

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XVII

JULIO - SEPTIEMBRE DE 1949

N.º 69

**DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ**

## **COMITE DIRECTIVO:**

**SRES.**

**ROLANDO MERINO REYES**

**QUINTILIANO MONSALVE J.**

**JUAN BIANCHI BIANCHI**

**VICTOR VILLAVICENCIO G.**

**MARIO CERDA MEDINA**

**ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION**

**HECTOR BRAIN RIOJA**

## **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL CHILENO**

**(Continuación)**

**18.—Presunción de dolo.**—Dijimos que en consonancia con la modificación proyectada al inciso primero del artículo primero del Código Penal, la Comisión propone modificar el inciso segundo del mismo artículo, en el sentido de sustituir la voz "voluntaria" por "dolosa", estableciendo de tal manera directamente la presunción de dolo.

Los textos legales vigentes y modificados son:

a) **Texto vigente:** "Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario".

b) **Proyecto:** "Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre **dolosas**, a no ser que conste lo contrario".

c) **Modificación:** Se sustituye la palabra "voluntarias" por "dolosas".

Dicen las Actas de la Comisión que los miembros de ésta no pretendieron establecer ninguna regla nueva, sino que, armonizando los incisos primero y segundo del referido artículo, reforzar o aclarar el concepto vigente, porque "siempre se ha entendido, es-

pecialmente por la jurisprudencia, que la presunción era de dolo toda vez que se le había considerado integrante del concepto de voluntariedad".

Agregan esas mismas actas que tal fué el espíritu que guió a los legisladores del 74, cuando elaboraron la actual disposición, siguiendo de este modo la opinión dominante a la fecha de la dictación del Código Penal, que interpretaba el vocablo "voluntad" como integrado por la intención y a esta última como sinónima de dolo.

19.—Disentimos del pensamiento del Proyecto porque, según ya lo anunciamos, nunca hemos aceptado la procedencia de la presunción de dolo, ni menos, que la actual fórmula legal que presume la voluntariedad pueda hacerse extensiva al dolo.

No vemos la necesidad ni la obligación en que algunos parecen colocarse, de interpretar la ley exclusivamente por los antecedentes históricos concomitantes o anteriores a su dictación. Así proceden quienes, para determinar el sentido de la disposición vigente que presume la voluntariedad, se remontan a lo que sostenían los penalistas de la época o a lo que se habría dicho en el seno de la comisión o de las sesiones de congresales que aprobaron la ley.

No son estas opiniones las que forman el espíritu de la ley, que es a lo que debe tender toda interpretación legal; su espíritu, como bien dice el artículo 19 del Código Civil, está en "ella misma"; y sólo podrá recurrirse a él ante una expresión oscura de la ley.

Tampoco es fuente directa de la interpretación de la ley, la sentencia judicial a que aluden las Actas de la Comisión de Reforma; y si se tiene en cuenta su constante evolución, como asimismo los particulares casos a que se refiere, ha de concluirse que, sin desconocer su real importancia, no puede ella decidir la determinación científica, doctrinaria y judicial del verdadero y exacto sentido de la ley, puesto que puede alterarse en el mañana la opinión de la jurisprudencia actual.

20.—Para mayor claridad y precisión de nuestros conceptos, conviene recordar, aunque brevemente, el origen doctrinario de la presunción de dolo a través de las distintas formulaciones que de su contenido ha hecho la doctrina.

## PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

359

Entre las varias teorías que tratan de fijar los elementos integrantes del dolo, existe la llamada "teoría de la voluntad". Puede decirse que fué Carrara quien, al definir el dolo como "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", dió nacimiento a esta teoría jurídica al sostener que el dolo estaba en la "voluntad de realizar un acto ilícito"; sólo es doloso el resultado querido intencionalmente.

Partiendo, pues, de la base de que el dolo es la "voluntad del acto", se seguía que para determinar cuándo existía dolo, había que comprobar los casos en que el acto había sido querido por el agente. Como este querer —voluntad o volición—, es un acto interno de imposible comprobación, fué necesario establecer la segunda premisa indispensable para el éxito de la teoría, esto es, presumir que los actos ilícitos eran realizados voluntariamente y, por lo mismo, como regla general, dolosamente.

En otras palabras, tal presunción importa decir que la realización de cualquier acto de aquellos que la ley describe como delitos, ha de presumirse que se hizo queriendo voluntaria y dolosamente cometerlo. Así, al que causa la muerte de otro se le presume la intención de matar, de tal modo que la acción material se convierte en prueba de culpabilidad, en razón, según la referida teoría, de que ordinariamente los hombres actúan de esa manera. La excepción es lo contrario.

Puede apreciarse que la teoría de la voluntad, sin la premisa de la presunción, no podría nunca obtener aplicación práctica, porque en ningún caso, sin esta presunción de dolo, lograría probarse que la voluntad, situación subjetiva interna, estaba dirigida o intencionada hacia la realización íntegra del acto punible. Cualquiera podría excusarse en que no tuvo intención de realizar el acto ilícito y que no quiso su resultado.

La presunción de dolo es, pues, del todo necesaria para la teoría de la voluntad; pero, exclusivamente para esta teoría.

Si se siguen otras concepciones del dolo, como la teoría de la representación o del asentimiento, la presunción de dolo desaparece por innecesaria, según demostraremos más adelante, no sin previamente observar que la presunción que venimos comentando sólo

obedecer a una creación jurídica para configurar una teoría que no tienen realidad en la actuación efectiva de los individuos.

21.—Para este análisis, conviene recordar que las leyes penales tienen un contenido humano que no se encuentra en las que regulan otras actividades de los individuos. Las leyes civiles, comerciales o procesales y demás fórmulas legislativas, dicen relación, especialmente, con las actividades patrimoniales de los sujetos, mientras que las que motivan estas observaciones reglamentan los actos del hombre a través de principios de orden ético, político y social.

La base de la construcción del delito en nuestra ley es el "acto", llámesele acción u omisión. Cuando este acto es contrario a los conceptos morales imperantes en la colectividad sobre los aspectos más fundamentales de la vida humana, se convierte en delito. Unas veces por causar grave perjuicio a otro, como el homicidio; otras veces, por causar un daño a la colectividad, como los delitos contra el Estado; y otras, en fin, por atentar contra la simple moral, como la sodomía, el aborto, etc. Pero unos y otros descansan en la naturaleza del acto del hombre y según sea la forma en que éste se realiza habrá de considerársele o no delictivo.

Conviene recordar que conforme a las leyes penales chilenas no hay delito sin acto, de modo que no caben en nuestro sistema legislativo los conceptos del "estado peligroso" objeto de la Ley Penal de otras legislaciones.

22.—No es posible, por lo tanto, legislar en materia penal desentendiéndose de la naturaleza del acto humano, de los elementos que ordinariamente lo integran, de sus fuerzas eficientes, ni de los fines que con él se persiguen. La ley penal debe considerar el acto tal como los individuos lo realizan y castigarlo cuando viola los principios que sirven de base a sus leyes.

La ley penal no puede crear maneras de actuar humanas para sancionarlas; la ley no crea delitos, sólo establece penas. Toma de la vida aquellos actos que, según las épocas y circunstancias, desea prohibir y sancionar. No hace lo de otras leyes que crean fórmulas jurídicas e imponen al individuo una conducta para poder vivir en la colectividad. En el orden cronológico, las leyes no penales se



## PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

361

anticipan o pueden anticiparse a las conductas de los individuos estableciendo un régimen determinado para sus relaciones patrimoniales conforme crea convenir. La ley penal, nunca podrá adelantarse a los actos del hombre; primero se producirá el acto en uno o más individuos y ante su contemplación y consideración, la ley creará la pena.

23.—De aquí que, por regla general, no caben en las leyes punitivas las presunciones, de tan ordinaria ocurrencia en leyes de otro orden.

Presumir que un individuo actuó en tal o cual sentido; que su móvil fué éste o aquél; que su intención fué dirigida a tal o cual fin, no conviene a la ley penal, porque puede equivocarse y someter a sus prescripciones actos distintos a los que verdaderamente se realizan, y, por lo mismo, dar origen a injusticias.

Así ocurre con la presunción de dolo.

Presumir que los individuos actúan dolosamente es contrario a la natural tendencia del sujeto. No queremos entrar en divagaciones psicológicas ajenas a nuestras finalidades, sino que considerar el actuar humano dentro de la colectividad actual, constituida por un conjunto de hombres civilizados, adaptados a las normas que rigen la vida social. Presumir el acto del hombre como dirigido a violar la ley o a lograr el resultado punible, no concuerda con la efectividad de la mayoría de los actos realizados en un medio social determinado, porque estimar exacta la presunción de dolo significa sostener que el individuo, cada vez que ejecuta un acto de aquellos que la ley considera susceptibles de pena, lo ha realizado con intención y voluntad de infringir la ley y de lograr la finalidad punible; en circunstancias que lo general, dentro de nuestro medio colectivo, es lo contrario.

Los hombres, por nivelación cultural, están hoy día acostumbrados a respetar las leyes y a actuar conforme a ellas. La excepción está constituida por aquellos casos en que el sujeto desea infringir la norma. Siendo ésta la excepción, no puede constituirse en ley general, ni presumirse la actitud ilícita en todos los individuos antes de analizar las circunstancias del caso.

24.—Para precisar esta idea, conviene recordar las diferencias importantes que existen entre la **voluntad del acto** y la **voluntad del resultado o dolo**. La confusión entre uno y otro elemento conduce a la errada presunción que venimos rebatiendo.

No es posible asimilar la voluntad del acto con la voluntad del resultado.

Veamos un ejemplo:

El disparo de una arma de fuego puede ser un acto voluntario o involuntario; y puede ser doloso o no doloso. En efecto, el acto será involuntario si el sujeto no hizo esfuerzo alguno dirigido a que el arma se disparara y el disparo se produjo exclusivamente por obra de la casualidad, en forma accidental, por caso fortuito. Por el contrario, el acto será voluntario si el sujeto hizo esfuerzos personales dirigidos a lograr ese disparo, mediante la presión de su fuerza física, dirigida por su fuerza intelectual, sobre el gatillo del arma para producir la detonación.

Supongamos que el disparo fué a dar en el cuerpo de otro hombre y el hecho cae bajo la descripción del delito de homicidio que contempla la ley penal.

En este último caso, el acto voluntario en sí mismo, esto es, el disparo del revólver hecho voluntariamente, puede ser doloso, o puede ser no doloso. No será doloso si el disparo fué a dar en el cuerpo de la víctima por mero accidente, sin que el sujeto haya querido dirigirlo hacia ella, ni alcanzar el resultado producido por el mismo, o sea, la muerte. En tal evento, diremos que el disparo voluntariamente hecho no es doloso, porque faltó la intención dirigida al resultado producido. Por consiguiente, puede haber actos voluntarios y no dolosos al mismo tiempo.

Será acto voluntario y doloso, si el sujeto, a más de realizar el acto voluntario en sí mismo, esto es, querer que el arma disparara y hacerla disparar, quiso también el resultado producido, o sea, tuvo intención dirigida al fin que se proponía: matar.

De este modo, limitado el campo de la voluntad del acto y separado de la voluntad del resultado, permite a la vez hacer iguales distinciones con los actos voluntarios y culposos en que, el resultado, aunque no querido, fué producido por negligencia del

**PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO**

**363**

sujeto, pero esto ya es materia de la teoría de la culpabilidad, ajena a la teoría de la voluntariedad.

Por lo tanto, la voluntad no subentiende el dolo. El querer disparar no comprende el querer matar. El querer el acto no alcanza necesariamente el querer del resultado. Puede que vayan unidos; pero también pueden estar separados.

La conclusión que se obtiene del ejemplo anterior, para el caso de muerte, puede repetirse en todos los demás actos que en ciertos casos pena la ley. La sustracción de una especie ajena, calificada como hurto, puede no contener el dolo que la hace punible, caso en que da lugar al llamado hurto de uso, o a los actos inocentes de una broma. El aborto que una mujer se provoca a sí misma, puede ser totalmente impunible por no contener el dolo en el resultado penado por la ley; y así ocurre indefinidamente en cada caso delictivo.

¿Por qué entonces presumir en general que el acto es doloso? ¿Por qué convertir la excepción en regla general? No hay utilidad en ello y tal procedimiento no corresponde a la forma en que ordinariamente tienen lugar los actos del individuo.

25.—Otra evidencia más sobre la impropiedad de la fórmula presuntiva, se advierte en los casos de cuasi-delito. El juez, en presencia de un accidente del tránsito que causa la muerte de una persona, no presume el dolo, sino que, de inmediato, frente a las circunstancias, declara el cuasi-delito y procesa por culpa.

Estimamos que con lo expuesto, dentro de los límites que nos impone la naturaleza de estas observaciones, hemos evidenciado que la presunción de dolo debe ser eliminada de la reforma penal por no corresponder a la realidad humana, por traer una serie de inconvenientes de orden práctico, y por constituir solamente una exigencia de una teoría jurídica ya abandonada en la mayoría de las legislaciones.

26.—Mantener la presunción de dolo importa adherirse a la teoría de la voluntad. Esta teoría, que expusimos anteriormente, establece el contenido del dolo en la intención de producir el resultado. Conforme a ella sólo es punible el resultado querido.



Quedan al margen de tal teoría los casos de **dolo eventual** y otras posibilidades que en otra oportunidad analizaremos en detalle, recordando, por ahora, que para precisar el contenido del dolo y abarcar todos los casos posibles se ha ideado una serie de razonamientos jurídicos que pueden condensarse en la siguiente idea: El dolo comprende no sólo el resultado querido, sino también el previsto como posible y aceptado. Así, el sujeto que queriendo matar a determinada persona dispara repetidas veces su arma de fuego sobre el grupo en que ésta se encuentra, matando además a sus acompañantes, es punible por el **dolo directo** referido a su víctima y por el **dolo eventual** respecto de los terceros a quienes no deseaba lesionar, pero que le fué previsible y lo aceptó como posible, no impidiendo esta posibilidad su acción.

Si el dolo se define conforme a esta última configuración jurídica, no se requiere de la aludida presunción para fijar su contenido y hacer posible su utilidad práctica. Las reglas procesales se encargarán de organizar las pruebas relativas al establecimiento de las circunstancias de hecho que determinen la existencia del dolo y entre ellos podrán existir presunciones, pero basadas en las circunstancias de cada caso, muy distintas de la presunción general establecida en la ley sustantiva que obedece a una contemplación general previa al acto materia del proceso y ajena, por lo mismo, a las circunstancias particulares del caso. Y ya hemos visto que ni en consideración a ideas generales del actuar humano es aceptable la presunción de dolo, porque contraviene la naturaleza de los actos del hombre.

Desligándonos, pues, del concepto subjetivo del dolo fundado en la intención que preconiza la teoría de la voluntad, podemos sostener que el dolo es un concepto jurídico independiente de la intención del sujeto y que su prueba queda entregada a las circunstancias objetivas en que se realiza el acto. Esta prueba debe seguir las normas generales del procedimiento. Y en consecuencia la presunción general de dolo resulta innecesaria.

27.—De lo expuesto parece desprenderse que nuestro Código Penal sigue adherido a la teoría de la voluntad y que el Proyecto desea mantener esta tendencia mediante la presunción general de dolo que viene a confirmarla.

**PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO**

**365**

Si esa fuere la tendencia de los reformadores, quiere decir que nuestro Código no contiene ni contendrá otros tipos de dolo, como el eventual, que no corresponden a la intención ni a la presunción de ésta; y por otra parte deja pendiente una cuestión de importancia: el Proyecto no da una definición del dolo. Presumir algo y no definirlo es lanzar a los intérpretes y ejecutores de la ley a un laberinto de perniciosas consecuencias.

Creemos por lo tanto que, o se elimina la presunción de dolo por las razones que hemos insinuado, o se define al dolo en toda su extensión y sentido, conforme a la doctrina que sobre este aspecto subjetivo del delito se quiera establecer en la ley.

**(Continuará)**

★ ★ ★ ★ ★