Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — Nº 162 JULIO - DICIEMBRE DE 1974

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI
SERGIO GALAZ ULLOA
ARTURO PARADA KREFT
MARIO ROJAS RODRIGUEZ
BERNARDO GESCHE MULLER
HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CONCEPTOS SOBRE EL DOLO PENAL

HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
Departamento de Derecho Penal

1.— Propósito de la exposición.

La exposición que iniciamos es un trabajo por hacer, una tentativa de despertar en los estudiantes, y en el autor, una incitación a aprender, a investigar. No persigue enseñar. Es una suerte de desafío a la juventud, colegas y discípulos, para sistematizar y proseguir los excelentes trabajos sobre una teoría nacional del dolo que empezaran, don Pedro Ortiz Muñoz, ex Ministro de Corte de Apelaciones hasta llegar, por el momento, a Juan Bustos y Eduardo Soto, docentes de la Universidad de Chile, contando con la valiosa colaboración de Alvaro Bunster, Eduardo Novoa, Enrique Cury, Sergio Politoff, Alfredo Etcheberry y tantos otros destacados estudiosos del Derecho.

2.— Concepción que dice que voluntad significa dolo y que el dolo se presume.

El inc. 1º del art. 1º del Código Penal expresa: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley"; y el art. 2º del mismo texto, que "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasi delito si sólo hay culpa en el que las comete".

De tales, inc. 1º con su expresión VOLUNTARIA y art. 2º que caracteriza al delito por la concurrencia de DOLO o MALICIA, ha extraído la jurisprudencia nacional, y los tratadistas un pilar fundamental que reafirman con la opinión del inspirador del Código Penal Español del que deriva el nuestro, la de los redactores y comentaristas del último.

Ese pilar fundamental es el siguiente: La expresión "voluntaria" del inc. 1º del art. 1º del Código Penal, significa acto li-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bre, inteligente intencional. La expresión voluntaria es lo mismo que decir doloso.

Por ello se admite que en tal texto sólo se define el delito doloso, esto es, el acto libre, inteligente e intencional y no es el cuasi dlito, pues éste es libre e inteligente, pero no intencionai, sino culpable.

A la expresión "voluntaria" del inc. 2º de dicho art. 1º se le asigna el mismo contenido dicho, por lo que se afirma que allí se contiene una presunción de dolo.

Mínimas discrepancias acerca, de tales enunciados han sido sugeridas. Una, que tal presunción de dolo del inc. 2º del art. 1º es de carácter procesal y no substantivo, no significando que el autor de la conducta corresponde probar en su descargo la falta de voluntariedad, esto es, la inexistencia del dolo, puesto que es al tribunal que conoce del proceso a quien corresponde investigar de oficio y con todo celo la responsabilidad o irresponsabilidad. Otra, que allí se configura una presunción de dolo directo, pero no es de dolo eventual, ya que éste supone verificar en el sumario todos los hechos que lo caracterizan, ni tampoco el dolo específico.

De la abundante jurisprudencia sentada por la Corte Suprema al respecto, basta con citar la que sigue por la esquematización de sus conceptos. (Revista de Ciencias Penales, 2º Epoca, Tomo XII, Nos. 3 y 4. Julio-Diciembre de 1950). El Código Penal, en el art. 391, inc. 2º, sanciona al "que mate a otro", con la pena de ... la disposición es amplia, sin distingos, ni limitaciones —innecesarias por lo demás— en orden a la intención que pueda abrigar el autor del hecho material determinante de la muerte, problemas estos resueltos de antemano por el Código en las reglas generales de su libro Primero. Con arreglos a ellas, si el hecho se verifica en las condiciones ordinarias de los actos humanos, esto es, concientemente, con voluntad de hacer, el delito tiene la pena que la sobredicha disposición le asigna; si sólo hay culpa en el autor, la infracción es otra y la pena distinta; no hay pena si el hecho se produce "por mero accidente" y otro tanto ocurre si puede encuadrarse en una otra de las múltiples causales de ininputabilidad o de justificación señalada en la disposición pertinente. La sentencia asevera que hubo acción voluntaria de parte del reo y como además establece la relación de causa a efecto entre el ataque y la muerte (nexo causal), la conclusión no podía ser sino homicidio. Que la ley penal presume la voluntariedad de las acciones u omisiones

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por ella sancionadas; lo dice en el art. 1º, vale decir, en la portada del Código, demostrando con ello la importancia doctrinaria del precepto. La acción humana es conciente. El hombre, obedece a la razón que le permite dirigir sus instintos, moderar sus pasiones o refrenar sus tendencias antisociales. De ahí su responsabilidad cada vez que se le puede imputar un hecho culpable. Cuando la ley sanciona un hecho como delito, comprende en un solo todo el acto humano y el resultado, y es este resultado lo que importa pues da el tono o el carácter al hecho. Nada autoriza en el texto de la ley para restringir las presunciones de voluntariedad al movimiento físico del individuo con independencia del resultado. Se trata sin duda de una presunción legal, pero ella produce sus efectos mientras el juez no adquiera el convencimiento de que las cosas ocurrieron de otro modo. Que si no fuera claro el sentido de la ley, sería del caso recordar que no una, sino muchas veces los redactores del Código entendieron las disposiciones en estudio en la forma en que el tribunal las interpreta, según consta de las actas respectivas. Así, discutiendo el artículo de las circunstancias atenuantes, la Comisión Redactora por cuatro votos contra uno, se abstuvo de incluir en el Proyecto la siguiente disposición que figuraba en el Código Español: "no haber tenido el delincuente, intención de causar todo el mal que produjo". Uno de los votantes, el señor Fabres, recordó para impugnarla la ley romana, que hacía responsable al reo de todas las consecuencias de su crimen; otro, el señor Altamirano, manifestó que aceptaría el inciso si se agregaba que el reo debía probar su falta de intención, y un tercero, el señor Reyes, lo combatió por estimar que produciría más dificultades que ventajas. Al estudiarse el art. 197 que en el modelo español empezaba con estas palabras: "El que con perjuicio de tercero, **o con ánimo de causarlo,** cometiere en documento privado..." se suprimió la frase relativa al **ánimo,** por ser siempre necesario, según se dijo, que haya dolo para que un acto se considere delito. Recordando esta supresión, un autor y un profesor universitario manifiesta que "siempre estuvo en la mente de la Comisión Redactora la idea de que el delito lleva envuelta la intención dolosa" y "esto naturalmente" dice en seguida, en virtud de la definición que da el art. 1º del Código.

En nota a dicho fallo, que celebra, don Daniel Schweizer dice: "es evidente que en nuestro derecho positivo existe la presunción legal de dolo, y el juzgador no puede prescindir de ella. El problema no es en consecuencia, de interpretación de la ley, sino de crítica de la misma".

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.— Concepción: La Voluntariedad de la acción es la que se presume.
La voluntad no dice relación con la culpabilidad sino con la libertad de realizar la acción u omisión que puede ser dolosa o culpable.

Diversos autores han pretendido dar un enfoque distinto a los conceptos contenidos en los arts. 1º y 2º de nuestro Código Penal. Unos, restringen la presunción de voluntariedad al movimiento físico del individuo, con independencia del resultado.

Conciben el actuar humano en forma abstracta, como fenómeno natural, en un plano objetivo destacando el incipiente conocimiento de nuestras fuerzas orgánicas y espirituales y las dificultades de la concepción diaria. Así concebida, la conducta es un hecho material originado, por el hombre y que consiste en un comportamiento exterior de nuestros órganos y miembros en forma positiva o negativa, es decir ejecutando o no movimientos que llegan a producir una alteración del mundo que nos rodea. El hombre, en tal caso actúa como tal en razón de su actividad corporal por la intervención de sus centros nerviosos cerebrales, pero con exclusión de su siquis. Por lo que excluye los actos reflejos, puramente nerviosos y los actos mecánicos, en que el individuo se mueve o no, por estímulos o coacción ajena y no por sí mismo.

Esta concepción es combatida diciéndose que sólo es conducta o acción aquello que es imputable, o aquello que la ley valoriza como tal o, por último, porque una acción no puede ser contemplada como un proceso causal externo desnudo de todo influjo anímico, dado que en la ley, las acciones de ejecución de delitos dolosos, por ejemplo, no están referidas a la existencia de una causa del hecho, sino a una actividad que persigue voluntariamente producir el hecho. Sin una decisión voluntaria, la actividad humana es fuerza ciega de la naturaleza, agregan, pero aceptan que esta fase interna o subjetiva, esa voluntad objetivada, sólo dice relación con el movimiento o inactividad corporal que constituye la acción del individuo y no sus resultados o consecuencias. Pues ellos analizan la voluntad, primero como base del comportamiento humano, esto es en la acción en sentido general para en seguida analizarla como base de la culpabilidad, también en sentido general para constatar si los efectos de la conducta se encuentran en la voluntad.

En verdad, la única manera que el hombre tiene de expresarse es a través de su voluntad. Las acciones u omisiones humanas que trasuntan su conducta, para que merezca tal calificativo, han de ser voluntarias; son por sí voluntarias. De los hechos o simples impulsos volitivos se puede decir que no cons-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tituyen una manifestación de voluntad. No es el caso buscar y hallar actos y omisiones en que la voluntad humana está ausente.

Un paso adelante en la búsqueda de claridad es la concepción de los arts. 1º y 2º del Código Penal hallamos en los trabajos de don Pedro Ortiz que en sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca (Gaceta de los Tribunales, Primer Semestre 1935, sentencia 94, pág. 464) redactada por él, expresa: "La interpretación del inc. 2º del art. 1º del Código Penal, se desarrolla del modo siguiente: Establecido el hecho ilícito, corresponde buscar la culpa distinguiendo sus grados y relacionándola, en todo caso, con cada uno de los resultados de la acción del hechor, porque no es rigurosamente exacto que siempre sea autor de homicidio doloso el que causa a otro lesiones que son la causa única de su muerte; si tal cosa fuese lo establecido en la ley, no podría considerarse por los tribunales de justicia ni el cuasi delito de homicidio ni el caso fortuito contemplado en el Nº 8 del art. 10 del Código Penal. Tampoco releva, como se cree, de la obligación de investigar la culpa, la presunción del inc. 2º del art. 1º del Código Penal porque esa presunción nada tiene que ver con la culpa ni en su forma de dolo ni de su negligencia, porque la relación subjetiva entre el hechor y el resultado del hecho está contemplada expresamente en el art. 2º del mismo Código, que es el que contempla el concepto del delito, concepto iniciado en el art. 1º con la presentación de las partes objetivas y legal del hecho punible. La citada presunción se refiere a la voluntariedad de la acción en relación con el movimiento o con la falta de actividad de los nervios voluntarios, pero no puede referirse a la previsión del resultado de esa acción u omisión ni a la imprevisión que ha debido y podido evitarse, porque esa previsión es el dolo y la imprevisión la negligencia; si se presumiera legalmente el dolo o "malicia" mientras no "conste" lo contrario, los tribunales no podrían condenar jamás por cuasi delito porque la negligencia culpable al igual que el dolo, es una situación íntima del espíritu del hechor, se conocerá por deducciones muy lógicas y razonables, pero nunca podrá "constar" para destruir la presunción de dolo. Por otra parte, si la presunción del art. 1º fuese presunción de "malicia", envolvería también la presunción del conocimiento de la ilicitud que es igual, del conocimiento de la ley, y en tal caso resultaría el absurdo de que la misma disposición legal admitiría prueba de que la ley no era conocida por el hechor, a pesar de que se presume siempre conocida de todos".

Para Ortiz pues, el art. 1º del Código Penal contiene un elemento objetivo, el aspecto externo de la infracción y la voluntariedad dice relación con la libertad, con el nacimiento libre de

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la infracción como una actitud propia del individuo, sin coacción; mientras que el art. 2º describe el elemento subjetivo del delito; el dolo o la culpa. Consecuente con su posición, Ortiz estima que el inc. 2º del art. 1º contiene una presunción de que es voluntaria la actividad humana, la acción o la omisión, pero no la intencionalidad, la malicia o el dolo.

4.— El dolo no pertenece a la culpabilidad, sino a la realización típica: luego se presume la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.

En reciente trabajo ("Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido" de Juan Bustos y Eduardo Soto. Revista de Ciencias Penales, 3ª época, Nº 3, Tomo XXXIII. Sep.-Dic. 1964) de extraordinaria trascendencia se concluye que la definición del delito se encuentra en el inc. 1º del art. 1º del Código Penal, se basa en la culpabilidad que se expresa en la voz "voluntaria" y tal culpabilidad es la que se presume y se agota en su esencia misma, esto es, en la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad que son los presupuestos del reproche. El dolo pertenece a la realización típica, o sea, a la estructura significativa de la acción descrita por el tipo, pues el art. 2º describe simplemente las clases de realizaciones típicas existentes, o sea, las clases de acción y omisión.

En esta interpretación se afirma, que no puede darse a la expresión "voluntaria" el único sentido de "dolosa" ya que voluntaria es empleado como sinónimo de "libre o libremente" en los arts. 142, inc. 2º, 154, inc. 2º, y 456; de "anuencia" en los arts. 144, inc. 1º, 146, inc. 1º, 358, 359 y 432, de "intención o propósito" en los arts. 7, inc. 2º, y 10, Nº1, parte 1ª, y claramente de "dolo" solamente en los arts. 273, 294, 326 y 239, inc. 1º, del Código Penal.

También que los redactores del Código Penal no expresaron que la voluntad es lo mismo que dolo sino que, frente al pensamiento del comisionado señor Fabres, que estimaba que la definición de delito del inc. 1º del art. 1º del proyecto del Código Penal, no era comprensiva del cuasi delito, el señor Regifo le objetó porque en su opinión que la Comisión aceptó en dicho texto se comprende también el cuasi delito pues allí se habla de toda acción u omisión voluntaria y esta última palabra se aplica tanto al dolo como a la culpa y sólo significa la expresión voluntaria una acción u omisión libre, ejecutada sin coacción o necesidad anterior.

Así mismo, que la opinión de Pacheco, en doctrina es la de que la voluntad no es más que la libertad y la inteligencia y sólo cuando él advierte en el Código Penal Español —la supresión de la palabra "Malicia" puesto que el Código Penal Es-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pañol primitivo no contiene un art. 2º como el nuestro— concluye que la voluntad a que se refiere el Código ha de comprender la libertad, la inteligencia y la intención o malicia, o sea, que sólo en tal dicho evento —inaplicable a nuestra legislación— voluntad es, para él, dolo.

Luego examina las concepciones de los autores de la época de las codificaciones para quienes la voluntad comprendida la libertad (falta de coacción) y la inteligencia (comprensión de la significación del actuar), que eran presupuestos básicos de una imputabilidad moral del delito y que había de expresarse mediante intención o malicia y culpa o imprudencia.

Pueden, entonces, concluir que siendo la voluntad la base de la culpabilidad, su concurrencia permite llegar a la imputabilidad, en el sentido actual, y el conocimiento de la antijuricidad, por lo que ellas, son las que se presumen. Al art. 2º le atribuyen la misión de descubrir los delitos dolosos y los delitos culposos, ya que el art. 1º define el delito en sí. No se encuentran en el art. 2º enumerados elementos de la culpabilidad, puesto que no lo sería el dolo y la culpa. La culpabilidad se encierra en el inc. 1º del art. 1º a través de la voz "voluntaria". En el art. 2º se describen tipos, tipos que suponen culpa y que se complementa con los arts. 10, Nº 13 y 493 que exigen que la conducta culposa sea descrita y encasillada en un tipo en forma especial o expresa para merecer sanción.

5.— **Fundamentos doctrinarios de la culpabilidad.**

Tradicionalmente el género "culpabilidad" comprende dos especies: el dolo y la culpa y se considera a la culpabilidad, en general, como un hecho de naturaleza psicológica para el cual existe culpabilidad penal cuando el autor material del delito lo cometió voluntaria o culpablemente. Así, puede afirmar la **teoría psicológica de la culpabilidad y psicologismo,** que la culpabilidad comprende sólo la relación subjetiva entre el acto y el autor.

A tal teoría que explica que a cada una de las dos especies de culpabilidad cabe atribuir el representar todo el contenido de la culpabilidad, se opone la teoría del normativismo, según la cual, el dolo y la culpa son unicamente "elementos de la culpabilidad", una de las varias partes o componentes de la culpabilidad ya que existen otros componentes autónomos. No basta —agrega el normativismo— con la relación subjetiva aludida, es menester una reprochabilidad de la conducta antijurídica, de acuerdo con la libertad, fin y significado conocido o conocible de ella, o lo que es lo mismo, un hecho psicológico normativamente considerado. El normativismo, entonces, además

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del vínculo psicológico, para formular un juicio de culpabilidad, requiere que al autor se pueda exigir una conducta. Por ello la culpabilidad resulta ser la reprochabilidad de una conducta antijurídica.

Un ejemplo: para un psicologista hay culpabilidad si comprueba que el agente quiso matar. Nada más. El normativista dirá también que hay culpabilidad si el agente quiso matar, pero exigirá verificar por qué lo ha querido, si esa conducta subjetiva le fue impuesta por coacción moral que excluyó su libre determinación de voluntad e indagará los motivos del acto analizado, las circunstancias del caso.

Así, la culpabilidad se radica en la voluntad, según el psicologismo, y conforme al normativismo en una cualidad de la conducta, en su reprochabilidad.

Para la concepción finalista, que sigue muy de cerca el normativismo, la voluntad se determina por la consideración de un objeto, de un fin, pasando por los medios necesarios y las consecuencias secundarias vinculadas al fin. Como en el agente hay voluntad finalista que integra la acción, el asunto de la culpabilidad habría sido de ser estudiado al analizar la acción; sin embargo, como esta teoría llama "dolo" a una voluntad valorada que constituye precisamente el juicio de reproche o de culpabilidad, se la alude aquí.

6.— **Elementos del dolo.**

Las teorías de la representación y de la voluntad, respectivamente definen el dolo como "conciencia" o como "voluntad", y le hacen consistir en la representación del resultado, o en la voluntad de producirlo; conciliados ambos conceptos definen al dolo como "la libre y conciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal".

Por ello, un análisis del delito exige referirse a las siguientes circunstancias:

a) El dolo es una **posición de voluntad** del autor del delito, una dirección de la voluntad, de la que por tanto es una cualificación, traducida en un acto externo; pero no es la misma actuación o conducta voluntaria que constituye el hacer que encarna el delito. No es la acción concebida en términos amplios, sino que integra o acompaña paralelamente a la acción; es el acto de autodeterminación, de querer, de tender a un fin u objeto, es intención, es deliberación. Sin actuación voluntaria no hay acción ni culpabilidad; pero la actuación voluntaria puede concurrir con dolo y entonces hay delito o concurrir sin dolo, pero con culpa y entonces hay cuasi delito.

b) Hay dolo si el autor del delito se representa la concurrencia de los conceptos que configuran "objetivamente" la noción del hecho delictuoso; si se tiene previsión de los resultados.

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La configuración "subjetiva" del hecho, reside en el ánimo en la conciencia del agente y no pertenece a lo que el autor se representa.

La representación impone que el autor sepa en cada caso concreto lo que significa lesionar, hurtar, pero sólo exige conocimientos comunes sobre las cosas y los hechos y no su representación jurídica; así el ladrón ha de representarse que la cosa no es propia, que es ajena; esto es, de que los hechos que él realiza están previstos en la ley, pero no, que encuadran en una disposición determinada, sino que se trata de una acción prohibida dadas las circunstancias del caso.

La representación de la noción del delito no ha de ser en abstracto; sino que en concreto el agente ha de representarse la ejecución del hecho y en las circunstancias en que él actúa. Un individuo que mata a otro, cuando es ilegítimamente agredido no puede tener la misma representación de aquel que mata a un tercero en una pelea que él provoca, o para robarle.

Tampoco es menester, para que haya dolo, que el autor de la acción se represente que ella es antijurídica, esto es que tenga conciencia de la ilegalidad, de la contrariedad a su deber, de la criminalidad del acto o que actúa violando o menospreciando el deber que impone la norma.

Hay dudas en los casos en que la definición del delito menciona expresamente la antijuricidad como cuando la ley emplea las palabras "indebidamente", "ilegítimamente", "ilícita mente", pues en ellos se atribuye al juez de examinarlas para constatar si existe una causa excluyente de la antijuricidad.

7.— Clases de dolo.

a) La fundamental clasificación del dolo lo divide en dolo directo y dolo eventual.

Hay dolo directo, cuando la comisión del delito va acompañado con la intención de cometerlo; cuando el agente actúa con el deseo de que suceda aquello en que el delito consiste.

Según el art. 43 del Código Penal Italiano, "El delito es doloso o según la intención, cuando el resultado dañoso o peligroso que es el efecto de la acción u omisión y del que hace depender la ley la existencia del delito, ha sido previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión".

También hay dolo directo cuando la representación de la situación de hecho corresponde al contenido intencional. No se exige en ambos casos que el efecto sea querido directamente hasta que el autor se represente el efecto como necesariamente ligado a otro efecto directamente querido por él. Es de la esen-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cia, que el autor se represente como necesaria la unión de los efectos, aunque objetivamente no lo estén. Por ello, quien con intención de matar dispara a quemarropa o a cierta distancia en la oscuridad, contra órganos vitales de un tercero, obra con dolo directo.

Hay dolo eventual cuando el sujeto actúa sin buscar ni desear el resultado, pero lo acepta. Sea esto así o de otro modo, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo dice, el agente, El no tiene la intención directa ni indirecta de matar, por ejemplo, sino que le resulta indiferente que la víctima muera o no, como consecuencia de su obrar. Hay indiferencia en el autor si conciente en la muerte y no la rechaza, porque se considera "querido" todo lo que el agente toma a su cargo con su intención ya que la previsión de un resultado como posible y, sin embargo, ocacionarlo, importa lo mismo que quererlo.

No rige en el dolo eventual la presunción de dolo, puesto que en la labor de comprobación de su concurrencia, ha de establecerse tanto que, en el agente, hubo representación como asentimiento a la posibilidad del resultado delictivo, tarea que corresponde al Juez.

El dolo eventual supone la representación de un resultado que hay probabilidades de que acaesca, pues no es inevitable, a pesar de lo cual su autor persiste en la manifestación de voluntad.

Se estima poco afortunado el nombre de "dolo eventual", pues el hecho de que el resultado sea eventual no significa que el dolo lo sea, ya que no está el dolo condicionado en forma alguna.

Ciertos tipos de delitos excluyen la concurrencia del dolo eventual y, por ende, constituyen excepciones a la regla general que presume la voluntariedad de la acción. Entre estas excepciones encontramos aquellos en que, siguiendo al Código Penal Español y a Pacheco, se entiende que la acción u omisión no es voluntaria, o más bien, se establece una presunción de inocencia en favor del imputado quien será sancionado unicamente si se establece que obró "a sabiendas" o "maliciosamente", esto es, con dolo.

Son: la representación en juicio de testigos o documentos falsos (art. 212), de nombramientos ilegales (220) y de prevaricación (223 Nº 1, 224 Nº 2º, y 288) en que se usa la expresión "a sabiendas" y también de prevaricación (224 Nº 3, Nº4, Nº 5 y 231) en que se emplea la voz "maliciosamente".

En igual condición, aunque tienen como origen el Código Belga que sostiene que para imponer sanción es necesaria prueba de que el autor actuó voluntaria e intencionalmente y con móvil perverso, se encuentran las siguientes disposiciones de

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuestro Código Penal que usó de las expresiones dichas: arts. 109 incs. 10 y 11, relativo al que diere maliciosamente falso rumbo o noticias y al proveedor que maliciosamente incumple con daño, al Ejército y Armada chilenos; 161, sobre agravios de funcionarios públicos en las garantías constitucionales mediante malicioso uso de documento falso; 196 y 198 sobre uso malicioso de instrumento público o privado falso; 168, 176, 183, 185, 190 y 264 acerca del que se procura a sabiendas moneda, bonos, acciones, papel sellado, boletas de transporte, objetos con marca comercial, certificados, falsos y los hace circular.

Lo mismo podemos decir respecto de los delitos de los arts. 189, 204, 224, 256, 338, 342, 395 y 396 del Código Penal, en que se emplea la palabra "maliciosamente" y cuyo origen puede verse en la decisión de la Comisión Redactora del Código Penal, siguiente de cerca y por analogía a sus modelos español y belga.

b) Dolo genérico y dolo específico.

La concepción nacional respecto del dolo eventual difiere de la alemana o italiana. Aquí, llamamos dolo "genérico" a la intención general de obrar mal, de causar daño, de perjudicar; y dolo "específico" al dolo propio de un delito determinado en que se tiene la intención de causar un mal preciso, propio de una figura delictiva concreta y no de cualquier mal.

Es en el delito de daños donde la jurisprudencia ha afirmado en forma más general la existencia del dolo específico al decir que no basta con el hecho material y la intención delictiva general, sino que la intención debe estar referida precisamente a la ejecución del delito de daños; por ello concluye que ese dolo específico ha de ser probado, puesto que el art. 1º establece una presunción de dolo únicamente genérica.

En sentencias sobre homicidios es frecuente hallar afirmaciones jurisprudenciales de que no puede atribuirse su comisión a quienes causaron la muerte a una persona, si sólo tuvieron ánimo de lesionar y carecían de intención homicida.

"En la indagación del ánimo injuriandi —que constituye el dolo específico de injurias— debe analizarse tanto el significado de las palabras y frases que se usan como propósito y los antecedentes que movieron a ese decir del imputado" expresa la jurisprudencia y se afirma en otra parte que el delito de peligro contemplado en el art. 4º, letra g) de la Ley 12.927 exige un elemento subjetivo del tipo no comprendido en el dolo que la ley presume.

c) Dolo penal y dolo civil.

El dolo no se encuentra definido en el Código Penal y se refiere a él, sólo el art. 2º. Las veces que la jurisprudencia lo menciona en materia penal, emplea los términos del art. 44 del Código Civil que lo define del mismo modo que lo interpretó

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el delito la Comisión Redactora del Código Penal. Es así, que al absolver en causas por adulteración de instrumentos públicos, por ejemplo, se funda en la falta de dolo dado que no se justificó en el proceso que se hubiere dañado o podido dañar a un tercero, agregando que la expresión voluntaria del art. 1º del Código Penal exige la concurrencia de dolo en todo delito, o sea, la intención de inferir un daño a una persona o en sus bienes.

El ordenamiento jurídico chileno es una unidad, tiene una estructura común, de allí que el art. 24 del Código Civil puede señalar dentro de las reglas sobre hermenéutica legal que ciertos pasajes han de entenderse conforme parezca al espíritu general de la legislación.

En materia penal y en materia civil, el dolo se nos muestra reglado por unos mismos principios relativos a la conducta jurídica del individuo, responsabilidad a base de culpa, esto es, responsabilidad subjetiva, capacidad, daños y relación de causalidad entre el daño y el dolo y una consecuencia, todo lo cual conduce a una sanción. Entonces no puede afirmarse que la noción de dolo fuera tomada de prestado del Código Civil. El dolo resulta ser una institución común a todas las ramas del derecho nacional, que son un todo en que no puede hacerse una distinción nítida y definitiva entre Derecho Privado y Derecho Público, sin que ninguna de ellas pueda atribuirse su propiedad exclusiva. Diferente es que las reglas que gobiernan el dolo, sus consecuencias, difieran o puedan diferir en una rama a otra del Derecho.

La responsabilidad extracontractual deriva de una actuación ilícita, dolosa o culpable, y el daño que con ella ocasiona a la víctima da lugar a los delitos y cuasidelitos civiles.

En el delito civil hay dolo en el autor del daño y el dolo, que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, se da también como vicio del consentimiento y como agravante de la responsabilidad del deudor que al no cumplir el contrato responde, aún de los perjuicios imprevistos supuestos que, según la teoría unitaria del dolo, siempre el dolo es uno mismo: intención del agente de dañar a otro.

Pero no basta la conciencia de que se pueda causar un daño, se requiere la intención de dañar. Si el autor no quiso el daño sino que otro es el móvil de su conducta aún procediendo a sabiendas de que su acción originaría el daño o este sea de prever, no hay dolo. Porque la "intención positiva" de que habla el art. 44 no significa hecho o acción, sino "cierto, efectivo, verdadero y que no ofrece dudas".

El dolo por provenir de una circunstancia provocada por el actor, con intención, se aprecia en concreto y ha de probarse por quien sostiene su existencia; de modo que no se presume, excep-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

to en los casos de los arts. 968, regla 5ª, 1.301 y 2.261 del Código Civil sobre ocultamiento de testamento, ejecución de disposiciones testamentarias ilegales y en la apuesta en que sabe la verificación o no del hecho, en que ella consiste, 280 del Código de Procedimiento Civil y 22 de la Ley 7.498 sobre medidas prejudiciales y cheques, respectivamente.

Por regla general el dolo civil concurre cuando se comete un hecho calificado de delito por el Código Penal; delitos civiles puros, que son de difícil existencia; pero la teoría unitaria del dolo civil, afirma que siempre en el dolo hay un verdadero delito civil porque constituye una acción u omisión de una persona con intención de causar daño a otra, ya que la definición de tal art. 44 del Código Civil cuadra con todas las situaciones que provoca el dolo y en todas ellas su efecto es la reparación integral de la víctima.

Los fraudes y otros engaños dan ocasión para examinar el dolo desde puntos de vista civil y penal, desde que se trata de delitos típicamente patrimoniales y en que concurre engaño, conceptos ambos reglados tanto por el Derecho Civil como por el Derecho Penal.

Porque el dolo, como vicio del consentimiento se presenta como una maquinación fraudulenta efectuada por una persona para que otra otorgue su consentimiento en la celebración de un acto o contrato. Si tal dolo es principal e inductivo, esto es, resulta ser obra de una de las partes y sin él no se hubiera contratado, acarrea la nulidad y la indemnización de perjuicios.

Quien no da cumplimiento al pago de documentos aceptados para cancelar la compra de una especie y engaña en cuanto al paradero de ella, no merece sanción —dice un fallo— porque no acredita que hubiera en dicha actitud fraude o engaño al tiempo de contratar, puesto que el vendedor actuó libremente y no inducido por maniobras dolosas del comprador.

La compra de una especie efectuada por quien dice ser dependiente de un industrial determinado y que, como garantía da un documento falso en que el supuesto empleador expresa que en caso de incumplimiento descontará el precio al sueldo, mereció absolución en primera instancia porque el engaño no era serio y capaz y hubo exceso de credulidad del vendedor y no hay falsedad porque se supone en un documento la intervención de una persona imaginaria. Pero en la alzada, tal sentencia fue revocada porque el uso de nombre fingido y la atribución de influencia o crédito, supuestos, es constitutiva de estafa.

En general, los fraudes civiles merecen absolución estimándose que no tipifican las entregas fraudulentas del art. 467 del Código Penal, desde que no es suficiente para ello una discre-

Artículo: Conceptos sobre el dolo penal
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Héctor Roncagliolo Rusque

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pancia entre lo convenido y lo entregado, sino que es menester un ardid, engaño o maquinación para hacer incurrir a la víctima en error.

La falsa acersión de capacidad de mujeres casadas y menores al contratar no se estima delictiva porque ello no constituye engaño en los términos de los arts. 468 y 473 del Código Penal.

La venta de cosa ajena no es considerada por los jueces como constitutiva de los delitos de los arts. 467 y 468 del Código Penal pero sí del art. 473, por demostrar engaño y defraudación; pero son frecuentemente revocadas porque se afirma que en nuestro sistema civil es válida.

En las defraudaciones, hurtos y usurpaciones entre comuneros se vacila acerca de la inexistencia de dolo penal.

Respecto del mandatario que se apropia del dinero recibido provoca dudas acerca de si constituye delito o no, en frente al art. 2.156 del Código Civil, que autoriza el uso con su posterior y oportuna restitución, a pesar de aceptarse que el mandato es un título apto para originar una apropiación indebida.

Esta situación, durante mucho tiempo exigió por la jurisprudencia la rendición, examen y aprobación de la cuenta para considerarlo delictuoso. Hoy la rendición de cuenta no se exige como indispensable para responsabilizar al mandatario dado que el saldo a favor o en contra no basta para establecer la inocencia o culpabilidad, ni es ella una cuestión civil de aquellas que requieren de resolución previa por el juez civil y no se persigue la responsabilidad civil, sino la penal por hecho claramente contemplado en el art. 470 Nº 1 del Código Penal.

Hay pues, actuaciones que si bien nacen aparentemente como resultado de una negociación civil, envuelven un fraude o engaño. En tales casos, no cabe distinguir entre dolo civil y dolo penal para calificar el hecho, si es evidente que concurren los elementos esenciales del delito de estafa. No es aceptable considerar simple responsabilidad civil la de quien induce a otro a error respecto de una operación contractual mediante artificios o engaños que provocan una lesión del derecho ajeno en beneficio propio.

En general, entonces, puede afirmarse que no existen fraudes puramente civiles. La búsqueda ha de referirse a constatar la existencia de engaño o artificios, es decir, dolo penal como causas eficientes del hecho en que se advierte de partida un dolo civil.

Si la buena fé no fue sorprendida, no hay fraude, ni delito; si lo fue, hay fraude y ello constituye no sólo violación del contrato (dolo civil) sino el delito mismo (dolo penal).