

Revista de Derecho

SUMARIO

Manuel López-Rey	Consideraciones sobre el dolo eventual	Pág. 2343
David Stitchkin B.	Notas relativas a la teoría general de las obligaciones	„ 2351
Orlando Tapia S.	La Responsabilidad Extracontractual (continuación)	„ 2417
	MISCELÁNEA JURÍDICA	„ 2447
	JURISPRUDENCIA	„ 2453
	LEYES Y DECRETOS	„ 2505

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Prof. Dr. Manuel López-Rey

Consideraciones sobre el dolo eventual (1)

EL examen del dolo eventual responde hoy día a una necesidad sobre todo si se tiene presente que la Psicología adquiere una enorme importancia para el Derecho Penal. La admisión del dolo eventual responde a una mayor finura psicológica del delito, delincuyente y pena. El negarle o equipararle a otras formas de la culpabilidad sólo puede justificarse por razones políticas como acontece hoy día con los proyectos alemanes o por insuficiencia de técnica como sucede con el actual Código Penal italiano. Ambos criterios, son inadmisibles.

Dos criterios pueden seguirse en el estudio del dolo eventual, uno histórico y otro dogmático. El primero nos muestra cómo en todo tiempo se han admitido diversas clases de dolo y entre ellas el eventual especialmente entre los Prácticos del Derecho Penal. Es cierto que muchas de estas distinciones tenían sólo un carácter formal pero también lo es que algunas de ellas se perpetuaron llegando a ser re-

(1) Síntesis de las conferencias dadas en la Universidad de Concepción.

cogidas por la teoría y así Carrara cita cuatro especies de dolo que en definitiva pueden reducirse a dos, el dolo de ímpetu y el de propósito. Entre los autores italianos, Alimena, Maggiore, Battaglini, Grispigni, etc., la pluralidad del dolo es admitida en buena parte conforme a formas históricas reconociéndose más o menos correctamente la existencia de un *dolus eventualis*. En Alemania las diversas formas de dolo fueron también acogidas histórica y doctrinalmente si bien no faltaron autores que redujeron sólo a dos: dolo y culpa las formas de culpabilidad.

Dogmáticamente niegan la admisión del dolo eventual, principalmente Binding y von Bar. El primero, reconoce la existencia de una zona de actuar en duda en la que la impunidad se impone. Frente a este criterio Grossmann hizo una crítica severa que el propio Binding reconoció en parte como certera. La tesis de Binding no tuvo gran influencia y puede decirse que doctrinalmente en Alemania la corriente que imperó hasta la llegada del nacional socialismo fué la de la admisión del dolo eventual si bien basándose en diversas teorías que fundamentalmente pueden reducirse a dos grandes grupos: teoría de la probabilidad y teoría del consentimiento. Dentro de cada grupo caben variedades distintas pero repetimos que esencialmente pueden sintetizarse en la forma dualista expuesta.

Según la teoría de la probabilidad, representada principalmente por Grossmann, el dolo eventual se construye con arreglo a una tesis objetiva. Grossmann parte de la realidad de un actuar en duda y de que no toda representación implica responsabilidad penal pues existen dos y aun a veces tres, círculos liberadores en los cuales la simple representación no acarrea un juicio de responsabilidad. Siguiendo a Thyren que demostró la índole psicológica de los motivos y contra motivos, de los sentimientos de placer y desplacer unidos a todo resultado y principalmente de la probabilidad de la consecución de un fin y de un resultado antijurídico anejo, Grossmann dice que en todo juicio decisivo de probabilidad existe por parte del sujeto una desvaloración que es la

Consideraciones sobre el dolo eventual

2345

que en definitiva la impulsa a actuar. Así, si un sujeto quiere ganar un premio al blanco se darán en él de un lado: motivos que le impulsan a ganar el premio más los sentimientos de placer conectados con dicho resultado y de otro se presentarán: sentimientos de desplacer en cuanto él se represente la posibilidad de herir a la muchacha que sostiene el blanco ya que el sujeto es un mal tirador. Lo decisivo en tal examen de probabilidad es la desvaloración que el tirador hace al decidirse a tirar pues si en definitiva prefiere disparar, aun consciente de su probable desacierto, revela con tal decisión la desvaloración que le merece el bien jurídico ajeno: vida o integridad corporal de la muchacha. Por tanto, si la probabilidad de tal resultado antijurídico es grande y el sujeto tira obrará con dolo eventual, si por el contrario y por haber tirado otras veces y haber ganado, se representa una menor probabilidad, actuará con culpa con representación. La tesis de Grossmann tiene el grave inconveniente de que por ser eminentemente objetiva en cuanto la probabilidad debe ser determinada por el juez puede dar lugar a que la conclusión de éste no corresponda con la realidad de la posición subjetiva del sujeto.

Las teorías del consentimiento son más subjetivas y se hallan representadas por un gran número de tratadistas alemanes. Pueden citarse en primer término la tesis de Frank sobre la teoría hipotética del consentimiento que más tarde se transforma por él mismo en teoría positiva del consentimiento. Para Frank, el dolo eventual representa un resultado no querido pero que en último término se acepta en virtud de una presunción. Ahora bien, esta presunción choca con la pura exigencia de un querer como base del dolo. Por ello, Hippel partiendo de su definición del dolo dice que hay dolo eventual cuando el sujeto prefiere a su renuncia la realización del resultado antijurídico siendo dicha no renuncia equivalente al consentimiento que el juez debe buscar. La tesis de Hippel que con más o menos variantes es la seguida, tiene la desventaja de que la vida presenta una serie de supuestos sobre los cuales el autor no puede consentir. Tales son aquellos casos relativos a la edad, a la índole de cosa ajena,

etc., sobre los cuales la actividad del autor no ejerce función configuradora de los hechos. Por eso, Mezger sigue una teoría mixta de admisión del consentimiento en los casos de posible consentimiento y de aplicación de teoría de la probabilidad en aquellos otros supuestos en que éste no es posible. Esta teoría es en lo fundamental la sustentada por López-Rey si bien éste acepta aún con carácter más subsidiario la tesis de la probabilidad.

¿Cabe el dolo eventual en el Código Penal chileno? Toda la teoría de la culpabilidad en este texto legal tiene que basarse en los artículos 1, 2, N.º 13 del 10 y 490. A ello debe añadirse el espíritu del propio Código y las reglas de interpretación que brindan los artículos 19 a 24 del Código Civil que son de general aplicación a falta de otras y sobre todo de algo análogo en el Código Penal. Partiendo de ello y si bien puede sostenerse la no admisión del dolo eventual con lo que se daría la impunidad de acciones más graves que las que representan los cuasi delitos del texto punitivo, llegó López-Rey a la conclusión de que el dolo eventual debe ser asimilado a la culpa en dicho cuerpo legal pero con la limitación que en él tiene la culpa, es decir, sólo en referencia a los delitos contra las personas, criterio que es el legal pero que puede dar lugar a soluciones un tanto anacrónicas y sobre todo incorrectas conforme a una pura dogmática pero que son en definitiva la consecuencia lógica de una defectuosísima construcción de la culpabilidad en el Código Penal chileno.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PELIGROSIDAD

Comenzó el profesor López-Rey preguntándose si es posible establecer una distinción tajante y definitiva entre Derecho Penal y Defensa Social. Ambas disciplinas tienen por objeto el estudio del delito si bien el primero, según tesis

Consideraciones sobre el dolo eventual

2347

muy generalizada, desde el punto de vista represivo mientras la segunda sólo preventivo. A su entender tal repartición es errónea y no responde a la realidad pues el Derecho Penal actual es también preventivo como nos lo demuestra la consideración de la pena como medio social-pedagógico, especialmente en la llamada reprensión general. Por otra parte la ya vieja polarización de la Defensa Social a base sólo de peligrosidad tampoco es admisible pues aparte de que incluso dentro del positivismo ello no fué así todavía lo es hoy menos si se tiene en cuenta que también el Derecho Penal trabaja con el concepto de peligrosidad. En realidad el delito no es más que la concreción de ésta en un momento dado y separar la peligrosidad del delito para hacerla una entidad aparte, independiente de la imputabilidad no corresponde a las actuales concepciones sobre la culpabilidad y el delito en general. Por ello no cabe ya como antes el oponer los términos delito y peligrosidad pues ambos términos representan contenidos en buena parte coincidentes que no siempre merecen tratamientos diferentes.

Es cierto que la Defensa Social plantea una serie de conflictos en orden a los llamados derechos individuales pero tal dificultad no es una dificultad de fondo sino de forma que puede ser perfectamente salvada en la práctica con las debidas garantías jurisdiccionales. La dificultad grande aparece cuando se quiere delimitar el alcance de la facultad o finalidad reformadora de la Defensa Social pues entonces aparece la vieja cuestión entre reforma moral y social. Las dos tienen su importancia y el pretender la primera es tan inútil como perseguir sólo la segunda. En realidad toda reforma tiene un lado moral innegable del cual no se puede prescindir. Lo que se debe propugnar es una reforma en el sentido de crear en el sujeto una conciencia de su propia responsabilidad no sólo ante sí como valor humano que es, sino también ante la sociedad. Sólo esta idea de responsabilidad puede salvar al hombre y es desde luego más eficaz que la de crear en él un hábito de trabajo las más de las veces puramente externo y que se hunde al primer embate con el mundo y sus dificultades.

¿Qué es peligrosidad? Generalmente se considera que la misma representa una tendencia al delito. Grispigni la define diciendo: que es la relevante capacidad de una persona para cometer un delito, capacidad que habrá de manifestarse por la inaptitud para un determinado ambiente psíquico-social, siendo la causa de tal inadaptación una anormalidad psíquica. Lo cierto es que no toda peligrosidad significa tendencia a delinquir sobre todo si la misma — aquélla — es estimada de manera objetiva. Lo que el legislador tiene que preguntarse al formular la peligrosidad es si con esta expresión él quiere decir la temibilidad que de futuros delitos representan determinados géneros de vida: prostitución, chulos, mendigos, etc., o si bien, y ello es alcance más restringido, sólo la posibilidad subjetiva de que determinadas personas pueden cometer delitos. Lo que si es evidente y ello en contra de las opiniones de Mauro, Ruiz Funes, Jiménez de Asúa, etc., es que la peligrosidad es un concepto jurídico y no social. El examen que de la peligrosidad hizo el profesor López-Rey le llevó a tal conclusión ya que entre la misma y el delito no existe la oposición que tradicionalmente se ha querido ver.

Después de examinar las diversas clases de peligrosidad determinó López-Rey la conexión íntima que existe entre peligrosidad y psicología criminal. Ahora bien, ésta debe ser interpretada en el sentido de una psicología criminal tanto de lo consciente como de lo subconsciente y debe ser diferenciada de la psicopatología y de la psicología anormal. Esta comprende la psicopatología o patología mental; la psicología de individuos superiores (genio, talento, etc.), y el estudio o psicología de ciertas condiciones o situaciones especiales provocadas por la hipnosis, sueño, etc. Por último, la psicología criminal comprende no sólo la relativa al delito y al delincuente sino también y en forma no menos principal, la concerniente a los testigos, peritos, magistrados, etc. En este sentido López-Rey se pronuncia por una psicología con el alcance que Grossmann dió a la suya.

La peligrosidad de los psicopáticos fué examinada a con-

Consideraciones sobre el dolo eventual

2349

tinuación especialmente la de las psicopatías constitucionales. La intolerancia penal de esta clase de anormales es evidente así como también el tratamiento penal de los mismos a base de una imputabilidad disminuída. Sólo si ésta comprende algo más respecto al tratamiento que la simple pena corta de privación de libertad puede en principio admitirse.

A continuación se examinaron como textos el proyecto de Código Penal chileno de 1929 en su título noveno y más ampliamente la ley de Vagos y Maleantes de 1933 española, así como la ley de la misma nacionalidad de 1932 relativa a los enfermos psíquicos. La ley de defensa criminal belga de 1930, fué también expuesta y comentada, terminando López-Rey recomendando al legislador cautela en la regulación del estado peligroso pues la práctica viene demostrando en la readaptación de los anormales mentales, que la psicología general de las gentes no ha progresado aun lo bastante, incluso en pueblos tan civilizados como Bélgica, como para lanzarse sin más a una amplia tarea legislativa de la peligrosidad. Un criterio que no tuviera cuenta de esto llevaría forzosamente al fracaso a la llamada Defensa Social.
