin una toma de posición explícita a favor de la posición tradicional.

²⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal* (Santiago, 1966), T. II, p. 143.

²⁹ Aunque contrario a la punibilidad de la tentativa de homicidio con dolo eventual en su notable monografía de 1976, *El homicidio y sus figuras* [GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales* (Santiago, 1976), pp. 124-125], Garrido argumenta decididamente a favor de la punibilidad en su monografía de 1984 dedicada al *iter criminis* y la participación [GARRIDO, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación* (Santiago, 1984), pp. 132 y ss.]; y por cierto también en GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, (Santiago, 1997), T. II, pp. 351-352.

³⁰ Sergio Politoff ofrece una opinión balanceada y profunda, marginando de la compatibilidad casos que, en su opinión, deberían quedar impunes por tratarse de imprudencia (y no dolo eventual), bajo un presupuesto de *duda favorable* al imputado. Cfr. POLITOFF, Sergio, *Los actos*

ciones monográficas). A ellas se han sumado en los últimos años las opiniones de Roberto Salim-Hanna³¹, Jaime Náquira (con detallada toma de posición, aunque partidario de la compatibilidad sólo *de lege lata*)³² y Tatiana Vargas³³. Por otra parte, y quizás más importante aún, no hay razones para pensar que adhieran a la posición tradicional aquellas muchas voces del penalismo chileno contemporáneo que reconocen en el dolo eventual una forma básica de dolo (sin complejos)³⁴ o que cuanto menos se muestran críticos del énfasis *volitivo-emocionalista* utilizado para las distinciones pertinentes (“hacia arriba” o “hacia abajo”, respecto del dolo directo y de la imprudencia)³⁵, más aún si se trata de perspectivas normativizadoras del dolo desde lo cognitivo-intersubjetivo (paradigma en el que la tripartición pierde sentido)³⁶. No es tampoco insensato atribuir una eventual resistencia a la posición tradicional a aquella parte de nuestra doctrina que no ha abordado expresamente el tópico, en la medida en que cuanto menos mantuviere que *el dolo de la tentativa coincide con el dolo de la consumación* o que se limitare a *negar la*

preparatorios del delito. Tentativa y frustración, ob. cit., pp. 158-164, incluyendo un completo panorama del estado de la cuestión entonces.

³¹ SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, Roberto, Tentativa con dolo eventual, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 7, (2003), pp. 249-253, atribuyendo valencia puramente objetiva a la voz “hechos directos” del art. 7° CP.

³² Cfr. NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, ¿Tentativa con dolo eventual?, Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta (Rodríguez Collao, Luis, coord.), (Santiago, 2008), pp. 269-281, con amplia argumentación, distinguiendo los planos *de lege lata* (plena compatibilidad) *de lege ferenda* (respecto de la cual plantea puntos de vista interesantes que lo inclinarían por la no punibilidad).

³³ Cfr. VARGAS PINTO, Tatiana, Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos, (Santiago, 2010), p. 213, quien rechaza la lectura de la fórmula “hechos directos” como sinónimo de dolo directo, haciendo ver que “ha de referirse al dolo del tipo respectivo, que puede no requerirlo” (p. 213), con lo cual pone en evidencia la necesidad de complementar el asunto con la problemática de parte especial.

³⁴ Con todo, según se hará ver con detalle más abajo (cfr. III.4 y IV), no advierto incoherencia en la posición de quien conciba al dolo eventual como forma básica del dolo (del delito consumado) y, a la vez, exija una forma de dolo reforzado para la tentativa (es decir, dolo directo). Ésta es en parte la opción del “último Cury”, según se detallará en los acápites mencionados. Por lo que se refiere a nuestra literatura en materia de dolo eventual como forma básica del dolo, cfr. HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1°, ob. cit., pp. 73-74, con referencia a su posición y a la de Juan Pablo Mañalich.

³⁵ Cfr. VAN WEEZEL, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., *passim*. Si no estamos leyendo mal, tendencialmente también OSSANDÓN, La faz subjetiva del tipo de parricidio, ob. cit., pp. 426 y ss. Es posible que tampoco sea errado asociar a esta línea la posición de Juan Ignacio Piña: cfr. PIÑA, Juan Ignacio, Comentario de la SCA de Santiago de 30 de enero de 2008, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7, pp. 93-102, elogioso de un modelo de atribución desde un paradigma cognoscitivo y crítico del rendimiento de las teorías del consentimiento o aprobación.

³⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, ob. cit., pp. 127 y ss., especialmente con referencia a los trabajos de Herzberg y Puppe.

sola compatibilidad entre tentativa e imprudencia (bajo un presupuestos de previa toma de posición diferenciadora del dolo eventual y la imprudencia)³⁷. En fin, los últimos dos anteproyectos de reforma al Código Penal del s. XXI cuyo texto resulta consultable hoy³⁸ (Comisión Foro Penal³⁹ y Comisión Presidencial 2013⁴⁰, ambos de impronta marcadamente académica) no parecen tampoco abonar la posición tradicional. Así las cosas –si se siguiese el incorrecto método de contar las opiniones–, todo parecería indicar que la posición sustentada por la SCS-2007 se encaminaría rápidamente a ser minoritaria en nuestro medio.

Pero demos ahora un paso hacia delante, en dirección al mérito del asunto. Antes, sin embargo, algo debe decirse sobre lo que está en juego, en la práctica, tras la fórmula de incompatibilidad entre dolo eventual y tentativa; o, mejor, tras la (¿excluyente?) compatibilidad entre dolo directo y tentativa (la aclaración es

³⁷ En este contexto me atrevería a colocar a ORTIZ MUÑOZ, Pedro, *Nociones generales de Derecho Penal*, (Santiago, 1933), pp. 77-78, reconociendo por una parte la existencia del dolo eventual, negando la sola compatibilidad de la tentativa con la imprudencia y atribuyendo a la tentativa una manifestación de *peligrosidad del agente* (radicada en el dolo, como “dirección de la manifestación de voluntad”) y una manifestación de *peligrosidad del hecho* (dada por la posibilidad de acaecimiento del resultado o de los elementos del delito). Tampoco de los emblemáticos trabajos de ORTIZ QUIROGA, Luis, *Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista*, en *Revista de Ciencias Penales*, (1965), XXIV, pp. 3 y ss., 1ª parte, y 101 y ss., 2ª parte, parece poderse desprender algo en contrario: “Sólo es tentativa aquella conducta impulsada por una voluntad dirigida a la comisión dolosa del delito consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de una manera admirable. Este concepto lleva necesariamente a la imposibilidad de considerar la tentativa en los delitos culposos (...)” (p. 11); luego en p. 22 diferenciando claramente dolo eventual de culpa consciente. En la segunda parte del artículo (RCP, XXIV, 1965, pp. 101 y ss.), Luis Ortiz ratifica que el dolo de la tentativa coincide con el del delito consumado, en polémica con la tesis de Novoa (ob. cit., p. 104). Más dudosa podría ser la posición de COUSIÑO MAC IVER, LUIS, *Derecho Penal Chileno. Parte general*, (Santiago, 1975), T. I, pp. 762 y ss.

³⁸ Al tiempo de reelaboración de este artículo no se había hecho público todavía el texto del Anteproyecto de Código Penal formulado por la Comisión Ministerial presidida por el profesor Héctor Hernández e integrada por los profesores Juan Domingo Acosta, Jaime Couso, Juan Pablo Mañalich y Luis Ortiz (Ministerio de Justicia, 2014-2016).

³⁹ Convocada por el Ministerio de Justicia bajo el gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos, la Comisión Foro Penal agrupó a cerca de treinta académicos del área, bajo presidencias sucesivas de los profesores Alfredo Etcheberry y Enrique Cury, y contó con el decisivo soporte de una secretaría técnica encabezada por los profesores Héctor Hernández y Jean Pierre Matus. El texto y discusión del Anteproyecto de la Comisión Foro Penal puede consultarse en el primer número de la *Revista Política Criminal*, en www.politicacriminal.cl.

⁴⁰ Convocada por el Ministerio de Justicia bajo el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, y con el impulso del entonces subsecretario de dicha cartera, Juan Ignacio Piña, la Comisión Presidencial fue integrada por los profesores Juan Domingo Acosta, Antonio Bascuñán R., Jorge Bofill (coord.), Juan Pablo Cox, Héctor Hernández, Francisco Maldonado y Alex van Weezel. Una versión modificada de este Anteproyecto fue presentada al Congreso como Mensaje (Boletín N° 9.274-07).

pertinente, pues permite identificar la problemática situación del *dolo de consecuencias seguras* en este contexto)⁴¹.

El lector habrá podido tomar nota de la relativa ambigüedad de la SCS-2007, allí donde deja espacio para dudar sobre la solución para el *dolo de consecuencias seguras*. Si llegase a afirmarse la exclusiva punibilidad de la tentativa con dolo directo (*stricto sensu*, de primer grado o *intención*), entonces un caso como el siguiente debería resultar impune bajo cualquier título de delito contra la vida:

La colocación de un artefacto explosivo en un avión tripulado, programado para que estalle en pleno vuelo, con el solo propósito de destruirlo para cobrar un millonario seguro, supuesto que –por cualquier razón no dependiente de la voluntad del agente– el artefacto no llegue a detonarse y todos los pasajeros resulten ilesos⁴².

La asunción extrema de la tesis de la SCS-2007 podría conducir a la punibilidad por el solo delito de daño frustrado. Con todo, más allá de la formalista “aclaración terminológica”⁴³, por de pronto podemos estar seguros de que el propio Enrique Cury –uno de los autores centrales de la posición tradicional– no lo vería así. Tras afirmar que el *dolo de consecuencias seguras* no es más que una variedad del dolo directo (considerando aún “conceptualmente errónea y prácticamente inútil” la subcategoría), él mismo propone un caso similar al arriba usado, sosteniendo que en ese supuesto el agente “*quiere (persigue, se propone, etc.) la muerte de todos los pasajeros*”⁴⁴. Se trata de una *atribución* que podría discutirse, viniendo al menos de quien ha defendido un criterio marcadamente volitivo para diferenciar formas de dolo, pero por ahora no conviene detenerse en ello (cfr. *infra* nota 97).

Tratándose en cambio de auténticos casos de dolo eventual, se invita al lector a retomar los ejemplos usados al comienzo de este trabajo [I] para aquilatar las (enormes) consecuencias prácticas de la discusión.

⁴¹ Al respecto, nada puede hallarse en la SCS-2007, en sintonía con el silencio que sobre el punto tiende a ser común en nuestra doctrina. El punto merecería una aclaración terminológica previa, en la medida en que para un sector de nuestra doctrina (Cury y Novoa, por ejemplo, no así Etcheberry) el *dolo de consecuencias seguras* no representa más que una clase de dolo directo (de segundo grado, para distinguirlo de aquel de primer grado, coincidente con la *intención* o *Absicht*, en el contexto germano). Al respecto, cfr. HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1º, ob. cit., p. 70. En lo demás, por lo que toca a las denominaciones de las formas de dolo en Chile y Alemania, véase *infra* nota 55. En fin, la problemática situación del *dolo de consecuencias seguras* se retomará más abajo, en III.3.

⁴² Se trata de un caso habitual en la manualística. Un caso similar plantea GARRIDO, Mario, Derecho Penal. Parte general, ob. cit., p. 352.

⁴³ Cfr. *supra* nota 41.

⁴⁴ Cfr. CURY, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, ob. cit., p. 82, nota 4.

3. *¿Antecedentes jurisprudenciales? La desusada tesis del dolo genérico y el sentido histórico de la fórmula “intención de matar”*

Como se indicó arriba, resulta interesante que la SCS-2007 haya identificado en al menos tres sentencias —una de la propia CS y dos de Cortes de Apelaciones— un antecedente para su toma de posición. ¿Pero son esas sentencias del todo pertinentes?

Aquí se defenderá que al menos dos de aquellas sentencias no necesariamente avalan la posición tradicional. Un tercer pronunciamiento sí lo hace, aunque resulta parcialmente inconsistente con sus propias premisas dogmáticas.

Comencemos por las primeras dos sentencias: se trata de la SCS, 1971, RDJ, LXVIII, 4 71, y la SCA Santiago, 1981, RDJ, LXXVIII.4 31. Ambas son reportadas por Alfredo Etcheberry en su colosal *Derecho Penal en la jurisprudencia*⁴⁵, adscribiéndolas como representativas de la tesis pro incompatibilidad tentativa/dolo-eventual. Me parece, sin embargo, que una lectura *in extenso* de aquellos fallos, colocados en su preciso contexto histórico-dogmático, revela un rendimiento distinto al que les atribuye Etcheberry.

Lo planteo en extrema, en síntesis. La enfática y reiterada exigencia de “intención homicida” que en dichas sentencias se proclama (véase arriba la transcripción del considerando de la SCS-2007; detalles aquí mismo en nota)⁴⁶, no debe leerse como una decisión “en contra” del dolo eventual (categoría que por entonces re-

⁴⁵ ETCHEBERRY, *Derecho Penal en la jurisprudencia* (Sentencias 1967-1982), 2ª edición, nm. 554, (Santiago, 1987), T. IV, p. 165: *Contra Francisco Verdugo Martínez y Contra Jorge Verdugo Zúñiga*.

⁴⁶ SCS, 3 de mayo de 1971, RDJ, LXVIII, 4-71, en el que la CS conocía de una condena por homicidio frustrado, acreditado por la Corte de Apelaciones sobre la base de prueba indiciaria (región del cuerpo en que el ofendido recibió la herida y modalidad de los acontecimientos), no dándose por buena la confesión calificada del imputado en el sentido de concurrir sólo lesiones dolosas consumadas (su defensa alegaba que “si hubiera tenido intención de matar [...] habría disparado todas las balas de su revólver y no sólo dos, una al suelo que dio en un pie y la otra al cuerpo”). La CS acoge la casación en la forma, entendiendo que la sentencia de instancia no se hizo cargo de la defensa del imputado ni ponderó los hechos, habida cuenta que “en un proceso por homicidio frustrado es esencial que se haya acreditado la intención homicida y la circunstancia de haber puesto el reo todo de su parte para que el delito se consuma” (*doctrina* a partir del considerando 5º). Por su parte, de la SCA Santiago, 1981, RDJ, LXXVIII, 4-31, puede inferirse que, en los hechos, el imputado habría consumado un homicidio en contra de A, lesionando a la vez a B (lesiones menos graves). El tribunal de primera instancia atribuye dolo de matar para ambos supuestos, condenando así por homicidio consumado de A y frustrado de B. Conociendo de la apelación, la Corte razona muy escuetamente dando por supuesta una exigencia subjetiva consistente en un “ánimo de matar” (considerando 2º), para decidir que ella no se ha acreditado en la especie. Con ello, la Corte recalifica el homicidio frustrado, condenando por lesiones menos graves consumadas (en concurso real). Si acaso por “ánimo de matar” la Corte entiende exclusivamente *dolo directo* (como quisiera leer la CS-2007) o si acaso se trata simplemente de un supuesto

cién comenzaba a admitirse con soltura por la jurisprudencia, con plena carta de ciudadanía junto al dolo directo)⁴⁷, sino como una decisión dirigida a contradecir a aquella tendencia –jurisprudencial y doctrinaria– que consideraba suficiente para la configuración del homicidio el solo *animus laedendi* o dolo de agredir físicamente (*genérico*); lo anterior, cual si el homicidio se dejase definir como un delito *calificado por el resultado*, en aquella parte del evento que excede a las lesiones.

Mario Garrido Montt enseña que esta tendencia “objetivista” hundía sus raíces en el s. XIX y se propagó junto a nuestros primeros comentaristas⁴⁸. Sería el propio Novoa Monreal quien, con innegable sentido práctico, la defendería en un importante artículo de 1945, precisamente desarrollando la tesis del delito calificado por el resultado⁴⁹ (tesis a la que quince años más tarde él mismo retiraría su apoyo)⁵⁰. Es precisamente contra esta aproximación, contra esta praxis, que se erige la (en su tiempo) importante tesis del dolo específico⁵¹: para la configuración del homicidio no basta el dolo de lesionar, es preciso que se dé el dolo de matar (específico); es decir, la “intención de matar”, de acuerdo al uso más a la mano en la época. Insisto: de la correctamente inspirada defensa del principio de culpabilidad que supuso la doctrina-jurisprudencia de la *intención de matar* no ha de pretenderse tanto; es decir, no creo que deba entenderse aquella doctrina como una fórmula con rendimiento aislante y excluyente del dolo eventual en la tentativa⁵².

en el que se estimó no acreditada una forma cualquiera de dolo (relativa al tipo de homicidio), es algo que no se puede afirmar con certeza a partir de la sola sentencia.

⁴⁷ El propio ETCHEBERRY da cuenta de ese progreso jurisprudencial en su Derecho Penal en la jurisprudencia, (Santiago, 1987), nm. 516, pp. 69 y ss.

⁴⁸ Cfr. GARRIDO, El homicidio y sus figuras penales, ob. cit., pp. 66 y ss. Es de interés observar que una problemática semejante es advertida en Italia por Marinucci y Dolcini, justamente explicando el giro subjetivista de la fórmula de univocidad que caracteriza a la definición de tentativa: cfr. MARINUCCI & DOLCINI, Manuale di Diritto Penale, ob. cit., pp. 259 y ss.

⁴⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo, El delito de homicidio y la intención de matar, en *Revista de Ciencias Penales*, (1945), VIII, pp. 183 y ss., en el que postula que para la configuración del tipo de homicidio simple basta con el dolo de lesionar o agredir físicamente (sin necesidad de que concurra el *animus necandi*): cfr. ob. cit., esp. p. 188. Hay noticia y ponderación de esta tesis en VAN WEEZEL, Alex, Notas sobre el estado de la teoría del delito, en VAN WEEZEL, Alex, Pena y Sentido. Estudios de Derecho Penal, (Lima, 2008), pp. 37-54, p. 49.

⁵⁰ Sin embargo, NOVOA se retracta de esta posición en su Curso de Derecho Penal, (Santiago, 1960), T. I, p. 555 nota 80. Garrido da cuenta de este giro, valorándolo: GARRIDO, El homicidio, ob. cit., p. 68.

⁵¹ Al respecto, cfr. HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1º, ob. cit., pp. 68-69.

⁵² Nótese que un antecedente de fines del s. XIX –en la misma línea de los fallos arriba mencionados– es reportado y brevemente comentado por ETCHEBERRY en Derecho Penal en la jurisprudencia, ob. cit., p. 321 (Contra Juan del Carmen León, SCS de 1875, en GT 1875 459-213): se descarta el homicidio frustrado (bajo un presupuesto de dos disparos, ninguno de

Pertinente parece en cambio el tercer antecedente jurisprudencial citado por la SCS, si bien por otros motivos pueda relativizarse su aporte. En efecto, en SCA San Miguel-2000, redactada por la misma mano que la SCS-2007, la Corte es explícita en su posición al afirmar que “en la tentativa, en cambio, hay acuerdo en que es posible únicamente la actuación con dolo directo” (considerando 8°). Con todo, lo cierto es que el caso se resolvió, en lo principal, en sede de *tentativa inidónea*, desde un paradigma de peligrosidad objetiva *ex ante*⁵³. De este modo, el fallo alerta sobre una relativa inconsistencia dogmática, interna al mismo: pues el marcado *objetivismo* con el que se defiende el fundamento de la no punibilidad de la tentativa inidónea –en línea, por lo demás, con la lectura tradicional en nuestro medio⁵⁴– parece especialmente idóneo para poner en entredicho el paradigma subjetivista que en cambio se luce en la argumentación subsidiaria, en el terreno que aquí nos ocupa. Con esta precisión, todavía algo hermética, se está condiciones de pasar al apartado siguiente, en el que se espera clarificar aquella afirmación.

4. Marco teórico: reconstrucción del debate nacional a la luz de las pre-comprensiones dogmáticas en juego (además de una variable de índole práctica-probatoria)

En la premisa de este trabajo se advirtió que la problemática que nos ocupa sirve de punto de observación de las precomprensiones generales atingentes al dolo y la tentativa. Desde aquí pueden advertirse asunciones o esquemas dogmáticos en acto, condicionando –al menos tendencialmente– las posibles soluciones al problema. Por cierto, no se postula que de una determinada precomprensión dogmática se siga (lógicamente, necesariamente) una determinada solución al problema de la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. Lo que se afirma es que puede identificarse una relativa sintonía –una afinidad o inclinación– entre

los cuales logra herir al sujeto), calificando de lesiones menos graves frustradas, “no constando que el reo se propusiere dar muerte [a la víctima]”. Etcheberry comenta el caso dando cuenta de la incompatibilidad entre cualquier otro tipo de dolo distinto del directo y la tentativa (ob. cit., p. 320). Se comprende sin embargo que para la fecha de la sentencia –1875– la categoría del dolo eventual no había sido acogida en nuestro medio.

⁵³ El hecho es inaudito: se trata de un sujeto que, semidesnudo, toma del cuello a la víctima (su madre) y coloca en su rostro una prenda interior previamente impregnada con virutilla líquida y aguarrás; su finalidad es equívoca (cfr. considerando 2°).

⁵⁴ Cfr. por todos, POLITOFF, Los actos preparatorios del delito, ob. cit., pp. 133 y ss.; y el Comentario de MERA, art. 7° (Comentario), ob. cit., pp. 154 y ss. La principal voz discordante la ha liderado –coherentemente– Enrique Cury, argumentando desde un paradigma subjetivista, por más que, en la práctica, los resultados a que llega no parecen tan distantes de las posiciones mayoritarias, construidas sobre una base de peligrosidad objetiva *ex ante* (con la salvedad del propio Mera, quien se pronuncia a favor de un criterio *ex post*).

determinada precomprensión dogmática general y determinado tipo de solución al problema especial.

En términos esquemáticos, estas precomprensiones pueden explicarse así:

a) *Dolo*

Cuanto más se enfatice la distancia valorativa entre el *dolo eventual* y el *dolo directo* (*stricto sensu*, de primer grado o intención, es decir, *Absicht*)⁵⁵, tendencialmente mayor resistencia habrá a la compatibilidad que aquí nos ocupa⁵⁶. Esto parece más claro si el énfasis lleva a la identificación de una brecha cualitativa, como, por ejemplo, si se sostiene que *el dolo directo es la forma básica de dolo*.

Un presupuesto para que aquel énfasis diferenciador se produzca, pasa por la concentración en el componente *volitivo*⁵⁷. De este modo, cuanto más se concentre en la faz volitiva el desvalor asociado al dolo (sobre todo si bajo una lectura exasperadamente emocionalista, ponderadora de *afanes*), tendencialmente mayor resistencia habrá a la compatibilidad de los términos *dolo eventual/tentativa*.

Es interesante que sea precisamente el factor *volitivo*, esgrimido como argumento central para la diferenciación entre dolo (eventual) y culpa, el que –en su exasperación– sirva a la vez para alejar al dolo eventual del dolo directo, generando una fisura al interior de la propia categoría⁵⁸. Casi una paradoja: el dolo eventual es

⁵⁵ Cfr. HERNÁNDEZ, Comentario al art. 1º, ob. cit., pp. 69 y 70. El cuadro terminológico es confuso y así lo ha visto nuestra doctrina (cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 518, nota 33). Entre nosotros se ha tendido a consolidar el esquema *dolo directo/ de consecuencias seguras o necesarias/eventual*. El problema se plantea en perspectiva comparada, especialmente de cara a la tradición alemana, en la que lo que nosotros entendemos por dolo directo es denominado *intención (Absicht)*, mientras que al de consecuencias seguras se le llama *dolo directo (direkter Vorsatz)* y al eventual, *dolus eventualis* (aunque para el mismo dolo eventual es casi tan frecuente como criticada –por inexacta– la voz “dolo condicionado”, es decir, *bedingter Vorsatz*).

⁵⁶ Esto será aún más claro si al dolo eventual se le coloca ya derechamente más cerca de la culpa consciente, o bien si se plantea que su estructura (no su punibilidad) es la propia de aquella clase de culpa: así, para España, BUSTOS, Política criminal y dolo eventual, ob. cit., p. 142 y ss.; Lecciones... pp. 615-616.

⁵⁷ Precisamente en este sentido, CURY, Enrique, Tentativa y delito frustrado, ob. cit., p. 96, haciendo ver que el *quid* no puede estar en el componente intelectual o de la representación: “A mí me parece, en cambio, que la diferencia entre dolo directo y dolo eventual radica en la posición de la voluntad”, concluye en la obra citada (p. 95). Esta posición es reafirmada –con ejemplos– en CURY, Sobre el dolo eventual, ob. cit., p. 94.

⁵⁸ Sin lugar a dudas desde esta óptica puede haber buenas razones para la modulación del tipo subjetivo en tres peldaños, en lugar de los dos actuales. No es ya novedoso sostener que este segundo peldaño –que ocuparía el espacio de la fisura– pueda corresponderse con la *recklessness* anglosajona (cubriendo el dolo eventual y cuanto menos los casos de culpa temeraria). Al respecto,

primero atraído hacia el núcleo de la categoría (separado de la culpa), para luego ser desplazado al interior de la categoría (separado del dolo directo).

Recapitulando lo dicho, en breve: la tentativa se predicará más arduamente de quien no pueda decirse que se *afana*, *persigue* o *busca* (anhelantemente) la realización del tipo, en contraste a quien sólo la *acepta*. “Lógicamente no se puede intentar algo que sólo se acepta”⁵⁹, concluye Cury en la monografía ya varias veces citada (y que hace suya la SCS-2007).

b) *Tentativa*

Pero también una determinada precomprensión de la tentativa puede condicionar la lectura del problema. Me refiero a una determinada concepción de los fundamentos de su punibilidad. La dependencia es aquí menos decisiva, pero creo que al menos potencia una predisposición o sensibilidad favorable a una diferenciación operativa entre dolo directo y eventual.

Lo digo primero en breve: a mayor deferencia hacia el *desvalor de acción* como fundamento de la punibilidad de la tentativa, mayor presión sobre el dolo para que ejerza de espacio regulador o árbitro de la magnitud del respectivo reproche. Esa presión se distribuye en cambio si se advierte el aporte del *desvalor de resultado* como cofundante del injusto de la tentativa.

Otro modo de decir lo mismo es el siguiente. Si el fundamento para la punibilidad de la tentativa ha de verse ante todo en el *desvalor de acción* (paradigmáticamente representado por una *voluntad hostil*) y si el campo de juego para la pregunta por la peligrosidad de la tentativa (*desvalor de resultado*) es reducido o anulado⁶⁰, entonces el peso de la ponderación de demérito recaerá en el principal habitante de la dimensión constituida por el desvalor de acción: el dolo.

cfr. ROXIN, Derecho Penal, ob. cit., § 12, nm. 63, AT, § 12, nm. 74, pp. 467-468, crítico de una propuesta semejante.

⁵⁹ CURY, Tentativa y delito frustrado, ob. cit., p. 96. Como se ha visto *supra*, la SCS-2007 transcribe precisamente este pasaje.

⁶⁰ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, (Granada, 2000), p. 341, en su lectura del modelo de “protección del ordenamiento” en el marco de la teoría de la tentativa. Debo aclarar en todo caso que el autor citado no extrae allí las consecuencias que aquí se están proponiendo en el plano de la compatibilidad con el dolo eventual.

Naturalmente estoy aludiendo al paradigma *subjetivista* de fundamentación de la punibilidad de la tentativa⁶¹ o a cualquier otro que, en este mismo contexto, enfatice la preeminencia del *desvalor de acción*⁶².

Quien vea en la *voluntad hostil* el fundamento para la punibilidad de la tentativa –de modo que el pasaje de tentativa a consumación suponga una progresión puramente *cuantitativa*, más no un cambio *cualitativo*, de estatus del injusto⁶³– querrá asegurarse de estar juzgando a un legítimo representante de esta voluntad hostil. ¿Y qué mejor candidato que el dolo *directo*? El dolo *eventual* podrá igualmente

⁶¹ Cfr. MAÑALICH, La tentativa y el desistimiento en el derecho penal, Algunas consideraciones conceptuales, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, (2004), p. 163, quien considera el subjetivismo de Cury (en su fundamentación de la tentativa anterior a su Manual de 2005) como explicación para su tesis de la no punibilidad de la tentativa con dolo eventual. La opinión de Mañalich se comparte aquí (aunque, cfr. CURY, Tentativa y delito frustrado, ob. cit., pp. 197-198), no sin advertir que las teorías subjetivas (o aquellas formulaciones normativizadas, que se le aproximan por su énfasis en la *infracción del deber* –en el *input*– o la *vigencia de la norma* –en el *output*–, por sobre la consideración de la puesta en peligro de bienes jurídicos: cfr. al respecto, para una aproximación a las diferencias de cada modelo, ALCÁCER, Rafael, ob. cit., *passim*, esp. pp. 333 y ss.) están igualmente en condiciones de sostener la compatibilidad dolo eventual/tentativa (como lo demuestra la opinión de algunos de sus más connotados exponentes), cuanto más si para la identificación de la tentativa punible deba echarse mano a la “representación del autor”, en línea con el derecho positivo alemán (§ 22 StGB). Mi punto aquí es que posiblemente esa compatibilidad deba justificarse dogmáticamente –siempre bajo el paradigma subjetivista– recargando o enfatizando la dimensión volitiva del dolo (por ejemplo, atribuyendo una carga de hostilidad a la indiferencia = emocionalismo); y ese énfasis es el que puede generar el tipo de dificultades como las advertidas poco más arriba, en II.4.1. Por otro lado, en un extremo normativizado, la consecuencia puede ser la disolución de la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado: así, ALCÁCER, Rafael, ob. cit., pp. 337-338, en su lectura sobre los planteamientos de Jakobs.

⁶² En su monografía de 1977, el propio Cury identifica su modelo con la teoría del desvalor de acción, bajo una fórmula normativizada: “Con arreglo a lo expuesto, *debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de la acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado [...]*. El punto de partida, en consecuencia, coincide con el de la teoría del disvalor de acción” (CURY, Tentativa y delito frustrado, ob. cit., p. 175, cursivas en el original). Sin embargo, cfr. su posición por lo que toca a la rebaja obligatoria de pena de nuestro Código Penal (Tentativa..., ob. cit., pp. 197-198). Un eclecticismo mayor se aprecia en la última edición de *Derecho Penal*, lo que en todo caso no impide que mantenga su posición en materia de *tentativa con dolo eventual*.

⁶³ Cfr. ALCÁCER, Rafael, ob. cit., pp. 338-339, asociando la diferencia *cualitativa* al modelo de protección de bienes jurídicos (objetivista) y la meramente *cuantitativa* al que denomina de “fin de protección del ordenamiento”. Evidentemente el correlato operativo de estas distinciones se juega en el plano penológico, con rebaja vinculante de pena para el primer modelo (como acontece en nuestro ordenamiento o en el italiano [art. 56 CP.it.]) o bien meramente facultativa (como es el caso en el derecho positivo alemán: §23 StGB). Por lo que se refiere al mundo anglosajón, de interés conceptual resulta la distinción entre delito primario y delito derivado (es decir, tentativa), tematizada en FLETCHER, George, Basic Concepts of Criminal Law, ob. cit., p. 172 y ss.

bastar para configurar una tentativa, pero deberemos estar de acuerdo en que, mirado desde el particular prisma del solo *desvalor de acción*, el dolo eventual representaría *un algo menos* respecto del directo.

Espero que resulte claro que con esto no afirmo que desde una perspectiva subjetivista se siga la no punibilidad de la tentativa con dolo eventual⁶⁴. ¡De ningún modo! Lo que afirmo es que aquellas lentes predisponen favorablemente a efectuar distinciones (operativas, cualitativas) entre una modalidad de dolo y otra.

Una *teoría objetivista* de la tentativa debería en cambio estar en mejores condiciones para hacerse cargo del demérito que supone la actuación de quien se representa (actualmente) una probabilidad no descartable de resultado típico (es decir, representación de un *peligro* de consumación). La perspectiva objetivista –en sus distintas variantes, más o menos normativizadas– tiene una especial vocación ponderadora del peligro (de la *conducta*, y no del *autor*)⁶⁵. Es cierto que ella “se juega sus fichas” un paso antes, en el plano objetivo de la *tentativa inidónea*, pero quien considere que la punibilidad de la tentativa se explica (también) por la dosis de peligro que el agente introduce (desvalor de resultado) considerará esta variable para asignar el correspondiente demérito a *quien actualmente prevea el peligro, actuando no obstante ello, cuanto menos sin que pueda decirse que su confianza en la no concreción era razonable*⁶⁶

⁶⁴ Véase la nota precedente. Desde ya desmiente esta vinculación el estado de la cuestión en la doctrina alemana, inducida –*de lege lata*– a ser deferente con el modelo subjetivo en el plano de la configuración de la tentativa (en atención al texto del § 22 StGB). Si no estoy leyendo mal la situación, allí está jugando la precomprensión en otro campo (en aquel relativo al concepto general de dolo y a la noción del dolo eventual como forma básica de dolo) para canalizar las opiniones tan fuertemente dominantes a favor de la plena compatibilidad entre tentativa y dolo eventual.

⁶⁵ Un panorama de estas teorías se ofrece en el citado ALCÁCER, Rafael, ob. cit., pp. 129 y ss.

⁶⁶ Cfr. VAN WEEZEL, Alex, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., p. 50, instando por una senda de delimitación intersubjetivamente válida y, por tanto, judicialmente controlable; lo anterior, especialmente por lo que toca a la fórmula que mira a la “razonabilidad de la confianza” como tamiz desde el cual valorar el mérito del caso concreto. Me parece notable que la preocupación de Van Weezel (ante el casi incontrolable espacio de juego del dolo eventual) pueda coincidir –en el fondo– con las inquietudes de Bustos Ramírez, no obstante partir de aproximaciones dogmáticas muy distintas. Al segundo le preocupa el “espacio de juego” del dolo eventual como escenario para una posible aplicación con sesgo de clase (siempre se dirá que “el pobre diablo” ha actuado con dolo y no con culpa, hace ver Bustos, siguiendo a Liepmann: cfr. BUSTOS, Política criminal y dolo eventual, ob. cit., p. 142 y ss.); a Van Weezel lo movería el riesgo de irracionalidad o arbitrariedad *tout court*. En lo demás, lamentablemente, tampoco puede descartarse que hoy el sesgo de clase temido por Bustos pueda operar en ambos sentidos: contra “el pobre diablo” y contra “el rico empresario”, dos estereotipos respecto de los que nuestro maniqueísmo contemporáneo suele hacer escarnio. Frente a esta problemática, mi impresión es que una distinción no clarificada, latente, puede estar operando en razón del tipo de finalidades u objetivos contextualmente perseguidos por el agente, de modo que tendencialmente se mirará con sospecha (de dolo eventual) a aquel que actúa en un contexto ilícito, cuanto más si con finalidades delictivas (un riesgo de *versari*);

*atendidas sus circunstancias*⁶⁷ (por más que no se *afane, apruebe o persiga activamente* la concreción del mismo, énfasis *volitivo* que en este escenario interesa menos).

c) *Casi una digresión.*

¿El factor volitivo como amicus curiae en sede probatoria?

Dicho todo lo anterior, no puede descartarse que una “pulsión volitiva” opere casi de modo inevitable, por las incrementadas dificultades probatorias propias de la tentativa. Se trata de poco más que una intuición, suscitada por la lectura de distintos autores, quienes sugieren que el procedimiento de *enlace del hecho al tipo específico* se invertiría tratándose de la tentativa: *desde lo subjetivo hacia lo objetivo*⁶⁸. Esta consideración parecería estar bien instalada en la doctrina italiana:

“La prueba del dolo en la tentativa obedece a una suerte de inversión del procedimiento ordinario. En el delito consumado la indagación del juez transita desde el hecho para luego acreditar si el sujeto lo ha querido; en el delito tentado, se debe en cambio acreditar, en primer lugar, la intención hacia la que tendía el sujeto y luego valorar la

mientras que más fácilmente se dará por buena la culpa consciente de aquel que opera en un contexto de labores lícitas o cuanto menos no delictivas. Las contrastantes soluciones para los casos de la “Sala de Cuna” y de “Calle Seminario” que aborda Van Weezel en el citado artículo pueden quizás explicarse también desde este prisma: pues la actividad del educador de párvulo no será jamás comparable a la del (presunto) sicario. Nótese que ya Novoa Monreal advertía en 1960 sobre la relevancia de esta distinción analítica (objetivo ilícito/lícito-dolo eventual), aunque sin aclarar la razón de la relevancia (NOVOA, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 520, nota 38). Si acaso esta distinción puede conectar con un tamiz previo, de imputación objetiva, o bien dirigir nuestra atención a contextos de riesgos diferenciados (como podría ser el propio de la circulación de rodados, conforme a las contribuciones en la habituación al riesgo), es algo que merecería explorarse con mayor atención. Por de pronto sería valioso identificar si nuestra jurisprudencia está o no operando, de facto o inconscientemente, sobre la base de esta distinción (sin duda preocupante, en principio, por lo que pueda tener de mero *versari*).

⁶⁷ Este extremo individualizante (*sus* circunstancias y no las de cualquier otro en su lugar) debería tener consecuencias importantes para el rendimiento de la fórmula y para el error. Aunque el punto requeriría mayor reflexión de la que aquí es posible, considero que contrapesa adecuadamente lo que de otro modo sería “demasiada” normativización.

⁶⁸ Allí donde parece sugerirse una inversión de la estructura formal de enjuiciamiento para la tentativa típica: desde lo subjetivo a lo objetivo [ALCÁCER, Rafael, ob. cit., p. 453, reportando la opinión de FARRÉ TREPAT, Elena, La tentativa de delito, en *Doctrina y Jurisprudencia*, ob. cit., p. 61; puede apreciarse una idea similar, aunque desde un punto de vista más dogmático, en STRATENWERTH, Derecho Penal Parte general I. El hecho punible (2005) §11, num. 24, pp. 282-283; trad. de la 4ª edición alemana de 2000]. Este tipo de razonamiento se encuentra de algún modo presente también en NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 133: haciendo ver la necesidad de recurrir al elemento subjetivo para determinar el tipo de delito a imputar (con un interesante comentario respecto a la prueba de indicios).

idoneidad y la univocidad de los actos para provocar precisamente el hecho delictivo objeto de la intención”⁶⁹.

Mi impresión preliminar es que este procedimiento es, amén de inconducente (salvo que se tenga la confesión, naturalmente), erróneo e incontrolable: ¿acaso puede comenzar la prueba desde algo distinto a un *hecho*? En el caso de la tentativa el hecho es, cuanto menos, una manifestación aprehensible de la conducta. Ahora bien, lo relevante, y que atañe a nuestro asunto, es el pasaje siguiente.

Me explico en los siguientes términos. La ausencia de consumación —de resultados “tangibles”, cuanto menos en la mayoría de los delitos de resultado que recaen en bienes jurídicos individuales— intensifica el problema del necesario enlace entre conducta y ámbito típico (o resultado, en su caso). Faltando el resultado, la proyección para el enlace *conducta-tipo-a-imputar* obliga a una más intensa y aguda elaboración probatoria, de tipo indiciaria. Los indicios son la clave de tuerca de la prueba de toda manifestación subjetiva del delito⁷⁰, y lo son tanto más aquí. Ahora bien, no es descabellado pensar que los jueces difícilmente considerarán satisfechos sus estándares de convicción a partir de la sola prueba indiciaria “de la representación”, “del tipo de peligro creado”⁷¹ (sobre todo si no están familiarizados con la prueba indiciaria)⁷².

Lo anterior empalma con la mayor dificultad que la solución favorable a la compatibilidad tentativa/dolo-eventual presenta para la *praxis* (que para el cometido del derecho lo es todo). Esta dificultad resultaba clara en las preguntas con las que más arriba se cerraba la presentación de los casos problemáticos (*supra* I): ¿a qué tipo

⁶⁹ LAGO, Anna, Art. 56, Codice Penale Commentato, ob. cit., pp. 695-696, con ulteriores referencias.

⁷⁰ De gran interés, cfr. PIÑA, Juan Ignacio, Comentario de la SCA de Santiago de 30 de enero de 2008, ob. cit., p. 95 y ss., en materia de prueba del dolo. Podría pensarse que este fallo deja en entredicho lo que de inmediato pasaré a exponer, en la medida en que —como Piña pone de relieve— el tribunal no habría buscado echar mano forzada a la atribución del factor volitivo, conformándose con atribuir el conocimiento relevante para afirmar el dolo eventual (op. cit, pp. 95-96). Con todo, considérese que se trata de un caso de resultado consumado. El voto de mayoría estuvo por condenar por homicidio consumado con dolo eventual. La solución es altamente discutible: un golpe de puño, propinado por un guardia de *discoteque* de manera frontal y sorpresiva, que hace caer a la víctima de espaldas, golpeándose contra el suelo. ¡Dudo mucho que el caso hubiere tenido una solución análoga (homicidio tentado) en el supuesto de no haber muerto la víctima! En lo demás, y como es obvio, debe decirse que esta sentencia no está en línea con la tendencia jurisprudencial de la CS-2007.

⁷¹ El caso comentado por Juan Ignacio Piña (cfr. nota precedente) parece ser una notable excepción (aunque la solución no deje de suscitar mi perplejidad, al menos estando a los hechos de que da cuenta el comentario).

⁷² Advirtiendo la dificultad probatoria planteada por el dolo eventual y la necesidad de recurrir a las presunciones, cfr. CURY, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, ob. cit., p. 95.

específico de lesiones asociar la creación de un riesgo todavía abierto, no concretado en el resultado? Tornando sobre los casos: a falta de un resultado tangible, ¿cómo decidir si el sujeto en fuga (caso 2) ha de responder por unas lesiones no consumadas de mediana gravedad (por ejemplo, en un supuesto de impacto a zonas del cuerpo de bajo compromiso orgánico), unas de mayor entidad (supuesto un impacto a órganos del cuerpo) o bien ya por la vida misma (supuesto un impacto en órganos vitales del cuerpo)? En ese arco de múltiples alternativas de resultados posibles, ¿cómo decidir cuál es el enlace típico correcto, aquel que mejor se condice con aquello que el imputado se representó, aceptó y, no lo olvidemos, pudo plausiblemente acontecer⁷³?

El juez podrá entonces querer contar con un recurso probatorio más seguro. Parece entonces más seguro hallar socorro en “lo volitivo” (curioso: tanto es ardua y aún incierta la acreditación de la voluntad, tanto es “reaseguradora” una vez que se ha dado por acreditada). Con ello, con el hallazgo del “ánimo”, de la “actitud”, el juez buscará alcanzar un grado de convicción que cree no poder obtener a partir de la observación externa de la conducta y del tipo de riesgos que ella introduce. El juez buscará el ánimo, la mala voluntad.

Pues bien, ¿no puede acaso ser cierto que esa búsqueda se proyecta en el espacio que aquí nos ocupa, poniendo cortapisas para la suficiencia (probatoria) del dolo eventual, en principio tan alejado del “ánimo hostil” o de la “mala voluntad”, característica en cambio del dolo directo?

Lo que quiero decir entonces es que podría estar operando de modo casi inconsciente (soterradamente) una resistencia al dolo eventual como suficiente factor de certeza en el campo de la prueba de la tentativa. Ciertamente estas dificultades probatorias –asociadas a un problemático manejo de la prueba indiciaria– no pueden explicar la no punibilidad de la tentativa con dolo eventual. ¡No se quiere decir eso, naturalmente! Ésa sería una inversión impropia del estado de cosas: pues es la *norma* la que condiciona el *objeto y plausibilidad de la prueba*, y no a la inversa. Con todo, considero que esta línea debe ser retomada y sopesada a la luz de antecedentes empíricos.

d) El lugar de la posición tradicional en este panorama de precomprensiones dogmáticas (a la vez, su lugar bajo una cierta tendencia jurisprudencial)

Pues bien, expuesto el panorama anterior de posibles precomprensiones dogmáticas generales (con exclusión del aspecto probatorio), ¿cómo ha de caracterizarse la posición tradicional, que alcanza su cenit con la SCS-2007?

⁷³ El lector comprenderá que la solución puede ser proporcionada desde el *in dubio mitius*: habrá de elegirse el resultado menos grave de aquellos posibles. Aunque para resolver un problema distinto –la incertidumbre probatoria entre dolo eventual o culpa–, esta perspectiva inspira soluciones en POLITOFF, Los actos preparatorios del delito, ob. cit., p. 163.

Por de pronto, parece seguro afirmar que la SCS-2007 no arranca de una premisa dogmática fuerte en torno a la punibilidad de la tentativa. La pregunta por el fundamento de la tentativa no se vislumbra en ningún considerando. Mi impresión es que, si tal pregunta se hubiese formulado, habrían aparecido respuestas perfectamente compatibles con un modelo *objetivista*, como por lo demás es marcadamente dominante en nuestra doctrina tradicional⁷⁴. El fallo de la CA. San Miguel que la SCS-2007 cita como antecedente jurisprudencial –y que más arriba se ha comentado brevemente– parece una buena evidencia de aquello a lo que me refiero: tentativa inidónea sobre bases de peligrosidad *ex ante*, en claro diálogo con lo empírico-causal. No es entonces desde la teoría de la tentativa que se capta la *ratio decidendi* de la SCS-2007. Lo anterior, por más que uno de los argumentos fuertes tenga que ver con la interpretación del inc. 3° del art. 7° CP y la fórmula “hechos directos” (sobre lo cual se volverá *infra*, en III.1).

Espero que no se requieran muchas más palabras para advertir que en la posición tradicional representada por la SCS-2007 ha operado una determinada teoría del dolo, y del *dolo eventual* en particular⁷⁵.

El paso siguiente es sin embargo, más interesante, pues permite conectar esta línea de pensamiento con un cierto *iter* jurisprudencial. En esto se descansa en el juicio de una doctrina que, concentrando su observación en el estricto campo del dolo eventual, identifica la existencia de una reciente tendencia jurisprudencial a la que califica como “expresión de las doctrinas del consentimiento en la versión emocionalista del finalismo tardío”⁷⁶. Para describirla, Alex van Weezel da cuenta o reproduce pasajes representativos de sentencias de la Corte Suprema que se sitúan en el arco que va de 2008 a 2011, todos los cuales girarían en torno a la idea de *voluntad* como “afán”, operando luego el contraste “perseguir” (dolo directo) *vs.* “aceptar” (dolo eventual)⁷⁷. En ese contexto destaca especialmente una prevención del mismo autor de la SCS-2007 (en SCS de 10 de julio de 2008), conforme a la cual el criterio

⁷⁴ Con posición minoritaria de Enrique Cury en este contexto, si bien con un moderado eclecticismo que, de facto, no parece llegar a soluciones tan distintas a las de la doctrina dominante, cuanto menos por lo que toca a la *tentativa inidónea*. Por todos, cfr. MERA, art. 7° (Comentario), ob. cit., pp. 154 y ss.

⁷⁵ Que en el contexto del marco teórico haya usado el aparato de notas para hacer ver las coincidencias con los planteamientos de Enrique Cury resulta casi un ejercicio ocioso, pues la propia SCS-2007 fue quirúrgicamente precisa al reconocer el origen dogmático de sus consideraciones.

⁷⁶ VAN WEEZEL, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., p. 49, con referencias a estos conceptos, en pp. 29-31 y 40-43, especialmente. El artículo toma impulso a partir de dos emblemáticos casos resueltos por la CS, pero el campo de observación los trasciende, como por lo demás lo demuestra la referencia a otras sentencias de la SCS en la misma línea, así como el marco teórico que las precede, con análisis de las posiciones del finalismo nacional.

⁷⁷ VAN WEEZEL, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., p. 42.

de delimitación entre ambas formas de dolo ha de hallarse en una particular posición volitiva, emocionalmente caracterizada⁷⁸. Que no resulte aventurada la adscripción de nuestra SCS-2007 bajo esa tendencia lo demostraría su insistencia en la identificación de una *actitud* positiva o pasiva; en la distinción entre *búsqueda* activa y *aceptación* pasiva; entre *persecución* y mera *tolerancia* (SCS-2007, Considerando Cuarto), siempre bajo el paradigma de la *dirección de voluntad* (SCS-2007, Considerando Quinto). A partir de esa base y sumando a ella la atribución de un giro subjetivo a la fórmula “hechos directos”, la SCS-2007 abona el terreno para declarar la sola compatibilidad de la tentativa con el dolo directo.

Como ya se anticipó en el marco teórico: la atención al componente volitivo sirve tanto para distinguir el *dolo eventual* de la *culpa con representación* (conforme a los postulados tradicionales de la teoría del consentimiento), como para —exasperada en un giro emocionalista— alejarlo del *dolo directo*, extrayendo a partir de ahí consecuencias operativas como las que aquí nos convocan: *sólo la tentativa con dolo directo sería punible*.

III. BALANCE. DEUDAS ARGUMENTATIVAS NO SALDADAS

Un último pasaje es debido. ¿Qué fragilidades argumentativas presenta la posición tradicional? No se pretende en lo sucesivo refutar la posición tradicional ni mucho menos plantear un nuevo modelo de solución. Se trata simplemente de poner en evidencia ciertas objeciones que merecen una respuesta de la posición tradicional (si pretende consolidarse como aquella con las mejores razones). En el propio seno de las objeciones aparecerán también algunas fortalezas de la posición tradicional, especulares a debilidades de la posición alternativa.

Comencemos por la categoría de la tentativa.

1. El giro subjetivista de la fórmula “hechos directos” (inc. 3° art. 7° CP): un camaleón

Una objeción evidente contra el giro subjetivista⁷⁹ es la siguiente. ¿Cómo explica la posición tradicional el marcado *objetivismo* que, en opinión de la

⁷⁸ VAN WEEZEL, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, ob. cit., pp. 41-42, con referencia la prevención del ministro Carlos Künsemüller, en SCS del 10 de julio de 2008, rol N° 208-2008, *Gaceta Jurídica* 337, Año 2008 (N° LegalPublishing: 39467): “De acuerdo a esta doctrina mayoritaria, representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el hechor aprueba el evento no pretendido, hay dolo eventual; si, en cambio, livianamente, con un injustificado optimismo, ha actuado con la confianza de que todo va a salir bien, habrá sólo culpa consciente”, con cita a Politoff.

⁷⁹ Cuya primera formulación, hasta donde veo, se debe a ETCHEBERRY, Derecho Penal (parte general), ob. cit., p. 70.

doctrina dominante entre nosotros, caracterizaría al modelo de regulación de la tentativa en nuestro Código Penal? Esta caracterización surge de una lectura sistemática, que como principales argumentos exhibe los siguientes: (1) la rebaja de pena obligatoria para el delito tentado (= arts. 51-54 CP, indiciaria del estatus cofundante del injusto del *desvalor del resultado*; y por ende de la insuficiencia del solo *desvalor de acción*)⁸⁰; (2) el reconocimiento de una solución de *principio de ejecución* como pivote para la configuración de la tentativa, y (3) el contenido objetivista de la no siempre recordada norma de determinación de pena del art. 69 CP.

En términos mucho más concretos aún, la posición tradicional debe superar el sospechoso uso de una misma fórmula lingüística para el desempeño de tres funciones distintas. En efecto, ¿puede una misma expresión –“hechos directos”– desempeñar simultáneamente funciones en planos tan distintos como (1) la delimitación entre actos preparatorios y principio de ejecución; (2) el estándar de idoneidad de la tentativa, y (3) el componente subjetivo de la misma⁸¹? Como se puede apreciar, aquella doctrina parece pretender ya demasiado del escueto “hechos directos”, mutando el sentido de la expresión en un sentido y otro, a conveniencia: un camaleón que toma el color de la función que quiere dársele.

Las dudas anteriores se agudizan si se recurre a la comparación con la situación *de lege lata* en Italia⁸². Pues bien, el art. 56 CPit. define la tentativa utilizando al menos tres segmentos lingüísticos complementarios. La disposición reza así: “Quien realiza (1) *actos idóneos* (2) *dirigidos* (3) *de manera no equívoca* a cometer un delito, responde de delito tentado (...)” (en el original: “(1) *atti idonei* / (2) *diretti* / (3) *in modo non equivoco...*”). Que el primer segmento suponga un giro *objetivo*, el

⁸⁰ Aunque debe tomarse nota que el propio Cury ha defendido el criterio de rebaja de nuestro Código para el supuesto de no consumación (tentativa *lato sensu*), asignándole la debida relevancia a la dimensión del resultado: CURY, Enrique, *Tentativa y delito frustrado*, ob. cit., pp. 198-199. En lo demás, ya se ha aludido a la caracterización esquematizadora de los distintos modelos de fundamentación en ALCÁCER, Rafael, *passim*, esp. p. 338. Entre nosotros, MAÑALICH, La tentativa y el desistimiento, ob. cit., p. 144, ha hecho ver la insuficiencia explicativa del radicalismo subjetivista defendido por autores como Sancinetti o Zielinski de cara a ordenamientos como el chileno que prevén una rebaja obligatoria de pena para la tentativa (a diferencia de lo que acontece en Alemania, semillero de esta posición, en la que el §23 StGB prevé una rebaja meramente facultativa).

⁸¹ Por todos, dando cuenta de estos planos, MERA, art. 7° (Comentario), ob. cit., pp. 141 y ss. De reciente publicación, cfr. SCHURMANN OPAZO, Miguel, ¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas, en AA.VV. (Coord. Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman), *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, (Santiago, 2016), pp. 411-453 y pp. 433-436.

⁸² Debe notarse que la propia SCS-2007 acude a doctrina italiana para avalar su posición (cfr. LONDOÑO, El caso de la llave de gas del frustrado suicida parricida, ob. cit., p. 231). De aquí la pertinencia de recurrir al propio derecho italiano para poner aquel aval en entredicho.

segundo *subjetivo* y el tercero *intersubjetivo*, cumpliendo cada parte de la fórmula una función específica para la delimitación de la tentativa, es una interpretación más que plausible. Que pese a lo anterior el debate sea tan reñido allá⁸³, debería ponernos en guardia de cara a nuestra situación, considerando el relativamente lacónico tenor de nuestro art. 7º CP, que no pasa de los solos “hechos directos”.

2. La interpretación acorde con el lenguaje común

De los posibles argumentos a favor de la posición tradicional, éste es posiblemente el más “golpeador” (al menos para quien aprecie las bondades de una relativa sintonía lingüística entre el “mundo real” y el de la dogmática)⁸⁴. Desde aquí puede además apreciarse un argumento de texto positivo poco explorado por los partidarios de la posición tradicional.

En efecto, tanto la *tentativa* (con su base en el verbo *intentar*) como la *frustración* parecen poner obstáculos semánticos al *dolo eventual*⁸⁵, cuanto menos en una esfera de “uso corriente” o de “sentido común”⁸⁶ (no técnico) de los términos: pues ya resulta algo forzado decir que está intentando un determinado resultado quien no lo busca directamente, o bien –más aún– que su intento se ha “frustrado” cuando éste no se verifica. En lenguaje corriente se considera *frustrado* al que *se ve privado de lo que esperaba*, parafraseando la primera voz del término en idioma castellano. De ahí entonces que pueda verse en la fórmula “poner de su parte todo lo necesario” del inciso 2º del art. 7º CP un argumento a favor de la posición tradicional.

Ahora bien, esta perspectiva favorable a la comprensión acorde al lenguaje común puede también ser controvertida. Mario Garrido Montt aborda frontalmente la cuestión:

“La afirmación de que no se puede intentar algo que sólo se acepta, jurídicamente carece de sentido. El derecho penal estima que se quiere todo lo que queda comprendido

⁸³ Por todos, LAGO, Anna, art. 56, Codice Penale Commentato; igualmente ROMANO, Mario, Commentario Sistematico del Codice Penale, 3ª edición, T. I, (Milano, 2004), art. 56, nm. 6, pp. 588 y ss. Considérese además que el art. 43 CPit. ofrece una definición de dolo (intencional y preterintencional) que en nuestro CP no existe, lo que también altera los presupuestos para la comparación, en la medida en que de dicha definición puedan derivarse argumentos contrarios a la compatibilidad.

⁸⁴ Esta sensibilidad es la que metodológicamente sirve a George Fletcher para desarrollar su teoría general de la tentativa y su *test de motivación racional* para discernir soluciones a casos de tentativa inidónea o bajo supuestos de error: cfr. FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law, ob. cit., pp. 160-161 especialmente.

⁸⁵ Poniendo en evidencia la dificultad relativa al primer término, FERRE TREPAT, La tentativa... pp. 265-266, con alusiones al trabajo de Stooß.

⁸⁶ Así, FIANDACA, MUSCO, Diritto Penale. Parte Generale, ob. cit., pp. 476-477.

como evento previsto por el agente, consecuencia de su actuar, de modo que se puede intentar todo aquello que se quiere materializar, aún como mera posibilidad, pues ‘en el complejo total que debe realizar el autor para alcanzar su meta, las más de las veces es aspirada solamente una parte, precisamente la meta’⁸⁷.

Se comprende que los conceptos técnicos no han de estar tanto al servicio de la adhesión sociocomunicativa como de la función que su uso representa, en un marco de respeto por la democrática implícita en la legalidad. Con esto no quiero decir que la accesibilidad lingüística (a la par que la capacidad para motivar y ofrecer espacios de sentido para el ciudadano) no constituye una función de interés (¡lo es, por cierto!); digo sólo que no se agota allí la función del lenguaje jurídico. A través del ejercicio del lenguaje técnico pueden realizarse funciones ulteriores, igualmente deseables (siempre en cuanto se mantengan en el marco de lo compatible con los términos del contexto lingüístico-legal). Aquí, por ejemplo, una noción técnica de tentativa compatible con el dolo eventual pondría su acento en la identificación y sanción de conductas externamente reconocibles como creadoras de riesgo para determinados intereses jurídicos, a la luz de las caracterizaciones tipológicas del legislador (de parte especial).

3. *La situación del dolo de consecuencias seguras*

Se ha visto ya que la misma doctrina (Enrique Cury) que defiende la tesis de la incompatibilidad tentativa/dolo eventual no tiene inconvenientes en apreciar la compatibilidad de aquella con el *dolo de consecuencias seguras*. ¿Sobre qué bases se traza esta distinción? Si es en el factor *volitivo* que esta doctrina se apoya para hacer las distinciones relevantes, ¿cómo es que luego, sin mayores dificultades, equipara el *dolo de consecuencias seguras* al *dolo directo* (de primer grado o intención)? Ciertamente la distinción puede hacerse desde un modelo de la representación o la probabilidad. Igualmente puede hacerse desde un modelo de atribución de significado más moderado o ecléctico (y hace mucho sentido). Pero una perspectiva fuertemente volitiva debería enfrentar mayores dificultades para dar por buena la completa asimilación del *dolo de consecuencias seguras* como forma de dolo directo. No advierto que en nuestro medio este tipo de objeción haya sido enfrentada por la posición tradicional.

⁸⁷ GARRIDO, Mario, Etapas de ejecución del delito, ob. cit., p. 134, con cita tomada de Welzel. Mi opinión es que en aquel pasaje Garrido no reinterpreta la faz volitiva, sino que la sustituye por una perspectiva intelectual. Sugiere una *atribución de la voluntad* a partir de la *representación* del agente. Una normativización casi ineludible (desde la preponderancia lingüística del derecho penal). No estoy seguro de que ello sea compatible con su teorización en materia de dolo.

4 La objeción elemental: ¿un tipo diferenciado para delito tentado y delito consumado? ¿Un problema de (inmerecida) imputación subjetiva o la tentativa como alius típico? El dolo directo como plus requerido para una tentativa merecedora de pena

Nótese que los casos reproducidos al inicio de este trabajo (I) no parecen plantear problemas para afirmar responsabilidad a título de dolo (eventual) allí donde se hubiere en efecto dado el resultado meramente aceptado (no “perseguido”). Así, si la muchacha víctima de tentativa de violación, estrangulada sólo con la intención de quebrantar su resistencia a la misma, muere, entonces se planteará homicidio doloso consumado punible sin mayores discusiones (en la medida en que se descarte la culpa, claro). Lo anterior, en cuanto el tipo de homicidio simple (consumado) es compatible con el dolo eventual, algo que parece indiscutible en nuestro derecho. Otro tanto puede decirse del caso del policía perseguidor: si resulta herido o muerto por los disparos del sujeto en fuga, entonces se afirmará sin mayores discusiones (asumido que sea atribuido un dolo eventual, descartándose la culpa) la realización del respectivo delito doloso consumado.

Pues bien, ¿cómo es que la solución cambia –hacia una mayor exigencia subjetiva– por el sólo hecho de no producirse el resultado? ¿Cómo es que el mismo tipo de la parte especial es compatible o incompatible con el dolo eventual según si aparece consumado o no?

Así, pues, si queremos ser deferentes con la posición tradicional en lo que aquí nos importa, debemos reconocer la existencia de dos alternativas radicales, *tertium non datur*: o bien 1) hay un problema soterrado en la imputación del resultado a título de dolo eventual (y estamos atribuyéndole al sujeto un resultado con el que no merece cargar, al menos no en los mismos términos con los que gravamos a aquél que se *propuso* la realización de ese resultado)⁸⁸; o bien 2) debemos reconocer que la categoría de la tentativa irrumpe en el tipo de la parte especial, escindiéndolo en dos fórmulas descriptivas del hecho. El injusto propio de la tentativa sería un *alius*, configurador de un distinto tipo de delito⁸⁹. Se trataría por tanto de una

⁸⁸ Este problema es reconocible por quienes en general argumentan la necesidad de asignar penalidades diferenciadas para dolo directo, dolo eventual y culpa, conforme a un modelo de tripartición. Con mayor razón deberían suscribir esta crítica quienes –como entre nosotros Juan Bustos Ramírez– consideran que el dolo eventual es, desde un punto de vista estructural, sólo culpa consciente. Sobre esto último, de interés CURY, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, ob. cit., p. 84.

⁸⁹ Nótese que esto es lo que acontece en el derecho estadounidense, de acuerdo a la solución estándar reportada por FLETCHER, Rethinking Criminal Law, ob. cit. p. 137. Para detalles véase *supra* nota 15.

noción de injusto necesitada de una especial fundamentación. ¿Cuál sería aquella fundamentación y cómo se explica esta situación en general?

Una explicación desde la óptica de la posición tradicional –y a partir de una noción ecléctica del injusto penal, confundido por los desvalores de acción y de resultado⁹⁰– podría plantearse en los siguientes términos: el relativo *minus* de lesividad que toda tentativa supone (respecto de la forma consumada) ha de compensarse con un *plus* en la conducta. Lo que falta en el plano del desvalor de resultado ha de añadirse al desvalor de la acción. Este *plus* sería aportado por la dimensión volitiva del dolo.

Esta posición debería entonces entender que la sustracción del dolo eventual como categoría compatible con el tipo de tentativa no ha de verse tanto como una renuncia “premier”, sino más bien –visto lo anterior desde otro ángulo– como una exigencia de *mayor* compromiso volitivo (una oposición frontalmente dirigida –no oblicua o subordinada– al tipo de interés protegido), de modo que pueda afirmarse que la conducta alcanza el estándar mínimo de merecimiento en la forma de tentativa.

Naturalmente, ese *mayor* compromiso volitivo del tipo de tentativa se afirma en comparación con la *menor* exigencia del tipo de consumación. Con ello entonces se debe llegar a afirmar que la exigencia subjetiva mínima o base del tipo de consumación (la exigencia subjetiva de *default*, requerida a falta de indicación legislativa en contrario, ya hacia arriba, ya hacia abajo) está representada por el dolo eventual. El dolo eventual sería entonces la forma básica de dolo del tipo de consumación (y no lo sería el dolo directo).

Uno puede naturalmente disentir de la posición tradicional, pero creemos que si se quiere ser deferente con ella, habrá que exigirle que sea coherente con las constataciones anteriores.

Y con esto último estamos ya en condiciones de cerrar nuestro trabajo, precisamente retornando al punto de partida: a la opinión de Enrique Cury que se ha elegido para encabezar este texto.

IV. CODA, A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DOLO EVENTUAL COMO FORMA BÁSICA DEL DOLO

El acápite anterior se cerró afirmando que la consideración del dolo eventual como forma básica del dolo (del tipo consumado) se avenía con una mayor exigencia subjetiva para el tipo de tentativa; al menos para quien considere necesario dotar a la tentativa de un *plus* de desvalor que justifique el merecimiento de pena, en compensación al relativo *minus* de lesividad que ella supone.

⁹⁰ Esta es justamente la noción defendida por Enrique Cury en la última edición de su *Derecho Penal*: cfr. *infra* nota 97.

Aunque su formulación no explicita (como aquí) un vínculo con una determinada concepción del injusto de tentativa, el reconocimiento del dolo eventual como forma básica del dolo es precisamente propuesto por Enrique Cury en uno de sus últimos –si no el último– trabajos publicados. Puede leerse allí que:

“En mi opinión, *la mayor parte de las dificultades que se han expuesto* [relativas al problemático estatus del dolo eventual, jamás del todo asimilable al dolo directo] *ha sido generada por la convicción de que la forma básica del dolo es el dolo directo*”⁹¹.

En las páginas restantes del trabajo recién citado, Enrique Cury ofrece una definición general de dolo, coincidente por cierto con una noción de dolo eventual. La formulación es del siguiente tenor:

“El dolo consiste en general *en el conocimiento de la posibilidad de que se verifique el hecho descrito por el tipo legal respectivo como consecuencia de la ejecución de la acción que se ejecutará, y en conformarse con que así ocurra si ello es necesario para alcanzar la verdadera meta de la acción*”⁹².

Pues bien, en el trabajo que sirvió de base al presente⁹³, concluía yo insinuando que ese nuevo enfoque de Enrique Cury podía muy bien haber servido para alentar el abandono de la posición tradicional (imputándole yo una cuasi-palinodia). Lejos de ello, Enrique Cury se encargaba de explicitar que aquella toma de posición no desconocía la posibilidad de hacer distinciones operativas entre una forma y otra de dolo, reafirmando que una de estas distinciones es la que opera en el plano de la tentativa, considerada por él incompatible con el dolo eventual⁹⁴.

Pero, ¡ay de mí! no vi entonces que el nuevo enfoque de Enrique Cury en materia de *dolo* podía todavía sintonizar muy bien con una determinada noción de *injusto de la tentativa*, por más que una correlación semejante no se explicitara en aquel postrero trabajo suyo, como tampoco en su señera monografía *Tentativa y delito frustrado* o en su fundamental *Derecho Penal*⁹⁵. Justamente para ilustrar aquella “posible corre-

⁹¹ CURY, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, ob. cit., p. 89 (las cursivas en el original).

⁹² CURY, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, ob. cit., p. 91 (las cursivas en el original).

⁹³ Cfr. LONDOÑO, El caso de la llave de gas del frustrado suicida parricida, ob. cit., pp. 257-258.

⁹⁴ Precisamente en ese contexto Enrique Cury evoca la SCS-2007 como sentencia que acoge su punto de vista, pasando a ser, en su opinión, “dominante en la práctica”: Cfr. CURY, Sobre el dolo eventual, ob. cit, p. 86 nota 15 y p. 94, nota 25.

⁹⁵ Cfr. CURY, Tentativa y delito frustrado, ob. cit., pp. 95-98, basando su posición favorable a la incompatibilidad en una determinada noción de dolo (eventual) y en una interpretación subjetiva de la voz “hechos directos” del art. 7° CP. Otro tanto se aprecia en CURY, Derecho Penal, op. cit., p. 562, basando la exclusión del dolo eventual en razones de texto positivo y en la semántica de la voz tentativa (sin que aparezca explicitado un fundamento como el de la necesidad de dotar

lación” se ha desarrollado aquí el (nuevo) acápite III.4⁹⁶, estrechamente ligado a la reconstrucción dogmática ofrecida *infra* en II.4. Como he dicho, con el contenido de III.4 he buscado tender un puente entre una determinada noción de dolo y una determinada noción de injusto de la tentativa: es decir, una noción consciente del aporte esencial de la *lesividad* como cofundante del injusto penal y que, por tanto, *no* considere a la *tentativa de delito* como injusto penal *pleno* o *cualitativamente autosuficiente*⁹⁷. Con ello, se recordará, la obvia constatación de que la *posición tradicional* aquí descrita estaría escindiendo el tipo de la parte especial, dando lugar a un tipo diferenciado para la tentativa (subjektivamente más exigente)⁹⁸.

Si el esquema contenido en las subsecciones II.4 y III.4 resultase de algún provecho para la captación del estado de cosas en materia de *tentativa con dolo eventual*, entonces este espacio editorial quedaría justificado. En ello me entrego por cierto al juicio del lector.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, (Granada, 2000).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Obras completas. Parte general, 2ª edición, T. I, (Santiago, 2007).

de un *plus* de desvalor a la tentativa merecedora de pena, a modo de compensación del *minus* de lesividad que ella supone).

⁹⁶ Seguramente no es casualidad que algunas claves de relectura me fueran insinuadas por un discípulo querido de Enrique Cury, mi colega Jaime Couso, quien al comentar una versión anterior de este trabajo evocaba posiciones de su maestro que, si bien no pude encontrar formuladas de modo cabalmente explícito, sin duda se avenían a la noción de delito y de injusto de tentativa desarrolladas por el Prof. Cury. Al respecto, véase precisamente la nota siguiente.

⁹⁷ Esta noción ecléctica del injusto penal (para la que desvalor de acción y de resultado constituyen el injusto penal) se condice por cierto con la asumida por Enrique Cury en la última edición de su *Derecho Penal*, sensibilizándose ante el paradigma representado por la noción de bien jurídico y moderando así formulaciones anteriores que marcadamente acentuaban la relevancia del desvalor de acción: cfr. CURY, Enrique, *Derecho Penal*. Parte general, ob. cit., pp. 45-62, especialmente p. 52 (y luego p. 363 a propósito de la tentativa). Subsiste en todo caso la problemática compatibilidad entre el *dolo de consecuencias seguras* y la tentativa (cuanto más desde el criterio volitivo defendido por Enrique Cury para distinguir entre una forma y otra de dolo). En un plano formal, dicha compatibilidad encuentra fundamento en la atribución de *propósito* a quien realiza una conducta que, de acuerdo a las reglas de la causalidad natural (reconocibles por cualquier agente normal—no inimputable— en las circunstancias dadas), no puede sino llevar a un determinado resultado (por más que otro sea el resultado directamente perseguido por el agente).

⁹⁸ Ya se ha puesto en evidencia la coincidencia con la situación en el derecho estadounidense, de acuerdo a lo que reporta FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, ob. cit., p. 137. Para detalles véase *supra* nota 15.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Política criminal y dolo eventual, en *Obras completas. Control Social y otros cambios*, 2ª edic., (Santiago, 2007), T. II.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, El dolo eventual en la dogmática chilena, en *Revista de Ciencias Penales*, XXVII, (1968).
- COUSIÑO MAC IVER, LUIS, Derecho Penal Chileno. Parte general (Santiago, 1975), T. I.
- CURY URZÚA, Enrique, Orientación para el estudio de la teoría del delito (Santiago, 1973).
- CURY URZÚA, Enrique, Tentativa y delito frustrado (El proceso ejecutivo del delito), (Santiago, 1977).
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte general, 7ª edic., (Santiago, 2005).
- CURY URZÚA, Enrique, Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general, en *Nullum crimen, nulla poena sin lege: Homenaje a grandes penalistas chilenos* (Schweitzer W., Miguel, coord.), (Santiago, Chile, 2010).
- DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 6ª ed., (New Providence, 2012).
- ESER, Albin, §22, Schönke/Schröder StGB Kommentar, 26ª Ed., (München, 2001).
- ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la jurisprudencia, (Concepción, s./f.), T. II.
- ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la jurisprudencia (Sentencias 1967-1982), 2ª edición, (Santiago, 1987), T. IV.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal (Parte General)*, 3ª ed., (Santiago, 1997), T. II; 2ª edición, (Santiago, 1976), 1ª ed., (Santiago, 1964).
- FARRÉ TREPAT, Elena, La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, (Barcelona, 1986).
- FARRÉ TREPAT, Elena, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, (1986).
- FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte Generale*, 6ª ed., (Bologna, 2009).
- FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Criminal Law* (New York, 1998).
- FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law* (New York, 2000).
- GARRIDO MONTT, Mario, El homicidio y sus figuras penales (Santiago, 1976).
- GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación, (Santiago, 1984).
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal. Parte general, 2ª edición, (Santiago, 1997), T. II.
- GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen, Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia (2013), LXVI.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Comentario al art. 1º, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (directores): Código Penal comentado. Parte general, (Santiago 2011).
- JAKOBS, Günther; Derecho Penal. Parte general, 2ª edición corregida, (Madrid, 1997).
- JOECKS, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5ª ed., (München, 2004).
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, El castigo de las formas preparatorias del delito en *Derecho y Humanidades*, N° 16, (2010), I.
- LAGO, Anna, *Art. 56*, Codice Penale Commentato (Marinucci & Dolcini, a cura di), (Vicenza, 2006).
- LONDOÑO, Fernando, El caso de la llave de gas del frustrado suicida parricida. Sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, en VARGAS, Tatiana (coord.), Casos destacados. Derecho penal. Parte general, (Chile, 2015), T. I.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, (2004).
- MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, (Milano, 2004).
- MERA FIGUEROA, Jorge, Art. 7º (Comentario), en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores): Código penal comentado. Parte general, Abeledo-Perrot, (Santiago 2011).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, El delito de homicidio y la intención de matar, en *Revista de Ciencias Penales*, (1945), VIII.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal, T. I, (Santiago, 1960) y (Santiago, 1966), T. II.
- ORTIZ MUÑOZ, Pedro, Nociones generales de Derecho Penal (Santiago, 1933).
- ORTIZ QUIROGA, Luis, Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista, en *Revista de Ciencias Penales*, (1965), XXIV.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, La faz subjetiva del tipo de parricidio, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), XXXIV.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Comentario de la SCA de Santiago de 30 de enero de 2008, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración, (Santiago, 1999).
- POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre, Arts. 5º a 9º (Com.), en POLITOFF, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis (directores) y MATUS, Jean Pierre (coordinador), Texto y comentario del Código Penal chileno, (Santiago, 2002), T. I.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, 1999).
- ROMANO, Mario, Commentario Sistematico del Codice Penale, I, 3ª ed., (Milano, 2004).
- ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, traducción de la 1ª edic. alemana de Luzón Peña, (Pamplona, 2014), T. II.
- SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, Roberto, Tentativa con dolo eventual, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 7, (2003).
- SCHURMANN OPAZO, Miguel, ¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas, en AA.VV., (coord. Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman), El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, (Santiago, 2016).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la “conducción suicida”, (1988-3).
- STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal. Parte general I. *El hecho punible*, (2005).
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, La tentativa con dolo eventual, (1992).
- TRÖNDLE/FISCHER, StGB Kommentar, 53ª Ed., (München, 2006).
- VARGAS PINTO, Tatiana, Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos, (Santiago, 2010).
- VARGAS, Tatiana (coord.), Casos destacados. Derecho penal, Parte general, (Chile, 2015), T. I.
- VAN WEEZEL, Alex, Notas sobre el estado de la teoría del delito, en VAN WEEZEL, Alex, Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal, (Lima, 2008).
- VAN WEEZEL, Alex, El dolo eventual como espacio de discrecionalidad, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, N° 7, (2011).
- WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, 4ª ed. castellana (trad. de la 11ª edición por Juan Bustos y Sergio Yáñez), (Santiago, 1993).