

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

EL DOLO EN MATERIA PENAL

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR

ARTURO EFRAIN REVELO

Como acto previo de su investidura
académica para obtener el Título de
Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

San Salvador

El Salvador

Centro América

Diciembre de 1966

077222

EJ. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Doctor RAFAEL ANTONIO VASQUEZ

SECRETARIO

Doctor MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

DECAHO

Doctor ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO

Doctor MANUEL ATILIO HASBUN.



*Mfn 16259*

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS".

Presidente: Dr. Manuel René Villacorta

Primer Vocal: Dr. Ricardo Falla Cáceres

Segundo Vocal: Dr. Julio César Oliva

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES".

Presidente: Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

Primer Vocal: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

Segundo Vocal: Dr. René Fortín Magaña

*SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "CIENCIAS SOCIALES, CONS
TITUCION POLITICA Y LEGISLACION LABORAL".*

Presidente: Dr. René Fortín Magaña

Primer Vocal: Dr. Carlos Rodríguez

Segundo Vocal: Dr. Guillermo Chacón Castillo.

DEDICO ESTA TESIS

A Cristo Jesús, síntesis de todos mis amores

A mi madre María Luisa Contreras v. de Revelo

A mi esposa Luzmila Alcira Haguaña de Revelo y

A mis hijos Arturito Efraín y Alcirita Beatriz

con amor y devoción.

A mi querido hermano Padre Marco René Revelo cuyo ejemplo

y cariño me guiaron.

A mis otros hermanos

Al doctor Jorge Vitelio Luna h. a quien debo mi profesión

Con admiración y cariño a los doctores Arturo Zeledón Cas-
trillo y Antonio Rodríguez Porth.

DERECHO PENAL

=====
E L D O L O
=====

- CAPITULO I *Introducción*
 Formas de la culpabilidad.-
- CAPITULO II HISTORIA Y CONCEPTO DE DOLO
 1.-Evolución del concepto de dolo
 2.-Dolo en el Derecho Romano
 3.-Dolo en el Derecho Germánico
 4.-Dolo en el Derecho Canónico y
 5.-Definiciones de dolo.-
- CAPITULO III EL DOLO COMO CONCEPTO JURIDICO
 1.-Teoría de la voluntad
 2.-Teoría de la representación
- CAPITULO IV CLASES DE DOLO
 1.-Dolo directo
 2.-Dolo indirecto
 3.-Dolo eventual
 4.-Dolo genérico
 5.-Dolo específico
 6.-Dolo de consecuencias necesarias
 7.-Dolo procedente o inicial
 8.-Dolo subsiguiente
 9.-Dolo civil-Dolo penal
- CAPITULO V.- ELEMENTO EFECTIVO
 1.-Presunción de dolo
 2.-Buena fe
 3.-El consentimiento del ofendido
 4.-El error
 5.-Dolo en nuestro Código Penal con relación
 al Art. I Pn.
 6.-El dolo con relación al delito preterin -
 tencional. Distintas posiciones con rela -
 ción al problema de su naturaleza, en cuan -
 to a culpabilidad del agente.
 7.-Jurisprudencia salvadoreña.-

=====
=====

DERECHO PENALE L D O L O

= INTRODUCCION =

CAPITULO I

Una de los conceptos jurídicos más imprecisos y difíciles de definir es este de la culpabilidad.-

Culpabilidad, así en general es un juicio de reproche para el acto perpetrado por el sujeto. En este sentido, no importa al caso que este reproche sea objetivo o subjetivo.-

A veces puede una persona reprocharse algún acto cometido, otras veces son los demás, llamémoslos aquí testigos, quienes reprochan el acto. Luego, sin quererlo, estamos ante un acto valorativo, si es autónomo, es sinónimo de conciencia, que nos dice cuando hemos actuado bien y cuando mal. Si es heterónomo, es la opinión que los demás se forman de nuestros actos; pero en uno u otro caso, siempre tiene un papel importante la conciencia, ya para valorar nuestros actos, ya para evaluar los actos de los demás.

La culpa la vemos definida, como un descuido, falta de cuidado en nuestros actos, que trae una consecuencia jurídica.-

Cuando hablamos de culpa, nos viene a la memoria, por asociación, el dolo.

En aquélla lo que reprochamos es el descuido, en éste el -
deseo, seguido de un resultado deseado, antijurídico. Hemos ---
llegado así a la Intencionalidad.-

Algún filósofo decía que la diferencia entre moral y de -
recho es que la moral únicamente ve a lo interno (intención) -
y el derecho únicamente lo externo, nuestros actos.-

Qué equivocado anduvo el filósofo éste; si precisamente --
lo que hace que un delito sea tal, es la intención (Art. lo. Pn.)
"Delito es toda acción u omisión voluntaria penada con anterio-
ridad por la ley".

Cuando nuestra Ley dice que esa acción u omisión debe ser
voluntaria, quiere decir, procedentes de la voluntad libre.

Imputabilidad es imputar a una persona la ejecución de --
un acto.

Es decir, "conjunto de condiciones necesarias para que el-
hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntaria --
mente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre" (Padre --
Jerónimo Montes).

Aquí forzoso es hacer una distinción: los libre albedris
tas y los deterministas.-

Los primeros sostienen una libertad absoluta de la volun-
tad, los otros, que el hombre está determinado en su voluntad --
para elegir, que ésto es en síntesis el libre albedrío, el po-
der escoger.- Depende pues, de cual sistema se va a elegir --
para hablar de imputabilidad, ya que es la voluntad la base de
esta teoría. Si optamos por el libre albedrío, podemos hablar -
de intención, de imputabilidad, de culpa, de dolo, etc., ya que
todas esas atribuciones necesitan como accidentes un sustentá-

culo a manera de esencia que se predique de ese sujeto, que es la voluntad. Si elegimos el determinismo, todos esos atributos son inútiles. Cómo puede hablarse de imputación, de dolo, de intención, de culpa, si no hay una voluntad libre? Un sujeto sin libertad es a mi juicio no un sujeto, sino casi objeto, un animal, una cosa.-

Por otra parte, necesariamente surge la responsabilidad.-- Para que una persona sea responsable de sus actos, debe ser libre para actuar. Si alguien no tiene libertad, es decir, si no puede escoger, cómo lo vamos a responsabilizar de un acto que se vió forzado a efectuar? Sería una injusticia deducir responsabilidad a quien se vió compelido a actuar, aunque esa acción sea denominada ilegal o injusta.-

Los niños carecen del sentido valorativo de sus actos. A eso se debe que una de las causales de carencia de responsabilidad en los delitos (jurídicamente) circunstancias que existen de responsabilidad criminal o también causales de inimpunidad, 2o. y 3o. del Art.8 Pn., sea la minoridad penal absoluta; y la relativa, cuando no ha habido discernimiento.-

Delimitar campos, poniendo culpabilidad aparte del dolo y la culpa es moralmente imposible. No puede hablarse o definirse culpabilidad, como algo diferente de dolo o culpa. Ocurre aquí que culpabilidad es el género, y la especie, el dolo y la culpa.-

Definición de culpabilidad.-

Jiménez de Asúa define así la culpabilidad: " Culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto, acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretende --

(4)

con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido - o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas".-

Cuello Calón.-

"El juicio de reprobación por la ejecución de un hecho -- contrario a lo mandado por la ley".

CARACTERISTICA COMUN A LAS FORMAS O ESPECIES DE CULPABILIDAD

"Es necesario buscar una característica que sea común, que nos permita agrupar al dolo y a la culpa en un solo capítulo.

Esta característica la encuentra la concepción normativa de la culpabilidad en la idéntica situación de reproche en que se sitúan frente al orden jurídico tanto quien actúa con dolo, cuanto quien lo hace culposamente. La acción es, en ambos casos, reprochable para el derecho. Así dice Mezger, dentro de esa corriente de ideas, que actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas con respecto a su acción, que ésta aparece como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad.-

Esa desaprobación, basada en una norma jurídica, como característica particular de la culpabilidad, constituye el pilar sobre el que se sustenta la teoría normativa de la culpabilidad, que pretende reemplazar la concepción psicológica tradicional. Hagamos una síntesis de los conceptos fundamentales -- de ambas doctrinas, para ponerlas luego en paragón y alcanzar conclusiones.-

LA CONCEPCION PSICOLOGICA

La doctrina tradicional puede ser expuesta en pocas palabras: la culpabilidad es la relación psicológica del autor -

con su hecha, su posición psicológica frente a él.- Esa relación puede ser más o menos indirecta y aún radicar en no haber (caso de culpa), pero se vincula siempre en mayor o menor grado, con la acción.-

Así vistas las cosas y como consecuencia de ellas, la culpabilidad comprende el estudio del dolo y de la culpa, como las dos formas de vinculación, que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito para que aquél sea responsable jurídicamente de éste (Ricardo C. Núñez).-

Queda fuera de la culpabilidad, como un presupuesto de ella, la imputabilidad, porque es una condición o situación personal que se determina mediante la directa observación del individuo, tomando como referencia la ley penal, pero con independencia del caso concreto de la comisión de un delito. En otras palabras: la declaración de que un individuo es imputable o inimputable, puede ser hecha respecto de un sujeto que no ha delinquido; no es, pues, la relación psicológica de un sujeto con un hecho.-

La declaración de culpabilidad, en cambio, requiere que esa capacidad (capacidad de ser culpable) haya sido puesta en ejercicio al ejecutar un hecho típicamente antijurídico.-

Para algunos autores, tampoco comprende la culpabilidad el estudio de las causas que lo excluyen (así Soler D. Penal Argentino, T. 11, pág. 67). Es preciso apresurarse a decir que tal concepción responde a un purismo sistemático, que entiende que no se construye la culpabilidad con las causas que la excluyen, pero que no supone modificar, en modo alguno, la función de esas eximentes. La aparente simpleza de esta afirmación --

tiene, sin embargo, un sentido práctico que señalaremos al hacer el análisis de las críticas que los normativistas dirigen a la teoría psicológica.-

LA CONCEPCION NORMATIVA

Frente a la concepción clásica que queda reseñada, se elabora, principalmente por parte de los penalistas alemanes, la teoría normativa de la culpabilidad.-

Se señala a Reinard Frank como el iniciador de este nuevo planteo del problema de la culpabilidad; le sigue cronológicamente, James Goldschmidt. Se adhieren luego a la doctrina, destacados juristas, particularmente alemanes, italianos y españoles, para ser formuladas tal como hoy las conocemos.-

Señala Núñez que la concepción que nos ocupa no se presenta a través de la labor de sus campeones en una unidad de pensamiento que autorice a decir que en todos sus aspectos constituye un solo frente contra el pensamiento de la concepción psicológica (Bosquejo de la culpabilidad, p XXV). La necesaria armonía de un sistema integral de encarar la culpabilidad requiere, naturalmente, un ajuste de conceptos cuya elaboración no es posible lograr de un solo paso y en el que están aún los normativistas. No obstante, dice Jiménez de Asúa, que a despecho de sus variantes -a menudo muy considerables-, podemos resumir la teoría normativa en una síntesis:

Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad).- Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa-

actitud psicológica, solosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciamos esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió: es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterfología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad, es pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia, como dice Hegler, Tratado, Tomo 5, No. 1508, Pág. 163 y 164.-

Los dos postulados fundamentales del enfoque normativo de la culpabilidad, pueden, pues, ser formulados con carácter general de este modo:

a) El contenido de la culpabilidad no se agota con los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

b) La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia del cual la acción es reprochable. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad (Mezger).-

De estos dos postulados fundamentales se siguen las siguientes consecuencias:

a) La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica. Como inmediata consecuencia, la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpa -

bilidad, como lo es en la doctrina "sicológica", pasando a ser uno de los presupuestos de la pena, que en conjunto sirven de elementos de juicio para declarar reprochable la acción.-

b) Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen -mediatas o inmediatas- es decir, -también la inimputabilidad. Son todas elementos de juicio para decidir si ha habido o no una motivación normal, aspecto este -último al que luego nos referiremos.-

c) El dolo y la culpa no son las formas de la culpabilidad, sino "elementos" que, junto con los demás presupuestos de la pena, sirven de base al juicio de reproche. Como se señaló -en la letra a), la imputabilidad, el dolo y la culpa están situados en un mismo plano en la investigación de la culpabilidad.-

Forman también parte de los elementos en que se apoya el juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad. Se señala como una consecuencia de ello, atribuyéndola a una --conquista de la concepción normativa, el hecho de que si se ha obrado culpablemente cuando se podía exigir al autor, conforme a derecho, una conducta distinta de la realizada. Es decir, que el autor obró como lo hizo, pudiendo haberlo hecho de otro modo.- Welsel, dice que la culpabilidad presupone una doble relación: a) la acción es contraria al derecho; b) el autor pudo haber obrado conforme al derecho. Se produce, como una consecuencia de este planteo, la formulación del principio de la exigibilidad de otra conducta.-

Como una consecuencia de todo lo afirmado se llega a la teoría de la motivación del obrar. Esa motivación puede ser --

normal o anormal, y sólo en el primer caso el autor puede ser considerado culpable.-

La motivación es normal cuando quien actúa lo ha hecho --contando para ello con el juego normal de los motivos que deciden a obrar, por una parte, y a respetar el orden jurídico,-- por la otra.-

La anormalidad en la motivación puede ser consecuencia de factores naturales (biológicos) o circunstanciales. El inimputable -el menor, el loco o el imbécil- no es capaz de una motivación normal. No es capaz nunca-, pero para la tesis normativa, la imputabilidad es sólo un presupuesto de la pena y únicamente un elemento sobre el que se basa el juicio de reproche que constituye la culpabilidad. Esos sujetos no son culpables, porque en virtud de su motivación anormal, no se les puede exigir otra conducta.-

Tampoco quien obra por error o coacción actúa por obra de una motivación normal, porque el primero impide comprender que se realiza un acto delictuoso y la motivación estaría entonces "viciada", en tanto que la segunda coloca al autor en una situación en la que el derecho no puede exigirle que respete el orden jurídico -que se abstenga de obrar- a costa del sacrificio que supondría el cumplimiento del mal amenazado.-

Siguiendo con este modo de encarar la culpabilidad, parece lógico llegar a la conclusión de quien obra en estado de necesidad tampoco "se motiva" normalmente. Y así es, en efecto, para los normativistas. Por estas mismas razones, los normativistas Goldschmidt, lo mismo que Mayer y Mezger, entre otros, -tratan el estado de necesidad como una causa de justificación.

Pero no terminan ahí las consecuencias de la exigibilidad como resultado de una motivación anormal; según las palabras de Engisch, en los límites del deber jurídico existe una zona intermedia dentro de la cual el derecho, en verdad, no renuncia aún formalmente a sus exigencias, pero en la que sin embargo, abandona equitativamente al individuo la decisión última en lo que concierne a la responsabilidad. Si dentro de esos límites -agrega- el sujeto no ha correspondido totalmente a los deseos del ordenamiento jurídico, no puede, en tanto se dé el presupuesto indicado, afirmarse el reproche de culpabilidad. Naturalmente entran también en consideración para apreciar la culpabilidad el carácter y los motivos del autor.-

En esas palabras se formula el principio de la no exigibilidad de otra conducta como causa genérica de exclusión de culpabilidad.-" (Fontán Balestra)

LA TEORIA FINALISTA

A ésta puede llamarse tesis de Hans Welzel, ya que este autor es el más ferviente defensor de esta teoría, seguida por algunos alemanes y tan mal recibida y peor tratada por los demás autores del Derecho Penal.

Para este autor, los delitos se dividen en dolosos, que son auténticas acciones finalistas, que desde la preparación del acto buscan su objetivo, y culposos, que, aunque son un acontecimiento "causal ciego", pueden y deben reputarse "acción" porque su efecto es "evitable finalmente". Y, como estos actos culposos referidos a la finalidad pueden todos ellos junto a los dolosos, considerarse acciones.-

Necesario es puntualizar que para Welzel, el dolo es un elemento de la acción o sea "el factor configurador objetivo de la misma". La culpa es asimismo "factor configurador objetivo del hecho penal culposo".-

Llega a más, sostiene Welzel que el dolo pertenece a lo injusto.

Vemos, pues, como esta teoría se va alejando de lo que -- hemos llegado a demostrar: que tanto el dolo, como la culpa -- son elementos subjetivos y no objetivos del delito.-

Hemos indicado aquí, de paso, en qué consiste esta teoría y cuál es nuestra posición al respecto, cada uno es libre para sacar conclusiones; sin embargo a mí me parece que desentona esta teoría en el panorama general que se plantea en esta tesis.-

+++++

CAPITULO II

HISTORIA DEL DOLO1.-E L D O L O

La culpabilidad presenta dos aspectos: el dolo y la culpa. En otras palabras, una acción que se reprocha a un agente, que eso es culpabilidad, puede tener por una parte la intención dañada de cometer una mala acción o puede ocurrir un resultado aparentemente malo sin responsabilidad para su autor, o por lo menos, sin el juicio de reproche para el agente, ya que le falta el elemento intencionalidad.

Como el dolo es un concepto básico en el Derecho, es necesario hacer un poco de historia sobre el mismo.

La palabra dolo ha tenido una evolución y, aunque gira alrededor de un mismo sentido, ha tenido aspectos bien interesantes. Etimológicamente, dolo viene del sustantivo griego dolos, cuyo significado es engaño. Este sentido es el mismo o un equivalente, aún cuando se han usado sinónimos. Así, con sonido, y todo lo adoptó el latín, cuyo significado viene a ser ése, engaño, añagaza, martingala, truco, astucia, simulación, maquinación, prudencia, libido, falacia, fraude, stratagema, malicia, suerte, fortuna, etc.

Passerimus dice que dolo viene de DOLO-DOLON (qui est virga lignea ferreum inter se gladium abscondens) dolum ipse latere videatur. Que es una ingeniosa definición descriptiva de un "verdugillo". Ya que un inofensivo bastón, puede

trocarse en estoque en un instante, y convierte a quien lo lleva, en un sujeto peligroso, ya que en un momento, y por sorpresa, puede dar una estocada y matar desprevenida a su víctima.

La idea esencial que es necesario retener es que dolo es fraude, engaño, artificio.

En el Derecho Romano se habló de *dolus bonus* y *dolus malus*, para distinguir si el artificio que empleaba el agente era bueno o malo.

Cuando un agente vendedor de pólizas de un instituto de seguro y ahorro, por ejemplo, emplea tales mañas, - que le vende un seguro de vida hasta a los cadáveres que están en el frizzer del necrocomio, y que se vale de tales tretas que cuando ya hemos firmado nos deja ver la letrita que está al dorso de la póliza; entonces decimos que se trata - de dolo bueno. La intención del agente a que me he referido es buena. En cambio, el caballero de industria que viene a explotar nuestro malinchismo y buena fé, cuando se da tales trazas que vende al más avisado, boletos de rifa de - la fuente de Cibeles o de la Torre de Eysel. A nadie se le va a ocurrir que la intención de ese sujeto estafador es - hacernos poseedores de aquella hermosa fuente o de aquel coloso de hierro que corona la plaza de la estrella de la Ciudad Luz.

Actualmente nadie o casi nadie acepta esta clasificación romana de dolo bueno y dolo malo. Dolo bueno es una paradoja -una mala mala intención- que sería un pleonasm.

En el derecho romano dolo era "voluntas sceleris" (voluntad de delinquir) como antítesis de "vis" que es esfuerzo, violencia, luego dolo pasó a significar mala intención.

En el siglo XVIII y XIX aparece la controversia sobre la teoría de la voluntad y la de la representación. La intención es la primera versión de la teoría de la voluntad. Aparece en el derecho romano, en el Canónico y en el conjunto de leyes que imperaron en el medioevo. Intención es el propósito deliberado de llegar a un resultado perjudicial en la comisión de un delito. Es decir una relación de causa a efecto entre nuestra inteligencia que se propone y la voluntad que quiere el resultado. Debemos distinguir en esta teoría un doble aspecto: el moral y el legal. En lo moral: intención mala. En el legal: intención de cometer un acto contrario a la ley. A esto puede añadirse un nuevo elemento que es el psicológico: el conocimiento de que el acto que se va a verificar es contrario a la ley, es decir al elemento "conciencia".

Cabe mencionar que en el derecho francés se ha confundido la voluntad con la intención criminal.

2.-DOLO EN EL DERECHO ROMANO

Si observamos la más antigua definición de homicidio de la ley Romana: "Si qui liberum hominem dolo sciens morti duit parricida est". Fue hasta después de las XII tablas cuando comenzó a señalarse el elemento subjetivo. lle-

gó al máximo en la época imperial: "in maleficus voluntas - spectatur, nos exitus". Esto en delitos castigados con pena aflictiva; en los delitos privados, bastaba la culpa.

Al principio de la legislación romana, dolo significaba engaño artificioso, contrapuesto a vis, que es fuerza o violencia. Poco a poco fue extendiéndose el dolo a toda intención encaminado a un delito.

Los romanos fueron amplios en la calificación del dolo en las acciones humanas, así si se infringía la ley con una intención buena, se castigaba con una pena benigna, en cambio, cuando la intención tenía móviles perversos o egoístas eran severísimos.

3.- DOLO EN EL DERECHO GERMANICO

En el antiguo derecho germánico no era relevante para juzgar a un agente, la intención que lo llevara a cometer un delito: bastaba el resultado. Así, cuando se daba un resultado malo, se suponía que la intención era mala. Poco a poco, el elemento intencional va abriéndose paso en el derecho germánico. Si al principio la ley era excesivamente drástica con los delitos, sobre todo contra las personas, sin importarles un comino si fueran intencionales o no, después tuvo en cuenta que el agente al cometerlos, haya tenido la intención mala de cometerlos; cuando este elemento faltaba era benigna la ley. Incluso, cuando la intención y el resultado no guardaban una adecuación perfecta,

llegaba a tratarse el acto como hecho (caso fortuito). Hasta llegó a tratar como caso, la negligencia, por carecer ésta de intencionalidad.

En cuanto a la preterintencionalidad fueron rigurosas con ella bastaba la intención, por ejemplo, de causar cualquier mal, por pequeño que éste fuere, a una persona, - para que su resultado letal fuera castigado como delito doloso.

En los inicios de la Edad Media se establece ya - una diferencia entre intención y caso fortuito. Además se - distingue entre los casos fortuitos y los causados por negligencia.

El lenguaje jurídico se vuelve rico con acepciones nuevas que indican unas veces mala intención, intencionalidad a secas, ánimo voluntario, hostilidad, ánimo delictuoso, maldad, ánimo de odio, etc.

4.- DOLO EN DERECHO CANONICO

Contrario a lo que podemos imaginar, el Derecho Canónico no aportó elementos esencialmente diferentes, pese al espiritualismo del cristianismo que se proyecta sublime hasta el cielo, únicamente se le atribuye ser como - factor nuevo en la espiritualización del Derecho Primitivo.

Algunos autores atribuyen al cristianismo en su Derecho Canónico el haber desenvuelto en toda su plenitud el concepto de dolo. Para base de tal aserto se invocó el -

canón 22 de hom. "non datur peccatum nisi voluntarium".

Katz dice que esa famosa espiritualización del derecho primitivo no es tal, sino que al contrario, se encuentra en algunos textos de la iglesia frases como ésta: "Et sic propter unum delictum imputantur omnia quae sequuntur ex-illo. Es decir, que cuando una conducta delictiva se puede atribuir a una persona, debe además cargar con todas las consecuencias subsiguientes que se deriven de su acción. Con ello, por lo menos aparentemente, el Derecho Canónico ha tenido en cuenta más el resultado que la intención, más la responsabilidad objetiva que la subjetiva. Sin embargo - ese bagage fue parte de su evolución. Actualmente en el Derecho Canónico vigente se define el dolo: "Dolus, hic est deliberata voluntas violandi legem, eique opponitur ex parte voluntatis defectus libertatis". Que podría traducirse - "Esto es el dolo, la deliberada voluntad de violar la ley, a esto se opone, de parte del intelecto, el defecto en el discernimiento o conocimiento y de parte de la voluntad una libertad viciada". En otras palabras el dolo consiste en la intención y voluntad de infringir la ley; pero esta voluntad, esta intención, deben ser libres y a sabiendas de lo malo que se está o se va a hacer.

El error y la fuerza o violencia repelan el dolo.

Si no hay conocimiento, es decir, si hay ignorancia (de derecho como de hecho) no hay tampoco dolo.

Si no hay libertad, es decir, si la voluntad ha sido doblegada por la fuerza o violencia, tampoco hay dolo.

Deben pues coincidir con el dolo, el conocimiento de que existe un precepto y luego la voluntad libérrima de infringir el mismo.

5.- DEFINICIONES DE DOLO

Intencionalmente no he querido "definición de Dolo", sería una grave pretensión que me pondría al borde de la audacia. Si en algo han andado dando bandazos los autores es precisamente en ponerse de acuerdo (nunca lo han hecho) en definir lo que es en realidad el Dolo. Por ello debemos fijar nuestra atención más en el sentido que en las palabras que se empleen.

Enumeraré las definiciones que han dado los autores de Derecho Penal sobre este tema:

CARRARA: "es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto contrario a la ley".

VON LISZT: "es el conocimiento de todas las circunstancias de hecho, correspondientes a la definición legal, que acompaña a la actuación voluntaria".

MEZGER: "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

JIMENEZ DE ASUA: "define el dolo así: "Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su mutación), con consciencia de que se quebrante un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción

debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consiente. (Página 417, Tomo V Tratado - de Derecho Penal Luis Jiménez de Asúa.)

WELZEL: "Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo".

MAGGIORE: "Es la libre y consciente determinación de la voluntad - encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal".

IMPALLOMENE: "es la conciencia de cometer un hecho en perjuicio de un bien protegido por la ley penal".

ALINENA: "es lo mismo la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, que la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad".

GALLO: "es la volición de una conducta típica, acompañada de la conciencia de realizar un hecho conforme al descrito en una norma penal".

EL CODIGO DE DERECHO CANONICO: "en su canon 2200, dice que dolo es la voluntad deliberada de violar la ley y se le oponen, por parte del entendimiento, la falta de conocimiento, y por parte de la voluntad, la falta de libertad".

EL CODIGO PENAL POLACO: (Art. 14) "existe infracción intencional, no solamente cuando el autor quiere cometerlo, sino cuando prevee la posibilidad del efecto delictivo o del carácter delictivo de la acción, y consiente en realizarla."

CODIGO PENAL ITALIANO: (Art. 43) "dispone que "El delito es doloso, - 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."

En todas estas definiciones existe un común denominador: la conciencia y la voluntad.

Reuniendo los elementos flotantes de esas definiciones es cosa bien sencilla hacernos una definición de dolo.

Podemos definir dolo así: dolo es la voluntad consciente de cometer un acto que está penado por la ley.

Se dirá acaso que es muy breve. Según la lógica, las definiciones deben ser breves y deben reunir los elementos necesarios para distinguir la cosa que se trata de definir de cualquiera otra. Definir significa fijar los fines o límites de las cosas. Los contornos de las cosas cuando se ven claramente nos dan una idea exacta de las mismas. Ahora bien, los elementos del Dolo son esos: A) conciencia, B) voluntad, y bástenos lo dicho.

CAPITULO III

EL DOLO COMO CONCEPTO JURIDICO

Una forma de culpabilidad es el dolo, naturalmente que para darlo como sentado, debemos tener como premisas la ilicitud del hecho. Es, dice Sebastián Soler, una expresión técnico jurídica que no se identifica ni con voluntad ni con representación, ni con intención, el valor natural o psicológico de estos términos. Pone como ejemplo que una persona diga "he comprado dolosamente este libro, habría, dice, una incorrección al usar dolo como sinónimo de intención, voluntad o representación que son conceptos psicológicos. (Página 99 Derecho P. Argentino) La verdad es que el ejemplo que pone el gran maestro suramericano, no es muy feliz ya que, estimo, a nadie se le puede ocurrir tomar en este sentido la palabra dolo como sinónimo de intención, así a secas. La prueba es que se dice, incluso en el lenguaje corriente: "tenía la intención dolosa" y la verdad es que no se está incurriendo en un pleonismo, la prueba de ello es que podemos decir: "yo tenía la buena intención".

Concretando, el dolo es un concepto jurídico. No es un concepto psicológico. Claro está que siempre el dolo tiene doble aspecto, jurídico uno y psicológico el otro.

Dice Sebastián Soler "No es posible objetivamente, hacer referencia al contenido subjetivo doloso de una acción sino pensando en que esa acción es prohibida. Pues bien de parte del autor, el dolo presupone la conciencia de la criminalidad del acto, es decir, presupone culpabilidad, el dolo no es más que una de las formas posibles de ésta." (Página 100, Derecho Penal Argentino, 2a. reimpresión, Tomo II)

Nuestra ley nos habla de dolo en varias oportunidades; pero no nos dice en que consiste el dolo, que debe entenderse por dolo. En el Art. 10. inc. 10. Pn. "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria.

El Art. 1329 C. inc. 10. nos dice "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado....." Encontramos regados en el Código Penal vigente una serie de disposiciones que nos indican claramente que es lo que nuestro legislador ha querido significar con el concepto de dolo. No voy a multiplicar los ejemplos por innecesarios, baste algunos:

Art. 203 Pn. "El que a sabiendas usare firma o sellos falsos....."

Art. 205 Pn. "El que a sabiendas expusiere a la venta objetos de oro o plata marcados con sellos falsos de contraste....."

Art. 219 Pn. "El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expendiere después de constarle su falsedad....."

Art. 226 Pn. "El que falsificare papel sellado..... inc. 20. En estos casos se considerará falsificación, la impresión o uso fraudulento del sello verdadero....."

Art. 231 Pn. No.1 Que el falsario se proponga sacar algún provecho....."

Art. 234 Pn. No.1 El que con intención de lucro....."

Art. 258 Pn. "El que presentase a sabiendas....."

Art. 262 Pn. "El que usare publicamente.....con el objeto de ocultar....."

Con esto bástenos por hoy para demostrar como nuestro legislador tiene en cuenta la intención dolosa, la voluntad antijurí-

dica del sujeto de transgredir la ley. Esto pues es el dolo: "La intención del individuo de transgredir la ley. El conocimiento de un precepto y la voluntad de violarlo."

1.- TEORIA DE LA VOLUNTAD

Al hablar del dolo, hemos mencionado, casi hasta la saciedad un factor que es esencial al mismo: la voluntad.

La voluntad es como una impronta que llevan los actos que los caracteriza como humanos. Los animales y los objetos tienen leyes que los rigen, a los primeros los instintos, a los segundos las leyes físicas.

Un acto no puede llamarse voluntario sino con estas condiciones:

1o.) Debe ser espontáneo, es decir, debe proceder de una tendencia propia e interior a la voluntad, de lo contrario es forzado.

2o.) El fin debe ser conocido como tal: de lo contrario el acto no es voluntario, si no natural e instintivo, es decir procedente de un principio interior ciego, como sucede con la actividad vegetal o animal.

DIVISION DEL ACTO VOLUNTARIO

El acto voluntario puede ser:

1o.-Necesario o libre: según que la voluntad no pueda dejar de cumplirlo o pueda no cumplirlo.

Cuando hablamos de actos humanos queremos dar a entender actos de voluntad libre.

2o.-Elícito o imperado, según que proceda directamente de la voluntad (amor, desear) o de una facultad movida (imperado) por

la voluntad (ver, pensar, oír)

30.-Directo o Indirecto: según que la voluntad lo realice por él mismo o como efecto previsto de un acto buscado en sí mismo. Ejm. en un bombardeo aéreo el bombardero quiere destruir una fábrica de municiones enemigas (voluntario directo) prevee que sus bombas caerán también sobre unas casas de unos civiles, vecinos de la fábrica (voluntario indirecto).

La teoría de la voluntad se remonta a tiempos antiguos. En el Derecho Romano reviste caracteres éticos.

Se ha hecho una mixtificación, hasta confundirse la voluntad con la intención.

Carrara dice que el dolo es "la intención más o menos perfecta de causar un mal, quebrantar una ley, de dañar o poner en peligro un bien jurídico".

Creo, modestamente, que no puede ni debe confundirse voluntad con intención.

La Voluntad es un querer, una potencia del alma que dirige, gobierna nuestro ser y lo impulsa, le da fuerza para actuar.

Intención es esa potencia orientada a algún rumbo. Así como sería lamentable confundir un automóvil con la pista en que corre. La voluntad sería el auto y la intención el camino.

En el acto humano es necesario distinguir varios momentos:

1o.) Un sujeto que piensa. Tiene una idea.

2o.) Una comparación. El sujeto busca entre los objetos que se imagina cual le conviene más.

3o.) Una voluntad que actúa. Ya encontrado o (representado) ese bien conveniente, viene la voluntad que se decide actuar. En-

tonces entran en juego los sentidos regidos por la voluntad y orientados por la inteligencia.

Carmignani basó el dolo en la intención más o menos perfecta de violar directamente la ley. "Carrara": La voluntad más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley" (Programa, Vol. I.69).

La esencia del dolo no puede estar más que en la voluntad, de la cual es una fase. El dolo es en este sentido causa de la acción.

Esta causa no puede encontrarse en la conciencia, no es una facultad del alma, sino en la voluntad que es potencia del alma.

La parte sustantiva de la noción del dolo debe prevenir del elemento de la voluntad, no del intelecto.

Pannain objeta la definición de Carrara en lo de la intención de la voluntad del agente. Este no busca ejecutar un acto que viola la ley. En efecto, y pone como ejemplo al ladrón. Este al robar, busca la satisfacción de un apetito egoísta, cual es apropiarse de algo que no le pertenece. Lo que menos piensa es que con eso viola la ley. Y, aunque se recuerda del precepto legal no le interesa lo más mínimo. En otras palabras, su intención no es violar la ley lo que quiere es robar una cosa que le va a servir.

La verdad de esta objeción es que está un poco fuera de foco. Cualquiera persona que delinque, lo que menos imagina al hacerlo es pensar en la ley que prohíbe aquel acto. Pero esto nada cambia la definición de Carrara. Sería casi infantil suponer a un hombre que anda buscando un delito para cometerlo. Así como son bien difíciles los crímenes inmotivados. Siempre hay un motivo en cada delito.

La teoría de la voluntad es la que impera en Italia,

sustentada por Carrara, Rocco, Manzini, de Marsico, Ranieri, Sabatini, Delitala, Pannain, Bettiol etc. En Alemania Anselmo Von Feurbach, Merkel, Binding, Belling, Birkmeyer, Leening, Von Roland, Rosenfiel, Hippel, Schwarz, Mezger, etc.

Todos estos autores coinciden en una conclusión, que en el dolo es determinante la voluntad. La inteligencia, la conciencia ve, se representa el mal, como un bien para el agente, luego la voluntad lo determina a actuar. Llegan hasta afirmar que "la conciencia de la antijuricidad no pertenece al dolo". Es pues irrelevante la conciencia en el dolo, asume un papel secundario.

Así ocurre, *mutatis mutandis*, con las acciones humanas. La conciencia le da a la voluntad los datos, ésta actúa. Quien tiene más relevancia en el acto? la conciencia que únicamente aporta el dato o la voluntad que actúa? Las dos?. Yo francamente me quedo con la voluntad. Querer es causar; en este sentido, aquel que pone en movimiento una causa, con conciencia de su calidad causal, quiere lo causado" (Binding). Otros, siempre en Alemania hablan del dolo como "voluntad conciente".

En Francia también impera la tesis de la voluntad, aquí voluntad es lo mismo que intención. Bougat dice: que "la intención es la culpabilidad conciente y querida" (especie de simbiosis entre voluntad y representación).

2.- TEORIA DE LA REPRESENTACION

La teoría de la representación tiene su fundamento en la conciencia que tiene el agente de la antijuricidad del hecho.

Se actúa con dolo, cuando el autor del hecho delictuoso ha conocido los hechos y el derecho que fundamenta la criminalidad

de su conducta. A tal punto es esto verdad, que por más semejanza material que exista entre un hecho declarado delito por la ley y otro que no tiene ese significado para ella, el autor de este no debe responder penalmente (prohibición del castigo por analogía). De tal manera el autor debe conocer la antijuricidad de su acto, que de be conocer el alcance de todas las circunstancias que estructuran en sí misma su acción u omisión y que fundan o elevan la pena. Por esto el autor debe conocer lo antijurídico a) del medio que emplea y b) del resultado que desea obtener.

Aquí llegamos al espinoso caso de la relación causal, algunos le llaman la cadena causal. Si partimos de aquel principio que estudiamos en lógica: no hay efecto sin causa, llegaríamos incluso - al absurdo. Sin embargo ha sido tema de árduas discusiones, hasta don de llega la responsabilidad del agente que en forma conciente y volun ta d actúa sobre la primera causa.

Hay además en el agente, sobre todo en ciertos delitos, un requisito necesario, que es y debe ser un conocimiento "más especializado" digamos.

Así. En el desacato, el conocimiento de que la víctima es funcionario y que éste se encuentra en el ejercicio de sus funciones. (154 Pr.)

El hecho de que la mujer está en estado de gravidez 364 Pr. En el adulterio la circunstancia esencial de que exista un vínculo - matrimonial (Art. 388 Pr) y así podemos multiplicar los ejemplos.

Asimismo el autor debe tener conocimiento de todas las circunstancias estructurantes de la figura delictiva y que, no integrando la acción o la omisión en sí misma, son requeridas a su deber para fundamentar o agravar la pena.

Estas circunstancias pueden ser a) calidad de autor. Para el prevaricato, por ejemplo, el conocimiento que tiene el agente de su calidad de funcionario, Ejm.: el Juez. En la infidelidad de la custodia de presos, el conocimiento que tiene el autor de que es funcionario público 287 Pn. b) relaciones del autor, Ejm.: parentesco; así en el parricidio, Matrimonios 426 Pn. en el delito de bigamia, etc. c) circunstancias externas del autor: Ejm. de lugar, despoblado Artc. 10 Pn. No. 13 tiempo Art. 10 Pn. 13 ocasión: 142 Pn. por delitos cometidos en una rebelión o sedición etc.

Es necesario sentar otra premisa.

El hecho de que el autor conozca lo que está haciendo no conlleva necesariamente la inteligencia del significado de su acto, así, cuando una persona actúa ilegalmente, no significa que ésta conozca que su acto está penado por la ley con algún género de pena. Si así ocurriera los únicos que podríamos delinquir seríamos los que conocemos la ley. Aunque no nos guste, necesariamente tenemos que recurrir aquí a la ley natural, como un conjunto de principios gravados en nuestras almas y cuyo guardián es la conciencia, que nos indica cuando hemos actuado bien y cuando hemos faltado. Si no queremos llegar al absurdo tenemos que convenir en que es necesario recurrir a la ley natural como rectora de nuestra conducta. Cómo podemos saber que actuamos mal si desconocemos la ley? El legislador del Derecho Penal no ha tomado así al acaso, figuras que ha convertido en delictivas. Si observamos en forma global, panorámicamente la ley penal, encontramos que siempre el legislador trata de proteger bienes jurídicos tutelables, de múltiples aspectos: la vida, propiedad, posesión, libertad, honor, buenas costumbres, salud, integridad, física, sentimientos religiosos, morales, la autoridad, la cohesión social, la niñez, la

libertad sexual etc., etc. De tal forma que muy difícilmente una persona puede decir con franqueza "-he cometido un delito sin saberlo"- Porqué? acaso toda persona conoce la ley Penal? categóricamente NO! Entonces el derecho sería injusto si obligara a alguien a cumplir un precepto que de antemano sabe que desconoce.

Se se argumenta que norma promulgada y publicada es ley que debe ser sabida, me preguntó?. Cómo la ley castiga a los analfabetos que, desgraciadamente, no pueden conocerla? Nadie va a decir - "yo maté porque no sabía que era delito matar" yo robé sin saber que era delito robar".

Concluyo diciendo que sobre la ley positiva y encima de los jueces letrados, hay una ley que es superior al Derecho Positivo, es la ley Natural y un Juez superior a quien no se puede engañar: la conciencia. Ella nos dirá siempre que hemos delinquido, aunque burlemos la justicia de los hombres.

Debo añadir algo más, esa ley, ese Juez es la presencia de Dios en todas las cosas, aún en nuestras conciencias que es el reducto más desconocido de los demás y tan poco escuchado por nosotros mismos.

CAPITULO IVCLASES DE DOLOI.-DOLO DIRECTO

"Dolo directo de primer grado, es aquel en que el resultado es querido inmediatamente por el autor. Por eso se denomina también dolo inmediato".-

"Dolo directo, de segundo grado, es el que el autor admite las consecuencias necesarias que surgen como resultado irreparable, de su proceder. La intención es aquí mediata, por lo que también se le designa con el título de dolo mediato".-

(Pág. 566. No. 1586. Tomo V. Luis Jiménez de Asúa).-

II.-DOLO INDIRECTO

Dolo indirecto es aquel en que el agente busca siempre la consecución de un fin, pero cuya consecución va acompañada de otras consecuencias no queridas por él, que son inevitables e posibles y así las acepta. Hay en esta definición dos elementos: a) Previsión de un resultado que no quiere directamente; b) aceptación de ese resultado. En otras palabras podemos decir que en el dolo indirecto el resultado excede a la intención; existe la representación de una eventualidad ante la que no retrocede el Agente. Los alemanes contraponen al dolo directo el dolo eventual, ya que existe siempre la representación del evento cuyo resultado no es seguro.-

Es decir, el agente teniendo incluso como cosa segura el resultado dañoso, no le empece la comisión del acto.

Sánchez Tejerina nos dice que este evento, ante el que no retrocede el agente, puede ser indeterminado, éste puede ser a su vez alternativo que supone la previsión de varios eventos queridos de modo indiferente, y, eventual es la previsión de varios eventos de un modo subordinado.-

III.- DOLO EVENTUAL

"Hay dolus eventualis cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo".-

(Página 585, No 1591, tomo V. Tratado de Derecho Penal, - Luis Jiménez de Asúa).-

El dolo eventual está íntimamente ligado a la representación.-

La persona cuando actúa, se representa desde antes un resultado de su acción. Cuando los resultados dañosos son previstos y queridos estamos ante el dolo directo. Es eventual - cuando existe la representación de un evento cuyo resultado no es seguro, pero aceptado, es decir, querido.-

"No habrá responsabilidad sin que un resultado haya sido previsto en el momento de la acción, cuando menos como posible, pero esto sólo no es suficiente; se requiere, además, que se haya asentido en él; que en última instancia, se lo acepte" Fontán Balestra (página 303).-

Hay, pues, dos requisitos esenciales:

- a) Posibilidad de la representación del resultado.
- b) Representación de la posibilidad de un resultado-

que se acepta.-

El fundamento del dolo eventual está en el razonamiento que permite concluir en que los resultados cargados a ese título, si bien es cierto que no han sido queridos directamente no se ha dejado tampoco de quererlos, puesto que no se han evitado; por eso dice Beling que no es "necesario precisamente que el autor lo quiera, sino que basta con que no le quiera". (Esquema, página 89)

Según Jiménez de Asúa fueron los autores alemanes los que han andado más acertados en cuanto a dolo y sobre todo, en cuanto a dolo eventual se refiere. A partir de Henke y Berner el panorama se establece y comienzan a perfilarse los contornos de este tema. (Página 577, Tomo V. Tratado de Derecho Penal, 5 primeras líneas; y página 579, ibidem, líneas 14, 15, 16).-

4.-DOLO GENERICO

En honor a la verdad, debo definirme antes de comenzar este capítulo que habla de él, y el siguiente, de dos cosas que yo no acepto: El Dolo Genérico y el Dolo Específico.- Para mí estos términos me recuerdan mis clases de Filosofía en el Seminario, donde en medio de tantas sutilezas tratábamos de llegar a desentrañar cosas abstractas; y muchos, en medio de tantas distinciones y subdistinciones, perdíamos el camino para llegar a problemas en sí no tan difíciles, como los conceptos de substancia -esencia-accidentes- los universales, etc.-- Se define el dolo genérico: cuando el efecto dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción, o de la omisión y del que la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el agente como consecuencia de su acción u omi --

stión .- Este dolo es el elemento psíquico necesario y por lo general, suficiente para la imputabilidad de los delitos no preterintencionales o culposos (Tomado de Manzini-Primera parte--Teorías Generales, pág. 178).-

Naturalmente se habla de dolo genérico para llegar a dolo específico -pronto llegaremos a este concepto y trataremos de definirlo y daremos nuestro punto de vista: tesis es ésta y creo tener el libérrimo derecho a dar mi humilde punto de vista.-

Volviendo al dolo genérico, Pessina define el dolo genérico: "Es la voluntad de delinquir en abstracto y (específico) la voluntad de cometer un determinado delito". Es un tanto peregrino, eso de afirmar que en el hombre haya una voluntad de delinquir en abstracto.- Cómo?

Ricardo C. Núñez ni siquiera dice qué es dolo genérico.-

Jiménez de Asúa lo menciona como un bicho raro, como una especie de aborto de las ciencias penales, lo estigmatiza y pone en la picota del ridículo (Tratado Derecho Penal, Tomo V. pág. 530 a 532)

Sebastián Soler, (Derecho Penal Argentino, Tomo II página 126 a 127). Bajo el título de Dolo General, no hubiera dicho nada, ya que el resultado es el mismo: NADA. Dice que en los "Casos llamados de dolus generales, en ellos, el error no sólo es esencial, sino además indiferente. (?)-(!).-

Fontán Balestra no trata el problema; Quintano Ripollés no lo menciona. Sánchez Tegerina tampoco; Carrancá y Trujillo tampoco lo aborda; Cuello Calón ni lo mienta.-

Par fuerza misma de la lógica, si en el capítulo --- anterior hablé del Dolo Genérico, forzoso aquí es tratar del Dolo Específico.

Manzini lo define: "Está constituido por aquella - particular intención o por aquel fin especial, que el individuo se propone en concreto (fomenta o no el propósito) y sirve para distinguir entre sí diversos delitos cuya materialidad y cuyo Dolo Genérico son idénticos o afines" pone los siguientes ejemplos:

"Así, quien se apodera de la cosa mueble con el fin de sacar provecho de ello, comete hurto; por el contrario, - quien la quita para ejercitar un pretendido derecho, es reo de justicia tomada por su mano con violencia; quien, finalmente, la toma para destruirla, realiza un daño, siempre que concurren los otros requisitos de tales delitos."

Hay algo más; sigue Manzini haciendo distinciones. Dice que el Dolo Específico puede ser único o alternativo. Es único, cuando la norma penal designa una especie sólo de intención o de lucro criminoso, como por ejemplo, el fin de servir a la (libídine)ajena en el lenoncinio. Es, en cambio, alternativo, cuando la ley prevee para el mismo delito varias especies posibles de intención o de fines delictivos, como el fin de libídine o de matrimonio en el rapto".

Algunos autores, al Dolo Específico le llaman ánimo y así, dicen: en el hurto, animus lucrandi, en la injuria animus injuriandi; en las lesiones animus laedendi; animus necandi, en el homicidio, etc.

Si regresamos a lo que explicaba antes, en lo que

se refiere a la voluntad e inteligencia del hombre, vemos que no es necesario llegar a extremos tales como hablar de dolos específicos. El hombre, al actuar libremente, obra con representación de un fin.

Luego, siempre habría dolo específico. Por lo tanto sale sobrando el concepto de dolo genérico y es de suponerse siempre el dolo específico. Quien no sabe lo que va a hacer, o es un inimputable o tendríamos que llegar al extremo de imaginar a una persona que se forma este propósito: - "Voy a cometer un delito contra las personas (dolo genérico), por lo tanto mataré a mi padre (dolo específico), El que va a cometer un homicidio, por ejemplo, sabe que va a matar a determinada persona Dónde vamos a encajar aquí el dolo genérico?."

Ricardo C. Núñez no menciona siquiera el dolo específico.

Jiménez de Asúa no lo acepta, lo rechaza.

Fontán Balestra nada dice.

Quintano Ripollés tampoco aborda el problema.

Carrancá y Trujillo no habla de ello.

Cuello Calón no lo trata siquiera.

6.- DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS

Es una sub-especie de dolo directo, llamado dolo mediato o de segundo grado. Boehnmero había querido dar solución al problema del resultado no querido pero previsto - como cierto: *Qui vult antecedens specifico non potest nolle*

consequens, si est praevisum ac cognitum". El que quiere específicamente el antecedente, no puede menos que querer el consecuente, si lo ha conocido y previsto.

La esencia del Dolo de consecuencias necesarias es esto: "quien quiere alcanzar un fin, quiere también los medios conocidamente necesarios para ese fin". "Se puede desear un resultado, pero si lo que queremos se liga a otro efecto antijurídico que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro propósito, al realizar éste, tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosas, que entran así en nuestra intención." Jiménez de Asúa (Tomo V Pág. 571).

Es típico y al caso oportuno, el ejemplo del anarquista que espera la pasada del coche donde se conduce el soberano. El sujeto éste sabe que el auto es manejado por un amigo a quien aprecia, y a pesar de ello, lanza la granada para matar el jefe de Estado. Sabe que morirá su amigo al ultimar en esa forma al jefe de Estado; pero eso no es motivo para que desista. Sabe que la muerte del uno, esta fatalmente ligada a la del otro.

Desea un resultado; pero éste está ligado inexorablemente a otro que no es deseado, pero que al representársele lo lo acepta como inevitable.

Es necesario hacer énfasis que aquí se trata de una intención dolosa de cometer un acto reñido con la ley, acto que está ligado a otro u otros y que inevitablemente ocurrirán como una consecuencia del antecedente que es el acto criminaloso del agente.

Cita Jiménez de Asúa un caso ocurrido en Canadá. En Montreal fue juzgado un delito que parece novelesco. En él se aprecia el dolo mediato o directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias J. A. Albert Guay concibió un plan siniestro: Aseguro a su mujer llamada Rita, en una fuerte suma. Encomendó a un relojero la confección de una bomba de alta potencia accionada por medio de un mecanismo de reloj. El relojero se llamaba Genereux Ruest y la bomba fue colocada en el avión que abordaría Rita, por una hermana de aquél llamada Margarita Pitre. El Avión pertenecía a la Compañía Pacific Airlines; éste se estrelló en una montaña de Sault. Esto sucedió en 1949. Naturalmente murieron en el siniestro tanto Rita Guay como los infortunados compañeros de viaje.

Los tribunales que conocieron de este caso, fallaron que se trataba de dolo mediato o de segundo grado o sea ^{de} dolo/consecuencias necesarias.

A Guay se le ahorcó en Enero de 1951; a Ruest, el 25 de Julio de 1952; y a Margarita Pitre en octubre del mismo año.

Analícemos el caso para ver sus elementos. 1o.) La intención de Guay era cobrar la gruesa suma de su cónyuge. Concibe el siniestro plan de acabar con la vida de su mujer de forma tal, que pareciera una desgracia y por lo tanto, con la llegada de ese evento, cobrar el seguro que cubría ese riesgo. 2o.) Manda confeccionar un artefacto explosivo y colocarlo en el avión donde se conducían muchas otras personas. Se representó que ellos morirían inexorablemente en el si-

niestro, pero no obstante eso, ratifica su finalidad. Esto es el dolo de consecuencias necesarias o dolo mediato o de segundo grado.

7.- DOLO INICIAL O PRECEDENTE

Y

8.- DOLO SUBSIGUIENTE

Estas, más que clases de dolo, son momentos del dolo o sea momentos de la culpabilidad.

Auque esto no pertenezca quizás a esta parte del Derecho Penal y debiera estar enclavado en el iter criminis, sin embargo pasaremos a explicar en qué consiste. Los actos, compuestos de una ideación, y de un propósito, luego de una acción, son lo normal. Así es el Dolo.

Dolo inicial es el propósito que se forma un agente de cometer un delito y comienza incontinenti a poner por obra su intento. Pero puede ocurrir que un acto que comienza inocente, se convierta luego en la ocasión consentida de cometer un delito. Ejm.: Una joven va a que un médico la examine. Para determinada operación sencilla le aplica un anestésico. - El propósito del médico es bueno (no hay dolo inicial); luego estando aquella inconciente, la viola. Aquí tendríamos un dolo subsiguiente.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que no puede concebirse el dolo inicial o precedente sin representarnos inmediatamente el dolo subsiguiente o subsecuente.

Bernardino Alimena, en pocas palabras, nos expli-

ca con gran claridad lo que es la materia que tratamos: "El dolo nace en el momento en que se inicia la causalidad delictiva, y dura hasta el momento en que esta causalidad se agota. Si no naciese en aquel momento no habría delito y si no durase hasta dicho momento, la consumación del delito sería impedida por el primero que quiso ocasionarlo.

Pero no es necesario que dure más allá del momento en que la causalidad delictiva está agotada. Una cosa es decir que, en el mayor número de los casos, el dolo dura todavía y está aún vivo, y otro, muy distinto, decir que es necesario cuando ya causado todo y que ya nada podía impedirse. Veremos si puede, y cómo es posible que tenga evaluación jurídica el desistimiento eficaz y el arrepentimiento estéril; pero es evidente que el dolo no es necesario ya, después que dolosamente el proyectil ha salido y el incendio ha estallado. Lo mismo debe afirmarse cuando el hombre se pone, dolosamente, en un estado de no imputabilidad para cometer el delito. En tal caso, el que se encuentra en un estado de no imputabilidad, es casi el instrumento de sí mismo y el dolo es suficiente y necesario hasta cuando se agota con la producción del estado de no imputabilidad. Esta hipótesis..... da lugar a las acciones denominadas "liberae in causa o ad libertatem relate.".....

Criterio es este que sustentan la mayoría de los autores del Derecho Penal.

Jiménez de Asúa sostiene que en realidad no hay dolo subsecuente o subsiguiente. "La afirmación dolosa poste-

rior a la ejecución del hecho, sólo puede servir, como prueba de que existió antes el propósito doloso, como ya lo vió claramente Bossi en el siglo XVI: *Sequens actus ostendit - qualis fuerit animus a principio*, para dar validez a la distinción entre dolo inicial y dolo sobrevenido, son demostrativos de lo contrario que pretenden aseverar”.

Los casos que pone Manzini para corroborar su tesis sobre el dolo subsiguiente son bien interesantes: una persona que actúa de buena fé, de pronto descubre su error y se da cuenta que está actuando mal. En el momento de descubrir su error, ahí dice, está el dolo subsiguiente.

En buena lógica argumenta Jiménez de Asúa: lo que se trata allí es del nacimiento del dolo, ya que cuando estaba en el error (no descubierto) no había dolo inicial; mal se hablaría de un dolo subsiguiente sin haber dolo antecedente o inicial.

Lo mismo, dice, en el caso de que alguien de buena fe detenta un objeto que no es propio y luego, se da cuenta que no le pertenece: "Decir que es dolo subsequens, el que surge cuando el sujeto se convence de que está en error y decide apropiarse de la cosa, no es correcto. Dice él que en este caso, al destruirse el error en este momento nace el dolo. Concluye: "No hay tal dolo sobrevenido, sino que el dolo comienza, cuando empieza la conducta delictiva: no entregar, y apropiarse del objeto que creyó le estaba confiado en depósito". Pág. 528 Tomo V tratado de Derecho Penal.)

La culpabilidad se extiende a toda la actuación de

lictiva. Es moralmente imposible determinar diferencia, o mejor dicho, existencia de dolo inicial y dolo subisiguiente. - Salvo mejor opinión yo adhiero a esta tesis.

Frans Von Liszt entendió por *dolus eventualis*, el caso en que el agente tenga "sólo" como posible la producción de un resultado; "es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no habría llegado a esta conclusión: el resultado no sobrevendrá".

Max Ernst Mayer, que no encuentra solución a la cuestión del dolo eventual ni con la teoría de la voluntad ni con la teoría de la representación, acude a su doctrina de las motivaciones. Sin embargo, en esta famosa teoría de la voluntad, como la de la representación dice. "Para diferenciar ambas especies de culpabilidad se debe investigar cómo se ha comportado el autor ante la representación del resultado y se debe atender, para este fin, al complejo total de sus motivos....."El objeto de esta investigación es la de comprobar si la esperanza de que el resultado no sobrevendrá lo ha incluido necesariamente en la actividad voluntaria. Dice él: "se precisa distinguir la posibilidad de tener la re-presentación, de la posibilidad del resultado; son tan diferentes, dice: "como un colegio de muchachas y una muchacha de colegio. Lo uno es un colegio, y lo otro una muchacha; lo primero una posibilidad, lo segundo una representación".

Roberto Von Hippel presenta el problema del dolo eventual como "un tercer grupo" en la culpabilidad. Dice. "estamos en el dominio de lo meramente posible o probable, de

las consecuencias del acto que en sí mismo son indiferentes o desagradables para el autor. Dice: "se da el *dolus eventualis* cuando la producción del resultado antijurídico, que, juntamente con el deseado, se representa como posible, era preferible - por el autor, a la renuncia de su acto. Por el contrario, existe culpa, cuando la esperanza en la no producción del resultado - antijurídico, fue decisiva para la ejecución del acto". Pág. 313.

Donnedieu de Vabres dice que "el dolo eventual ocupa un campo intermedio entre el dolo propiamente dicho y la simple culpa por imprudencia. Es, dice, una imprudencia conciente. El agente ha previsto las consecuencias de su acto; pero no se puede decir que las ha querido. Ha mostrado frente a ellas una imprudencia criminal".-

Vonin asimila, tanto en la letra como en el espíritu - el dolo eventual con la culpa con previsión y en ciertos casos con la preterintencionalidad.-

En Hispanoamérica hay asimismo variedad de criterios al respecto.-

En Argentina, Rodolfo Moreno confunde el dolo eventual o indirecto, con el elemento subjetivo de los delitos preterintencionales. Dice: "El dolo es indirecto o eventual -- cuando se tuvo el propósito de realizar una determinada acción y se ejecuta otra de mayor gravedad".-

Para Jiménez de Asúa, en Argentina es necesario llegar hasta Sebastián Soler para que se aclimate el concepto de *dolus eventualis*, aunque para llegar a ello se basa en una teoría que a él (Jiménez de Asúa) no es del todo aceptable por ser inconclusa. (Pág. 584, Tomo V. Tratado de Derecho Penal).--

Dice Soler que para entrar a considerar si se trata de dolo eventual "deben primero descartarse las posibilidades de que el caso esté comprendido en el dolo directo....."Hay que llegar hasta el complejo motivante; descubriremos más inmediatamente el motivo egoísta que tan característico es para decidir si un hecho es o no doloso".-

Dice, además, Sebastián Soler: "únicamente la investigación del complejo motivante, puede en definitiva decidir al Juez a afirmar, en concreto, si ha sido prevaleciente la egoísta indiferencia, ante el efecto delictivo que el sujeto se ha representado como posible".-

Fontán Balestra, saca conclusiones más categóricas, no en cuanto a la prueba del dolo eventual, sino en cuanto a su esencia: "La teoría del asentimiento resuelve la cuestión exigiendo como primer requisito la previsión del evento. No habrá responsabilidad, sin que un resultado haya sido previsto en el momento de la acción, cuando menos como posible; pero esto sólo, no es suficiente; se requiere, además, que se haya asentido en él; que en última instancia, se lo acepte". (Página 303 en su parte general).-

En Cuba, Menéndez concibe el dolo eventual como "despreocupación de que el resultado antijurídico previsto se produzca, al extremo de no hacerle desistir esta contingencia, de su propósito criminal".-(Citado por Jiménez de Asúa, pág. 584-- Tomo V. Tratado de Derecho Penal.-):

Jiménez de Asúa define el dolo eventual:

"Hay dolus eventualis cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya pro-

ducción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de--
causarlo, con tal de obtener el efecto que quiere ante todo".-
Como todas las definiciones de Jiménez de Asúa, ésta tiene el-
defecto, en buena lógica, de ser demasiado extensa; sin embargo
tiene todos los elementos esenciales del dolo eventual:

- 1.- Resultado deseado.
- 2.- Otros resultados no deseados
- 3.- Riesgo de que su acto vaya acompañado de estos-
resultados no queridos.
- 4.- Aceptación de este riesgo. Con tal de obtener -
el resultado deseado.-

Como vemos, la sola teoría de la voluntad era insu-
ficiente para llegar a la noción de dolo eventual, forzoso era
que acudiera en auxilio de la teoría de la representación, --
que es la base del *dolus eventualis*. Ahora bien, es necesario-
subrayar que la teoría sola de la representación, no basta pa-
ra el concepto; es necesario complementarla con la teoría de-
la voluntad. De este matrimonio nace con facilidad el *dolus e--*
ventualis. La teoría sola de la representación nos llevará --
nada más a la llamada culpa con previsión.-

Diferencias

Se diferencia el *dolus eventualis* del dolo directo,
en que en éste, el sujeto dirige su acto a la obtención del --
resultado requerido, mientras que en el dolo eventual, sólo se-
asiente al efecto antijurídico previsto como probable o posi-
ble unido al resultado que el agente realmente desea.-

IX.- DOLO CIVIL, DOLO PENAL

Surge así, de bulto, una pregunta: Hay alguna dife --

rencia entre dolo civil y dolo penal? Será el dolo un estado ⁽⁴⁵⁾ de ánimo que no sufre diferencia alguna en el campo civil y -- el penal? Desde luego, para llegar a una conclusión, forzoso -- es que recurramos un poco a la filosofía, que, como madre de to das las ciencias, nos tienda su mano protectora para desatar -- nos este nudo gordiano.-

Hay divergencias de pareceres en cuanto a este pro- blema que se vuelve grande en mayor grado, al consultar las -- diversas opiniones de los autores.-

Antes de entrar en materia, vamos a ver cómo lo han- resuelto los diversos tratadistas del Derecho: Carrancá y -- Trujillo no menciona el problema.-

Fontán Balestra no trata de esta diferencia. Sebas- tián Soler dice al respecto textualmente: "No queremos cerrar este capítulo sin hacer referencia a la falsa distinción en -- tre dolo civil y dolo criminal, a la que con frecuencia se re- curre, especialmente en tema de defraudación, pretendiendo que -- el dolo criminal reviste ciertos aspectos que acreditan en el autor una especial perversidad característica (*magna et prava calliditas*). Ello envuelve una lamentable confusión de la -- noción de dolo, que no otra cosa significa que lo que dejamos- expuesto; y las exigencias de ciertas figuras delictivas como la estafa; delito doloso, en el cual se requiere la existen -- cia de un ardid".- En Derecho Civil, se comete en realidad un abuso de lenguaje, cuando se dice que el dolo es un vicio de -- la voluntad. La voluntad sólo se vicia por error y coacción.- El error, a veces es maliciosamente determinado por otro, que -- obra pucs, con dolo".-(Derecho Penal Argentino, Tomo II, página-

Ricardo C. Núñez no aborda ese problema

Eugenio Cuello Calón no trata el tema.

Isaías Sánchez Tejerina tampoco trata el asunto.

Vicente Manzini ni lo menciona.

Luis Jiménez de Asúa comienza por poner, como acápite de este problema: "no se distingue entre dolo civil y dolo penal".- Dice textualmente lo siguiente: "Nuestro criterio se halla perfectamente claro desde que hemos estudiado la teoría general de la culpabilidad. No hay diferencia alguna substancial entre el dolo de que debe hablarse en derecho civil, y el que construyen los penalistas. Lo que ocurre es que los Códigos Civiles han llamado a veces dolo a lo que realmente no lo es". (Tomo V. Pág. 503)

Diego Vicente Tejera llega hasta el extremo de negar que exista dolo civil: "porque la intención malvada de realizar un acto.....es por tanto, dolo penal lo que engendra".-

En el Derecho Romano, dolo está definido: "se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico".- Labeo sic definit dolum malum esse: onmem calliditatem, allaciem, machinationem, ad circumventendum, fallendum, decipiendum, alterum, adhibitam". A esto, los romanos llamaban dolus malus. Puede traducirse así: Así definió Labeo el dolo malo: emplear ciertos mimos, halagos, astucias, para inducir a engaño a otro.-

Distinguieron de este dolo, el dolo bueno, es decir, de los artificios más o menos hábiles de uno, que se puede ser-

vir para llevar a un resultado lícito.-

En nuestro Código Civil, encontramos el dolo como una de las formas que vician el consentimiento y le hacen compañía al error y la fuerza, Art. 1322 C. como una nota salvadora he puesto en mi Código: "no es lo mismo dolo que fraude. El dolo emana de una de las partes contratantes. Fraude es cuando dos personas se ponen de acuerdo para inferir daño a un tercero".- Hoy estoy cayendo en la cuenta que no hay tales distinciones. Tanto dolo como fraude son la misma cosa. El fraude como el dolo pueden provenir de las partes contratantes. Con la salvedad que aquí me refiero al dolo bueno de los romanos.- Si es dolo malo, es decir (concepto romano), si es fraude, entonces estamos ante un delito, no ante un vicio que anula el consentimiento. Se trataría de una estafa fuera del campo civil-- y ya en el ámbito del derecho Penal. Nuestras leyes, o mejor nuestros jueces, con una jurisprudencia ya bien conocida, ante ciertas estafas legítimas y defraudaciones, las obvian de la -- manera más cómoda para ellos- Pero a todas luces injustamente dándoles el cariz de simples incumplimientos civiles, más propios del Art. C. que del Cap. IV, Sección 2a. "Estafas y otros engaños", del C.P. para ello tienen que recurrir a cierto número de salvedades y eufemismos más propios de casuistas escolásticos, que de serenos aplicadores de la ley, cuya guarda y -- administración, en mala hora les ha sido confiada.-

Recuerdo, para el caso, un conocido estafador que tenía pendientes en el Juzgado Cuarto de lo Penal de este Distrito, más o menos treinta y ocho causas criminales de estafa. Este sujeto se valía de una estratagema tan inteligente como-

iniqua. Se decía presidente de una compañía constructora de vivienda. Proponía terrenos a sus víctimas con facilidades de pago y de tramitación. Planos tan preciosos y fotos tan impresionantes que a cualquier persona la habrían convencido. Cuando sus víctimas le entregaban el producto de los ahorros de toda su vida, empezaban las promesas y los plazos y....nada.- Fueron a denunciarlo a un juzgado y pronto se vió libre.-

Qué había pasado? Según dictamen del Juez de la causa, confirmado por la Honorable Cámara de Segunda Instancia, se trataba no de múltiples estafas, sino de simples incumplimientos de contratos civiles. La verdad, si esas no eran estafas, yo soy marciano.-

En síntesis, yo estimo que no debe diferenciarse entre dolo civil y dolo penal. Aceptaría esta tesis con la única condición de que en el campo civil se acepte como válida la distinción que hacían los romanos entre dolo bueno y dolo malo. Ya que si se trata de dolo, en el sentido que hemos llegado a establecer, no estaríamos ante un caso civil sino ante un caso criminal objeto del Código Penal.-

CAPITULO VELEMENTO AFECTIVO1.- PRESUNCION DE DOLO

Nuestro Código Penal, al establecer en el Art. 10., que es delito o falta, nos dice en el mismo Art. inciso segundo, - que "Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan -- siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario".-

Con ello nos establece en una forma clara, la presunción del dolo en toda acción u omisión criminosa. La redacción misma de la ley contiene una paradoja: "se reputan siempre.....a no ser que conste lo contrario".- Si se reputaren "siempre" como dice el texto legal, no debió haber puesto "a no ser que -- conste" ya que estableciendo una regla sin excepción, el mismo legislador establece excepciones: "a no ser que conste lo contrario". Imagino yo, debo equivocarme, que el legislador se sintió incómodo al establecer tan terrible disposición y por ello pensó una salida, no muy oportuna, que sería la tabla de salvación de cualquier indiciado para probar su inocencia.-

En nuestra ley, el Juez de oficio y el Ministerio Público, asumen el onus probandi, soportan la carga de la prueba.-

Decía que nuestra ley positiva en el Art. 10. inc. 2o. del Código Penal, establece la presunción del dolo. Si analizamos el artículo y la disposición a que me refiero, veremos:

1.- Hay una regla general, la presunción de voluntariedad - (dolo), en todas las acciones u omisiones penadas por la ley -- (delitos).-

2.- La excepción a la regla:" a no ser que conste lo contrario. Aquí destruye la regla, ya que no se podrán reputar -- siempre voluntarios, cuando la misma ley establece la excepción.-

El legislador nuestro, va de lo objetivo a lo subjetivo, - se adentra al campo de la conciencia, del fuero interno e interpreta, con base lógica, que todo acto humano es conciente y -- luego, voluntario. Pero ésto aunque en lógica es buena deduc - ción, sin embargo, en buena filosofía, se comete un gran error. Una acción puede ser conciente, más no voluntaria.-

El legislador nuestro incurre en el gran error de confundir conciencia con voluntad.-

Conciencia es el conocimiento que la persona tiene de sus actos, de sus sentimientos, pensamientos, etc. La voluntad en - cambio, es la facultad automotora que, naciendo de la concien - cia nos impulsa a actuar. Vemos, pues, que son dos fenómenos - digámoslo así, dos momentos en el fuero interno humano.-

En un acto que vemos realizar, podemos imaginar, sospechar cuál fue la intención del agente; pero no podemos tener seguridad absoluta de que así sea....puede haber tenido otra finali - dad y no salió como él había planeado su acto. Hay actos ino - centes que llevaban una torcida finalidad y actos aparentemen - te malos que fueron originalmente planeados como una loable intención. La vida diaria nos demuestra a cada instante la ver - dad de mi acerto.-

Feuerbach dice:"facta laesione praesumitur dolo, donec -- probetur contrarium".- Cometida la lesión debe presumirse el - dolo mientras no se pruebe lo contrario.-

Debemos tener presente que nuestra Constitución Política en el Título Régimen de Derechos Individuales, establece, en cambio, una disposición contraria al Art. 10. inc. 2o. Pn., ya que establece la presunción de inocencia de una persona mientras no se le pruebe lo contrario. Art. 164 "ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa....." Decía que estas disposiciones son contradictorias porque en aquella, deja la carga de la prueba al Juez y al Ministerio Público (acusación particular en su caso) y en cambio en nuestra Constitución, deja el cargo de la prueba, en primer lugar al reo: OIDA y en segundo lugar al Juez o Ministerio Público: vencida; Además, sienta como regla general, la inocencia del encausado y el Art. 10. Pn. su culpabilidad.-

"El Derecho, para afirmar la existencia del dolo, se sirve de las circunstancias, los hechos y los fenómenos externos que lo simbolizan, que ordinariamente lo traducen". (Sebastián Soler). El Derecho Canónico, en su cónon 2200 No. 2 dice: *Posita externa legis violatione, dolus in foro externo praesumitur donec contrarium probetur*". A pesar de la rigidez del Derecho de la Iglesia, este canon es más benigno que nuestra disposición legal: "dada una violación externa de la ley, se presume dolo en el fuero externo, mientras no se pruebe lo contrario".-

2.- LA BUENA FE

Buena fe es sinónimo de inocencia, de buena intención, de ausencia de dolo. Manzini define la Buena Fe: "la creencia-

racional en la legitimidad del evento voluntariamente causado, es decir, el haber actuado objetivamente de modo contrario al derecho penal, no sólo sin intención de violar la ley penal.- Lo que no excluirá el dolo sino también sin la intención de "cometer un hecho ilícito".- Esto quiere decir que el que actúa con dolo, tiene conciencia de la ilicitud del acto.-

Bettioli sostiene que no debe presumirse el dolo, que éste debe probarse siempre, por lo tanto tampoco tienen razón de ser aquellas figuras delictivas, de las que se dijo que tenían: "Dolus in re ipsa".- Esto, dice, era una exageración. El dolo, como nexo en la relación causal criminal como voluntad dirigida hacia el evento determinado que el agente se ha representado como cierto y posible, debe investir todos los elementos constitutivos del delito.-

No es necesario que el dolo esté presente a lo largo de todo el transcurso causal y en el momento en que se realiza el evento lesivo.-

Hanzini sostiene que el dolo debe persistir siempre a lo largo de la cadena causal del delito. Si no, habría arrepentimiento y por consiguiente desistimiento.-

Los romanos daban una gran importancia a la buena fe (bona fides). En los contratos, cuando ésta faltaba, no solamente podían anularse, sino que traía a quien actuaba de esa quisa, una nota infamante.-

Entre nosotros, la mala fe trae ciertas consecuencias: Ejem. La resolución o rescisión de los contratos con indemnización de daños y perjuicios. Esto en materia civil. En materia penal, mala fe es intención dolosa, es precisamente el ele-

mento subjetivo de los delitos.-

Buena fe, en cambio, es ausencia de intencionalidad. Si -- ésta se prueba habría una causal de inculpabilidad. Ejem.lo -- tenemos en el Art. 8o. No.13/"El que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable".-

Si una persona recibe dinero falsificado, sin haber su -- falsedad, y lo hace circular, no tendríamos dolo sino buena fe, 218 Pn. En estos artículos encontramos que precisamente giran alrededor de la buena fe. Quiere esto decir que la ausencia de este elemento viene a ser, en estos delitos al menos, el dolo.-

3.- EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

Es un problema bastante árduo este del consentimiento del ofendido, con relación al dolo.

Si una persona hurta, por ejemplo, un objeto, pero ocurre -- que el dueño de la cosa consiente en ello, habrá hurto? En otras palabras, hay delito?.-

Podremos decir acaso que se trata de un delito subjetivo y no objetivo? Hay una intención de apropiarse de un objeto ajeno sin la voluntad de su dueño. Pero a la hora de la verdad, el dueño, en un acto de generosidad, obsequia al ladrón lo que le ha hurtado.-

Aquí sin quererlo, me recuerdo de "Los Miserables" de Victor Hugo: Jean Valgean se introduce en la casa de aquel buen -- Obispo y abusando de su hospitalidad se hurta aquellos candelabros de plata. Cuando la policía lo atrapa y lo llevan ante aquel venerable anciano, éste les confiesa que él obsequió a -- aquel hombre ex galecte, los candelabros.-

En realidad, legalmente no hay delito, ya que falta un elemento que es esencial y es la ausencia de voluntad del dueño:="Sin la voluntad de su dueño". Pero es justicia, opinión personal, si existe delito, por lo menos subjetivo.-

En la eutanasia encontramos un panorama diferente. (361 - Pn) "El que ocasione la muerte de otro con su consentimiento, por ruegos reiterados y expresos de la víctima, será castigado con la pena de seis años de presidio".-

Aquí el legislador con una lógica distinta, castiga al -- autor de la eutanasia con seis años de presidio.

La verdad, y con esto concluyo: Aunque haya consentimiento del ofendido, esto en nada afecta la presencia del dolo.-

Aunque el ofendido consienta, el elemento dolo no desaparece. Es algo ajeno a la voluntad del delincuente, una contingencia no prevista, hasta cierto punto; pero en realidad se ha agotado la intención malvada del criminal.-

4.- EL ERROR

Decíamos en otro capítulo, que el hombre va teniendo conciencia de lo que le rodea y de sus movimientos internos: pasiones, pensamientos, raciocinios, ideas, sentimientos, etc. y en el mundo externo tiene conciencia de los fenómenos, que no son otra cosa que los cambios que se operan a su alderredor. Pues bien, ese conocimiento lo va adquiriendo por los datos que obtiene del aporte de sus sentidos. Así, el hombre tiene noción de los colores, de la forma, olor, sabor, movimiento, tiempo, distancia, etc., pero puede ocurrir que los sentidos, que nadie ha dicho que sean infalibles, aporten datos que no son exactos y --

muchas veces son francamente equivocados. Esto es lo que llamamos error.-

No nos extraña, pues, encontrar en casos que son eminentemente subjetivos, como es la intencionalidad y la voluntad, un fenómeno tan común en el hombre como es el error.-

Lo encontramos en el Derecho Civil 1322c. "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo". Ahí lo tenemos como un vicio del consentimiento y así, puede ser error de hecho y error de derecho. Pero bástenos eso, ya que aquí estamos en el campo de lo Penal.-

En la disciplina que estudiamos encontramos el error en el tan llevado y traído artículo 10. que en su inciso último nos dice: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, o aunque fuere distinto del que se proponía causar.-

Es lo que doctrinariamente se ha llamado aberratio ictus aberratio in personam, error en el golpe error en la persona.-

En cuanto al aberratio in personam, el fundamento de su punibilidad estriba en que cualquier ser humano, o sus pertenencias (materiales e inmateriales) son igualmente tutelados por el derecho. Por ello no importa que el criminal se propusiera matar o lesionar a una persona, lesionar un bien u otro. El resultado es el mismo, una lesión al derecho. Si bien, también es cierto que en este caso de error, tanto en la persona como en el golpe hay una intención fallida, no por eso deja de ser cierto que haya dolo, tanto cuando se acierta, como cuando se yerra. Esta es una de las razones para destruir esa preten

didada diferencia entre derecho y moral; que ésta es interna y - el otro es externo, en cuanto a reguladores de la conducta humana.-

Pero, así como en el Derecho Civil se regula el error de hecho y el error de derecho, así en el Derecho Penal, por ello - diremos que error es el conocimiento equivocado o noción falsa del delito. Error de hecho y de derecho, si es sobre elementos y circunstancias objetivas o sobre el precepto legal que lo -- configura.-

Al hablar del error, es necesario no confundirlo con ignorancia. Ignorancia es un no conocimiento. Decíamos que los sentidos al dar a la conciencia datos equivocados inducen al sujeto a error. Cuando los sentidos no aportan datos sobre algo, - no inducen a error, simplemente dejan al sujeto en ignorancia.-

Nuestra ley no admite como eximente la ignorancia. Ya -- nuestra Constitución Política en su Art. 60 establece: "Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación...." Por lo tanto, nadie puede excusarse en el pretexto de la ignorancia de la ley.-

Encontramos la teoría del error, aplicada entre las exi -- mentes del Art. 8 en numeral 12o.: "El que obra en virtud de o -- bediencia debida". Pero en este caso es necesario puntualizar que cuando el acto ordenado por el superior jerárquico es evidentemente ilícito, no está el subalterno obligado a obedecer.- Ej. sería el de un jefe de Policía que ordenara (como lo hacen con frecuencia impunemente), a sus Agentes flagelar a un reo.- En este caso el subalterno no puede ampararse en la eximente -- del numeral citado y del artículo mencionado.-

D O C T R I N A

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

" Si una persona por herir a un individuo, a quien le arrojó un machetazo que no le acertó, hiere a una mujer, no debe estimarse en la aplicación de la respectiva pena, la agravante de irrespeto al sexo de la ofendida, porque dada la forma en que el delito se perpetró, no se advierte en el sujeto delincente su voluntad específica de menospreciar el sexo de la ofendida" (Rev. Jud. Tomo IV, Julio 19 de 1950, pág. 521, Sent. Cámara de Tercera Instancia).-

5.- DOLO EN NUESTRO CODIGO PENAL

(Art. 10. Pn)

Después de hablar del dolo, de lo que doctrinariamente -- significa, de su evolución en el pensamiento jurídico, de sus vicisitudes en el tiempo y el espacio, es necesario ubicarlo en nuestra ley penal. Lo encontramos al sólo comenzar a leer nuestro Código Penal.-

El Art. 10. Pn. al definir el delito y la falta nos dice: "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada -- con anterioridad por la ley". En esta definición encontramos precisamente las características esenciales del dolo.- Acción, dijimos que acción es una actividad humana que produce cambios a su alrededor. Que es algo conciente, que, con los datos que recibe la conciencia de los sentidos, los forma una idea, -- se representa, aún antes de comenzar a exteriorizarla, un resultado de su acto.- Omisión es lo contrario, un no hacer, una falta de actividad que está prohibida, o en otras palabras, cuando

la ley ordena actuar, la inactividad (cuando es voluntaria) es un delito. Es del caso recalcar que esta omisión, como la acción, debe ser conciente. El sujeto obligado por la ley a actuar, se debe dar cuenta voluntariamente se abstiene de actuar.

Voluntaria. Para mí está mal redactado, no me parece que la sintaxis esté muy de acuerdo en esto. Debiera decir voluntarias y no voluntaria, ya que siendo adjetivo calificativo se refiere a dos sujetos: acción y omisión. Cuestión de concordancia. Después de esta disgresión paso a este segundo elemento del dolo: la voluntariedad. - Para poder marchar a paso firme en el terreno de la voluntariedad, necesario es que tomemos -- partida entre los diferentes y adversas teorías filosóficas -- que tratan del asunto. Por un lado los deterministas y del otro los libre albedristas. - Los primeros dicen que la voluntad no es libre de actuar. Los segundos nos hablan del libre señorío de la voluntad. -

Yo sostengo que para poder seguir avante en este elemento del dolo, forzosamente debemos alistarnos entre los últimos ya que si no hay libre albedrío, si la voluntad no es libre, de nada nos sirve hablar de dolo, ni de delito, ni de culpa, ni de punibilidad, ni de expiación, ni de arrepentimiento, ni de -- tantas cosas que tratamos en Derecho Penal. Tampoco habría -- justicia. -

Dicho lo anterior, la voluntariedad es el otro elemento -- necesario en el dolo. En el hombre que delinque, antes de actuar puede elegir entre hacer ese delito y en no hacerlo; es libre entonces. El elige la conducta reñida con el derecho, pudo tomar partido por la abstención. Esto pues, es lo que la --

ley castiga. Imaginemos un sujeto que no tuvo más remedio que actuar, no estaríamos ante un delincuente (legítima defensa, caso de necesidad) sino ante un ser inocente, compelido por la fatalidad a actuar. Lo mismo si tenemos el caso de un sujeto -- que no tiene voluntad (un demente, un infante) éstos carecen de la voluntad de elegir, no tienen pues libertad y en este caso, la libertad es tan esencial a la voluntad, que si desaparece se lleva consigo a la voluntad.-

No sigo analizando el Art.lo.Pn. en su inciso primero -- porque no estoy tratando del delito, sino del dolo.-

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

" El asesinato alevoso se caracteriza por el propósito doloso, de privar de la vida a una persona, empleando medios, - modos, o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarle sin riesgo para la persona del culpable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Consecuentemente, si el delincuente no busca o se aprovecha de esos medios de ejecución, el hecho resultante no puede calificarse de asesinato - sino de homicidio que puede ser intencional o culposo.-

III.-Para destruir la presunción de voluntariedad que - establece el inciso segundo del Art.lo.Pn.es preciso que la -- falta de intención del agente se encuentre establecida en los autos con declaraciones de testigos o por otro medio legal de prueba (Rev.Jud.Tomo LVI,24 Nov.de 1951, pág.917.Sentencia -- de la Cámara de Tercera Instancia).-

6.-EL DOLO EN EL DELITO PRETERINTENCIONAL,
SU NATURALEZA EN CUANTO A LA CULPABILIDAD DEL AGENTE.-

Problema éste que se ha debatido encarnizadamente por los autores de Derecho Penal. Antes de expresar opinión veamos -- las distintas posiciones adoptadas por los tratadistas penales.-

Giuseppe Bettiol: " en el delito preterintencional nos -- hallamos frente a una hipótesis de dolo mezclado con culpa, en el sentido de que hay dolo en lo que concierne al delito menos grave, previsto y querido, y culpa en relación con el evento más grave realizado". (Derecho Penal, parte General página -- 409) Ibid.-"Podemos pues concluir afirmando que la preterintencionalidad no es ya una forma en sí del nexo psicológico, sino un supuesto de dolo mezclado con culpa".-

Carrara: dice que el homicidio preterintencional es un delito doloso (Opusculi, vol, lo. Estudio 7a.) (DOLO).-

Fontán Balestra: "no se concibe el dolo sin previsión y esta última tampoco es suficiente por sí sola para considerarla presente, puesto que la representación existe en la clase de culpa que lleva ese nombre, por otra parte, el dolo por su propia naturaleza, es subjetivo y es para nosotros inaceptable la idea que admitía una forma objetiva de especie de culpabilidad".-

(Derecho Penal. Introducción y parte general, 2a. Edic. -- pág. 315).-

Para Florión y Gómez: El delito preterintencional es una forma especial de delito doloso, Maggiore, Irureta Goyena-

y Jiménez de Asúa, estiman que el delito preterintencional contiene en lo subjetivo, una mixtura de dolo y culpa y que ambas especies de culpabilidad no pierden en esta mezcla sus características propias como para dar origen a una tercera especie distinta de ellos.-

En el delito preterintencional encontramos los siguientes elementos:

- a) Un movimiento corporal (o inacción) humana;
- b) Un primer resultado típico y antijurídico;
- c) Dolo respecto a este primer resultado;
- d) Un segundo resultado típico y antijurídico, más grave que el ya referido;
- e) Culpa respecto de este segundo resultado;
- f) Relación causal entre el elemento señalado con la letra a) y los mencionados con letra b) y d)

(Tomado de Eduardo Novoa Monreal, curso de Derecho Penal Chileno, pág. 554, Tomo 1o.)

En nuestra ley encontramos en el mismo Art. 1o. Pn. en la última parte del inciso último....."incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal...fuese distinto del que se proponía causar".-

Es lo que doctrinariamente se ha llamado "aberratio ic-tus", error en el golpe.-

Cobra importancia en los delitos de lesiones y de homicidio. Alguien propina un puñetazo en la humanidad de un sujeto y lo derriba. Este se golpea el cráneo contra una cuneta y muere de este golpe. El agente se proponía nada más darle un golpe y a resultas de la caída le sobreviene la muerte.-

El art.44 Pn. contempla este caso: "cuando el delito ejecutado sea distinto del que se había propuesto el culpable, se observarán las reglas siguientes:

1.- Si el delito que se ejecutó tiene señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el delincuente, se le impondrá la pena señalada al segundo, aumentada hasta en una tercera parte.-

Como el delito preterintencional es algo eminentemente subjetivo, el juzgador, que no puede introducirse al fuero interno del indiciado, tiene que recurrir a los signos externos inequívocos de la comisión del delito. Así la falta de idoneidad del medio empleado y el resultado que pasa los límites de lo previsto.-

A mí, en lo personal, se me hacía difícil aceptar que hubiera delitos mixtos de dolo y culpa. Como nos decía nuestro Profesor de Derecho Penal, que el delito preterintencional tenía dos etapas, dolo en el arranque y culpa en el resultado.-- Ahora estoy convencido de que Bettiol tiene mucha lógica en aquello que afirma: "que hay dolo en lo que concierne al delito menos grave, previsto y querido, y culpa en relación con el evento más grave realizado".-

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA:

"La persona que siendo perseguida por otra en estado de ebriedad, le da un empujón a éste botándola al suelo, quien al caer sobre una cuneta se fractura el cráneo muriendo a consecuencia directa de la lesión sufrida, es responsable aquella persona del delito de homicidio voluntario, pero concurre a --

favor del reo la atenuante de no haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad, como el que produjo, atenuante que unida a la de su buena conducta anterior, hacen ambos disminuir la pena legal en una tercera parte". (Revista Judicial-- Tomo XLV, 22 de febrero de 1940, pág. 488 sentencia de la Cámara de Tercera Instancia.-)

"No cabe apreciar la atenuante de embriaguez y preterintencionalidad en la ejecución de un asesinato, si de las pruebas del proceso no aparecen los hechos que debería naturalmente fundamentarlos, tales como aquellos que servirán para determinar el grado de embriaguez indispensable a la producción de trastornos mentales y volitivos en el delincuente o que de -- mostraren, de una manera clara y precisa, la intención del reo de cometer cualquier delito, menos el de asesinato".-(Rev. Jud. Tomo LVI, 23 de Julio de 1951, pág. 816, Sent. de la Cámara de Tercera Instancia.-)

BIBLIOGRAFIA

VICENZO MANZINI	<i>Tratado de Derecho Penal</i>
LUIS JIMENEZ DE ASUA	<i>Tratado de Derecho Penal</i>
RICARDO C. NUÑEZ	<i>Derecho Penal Argentino</i>
SEBASTIAN SOLER	<i>Derecho Penal Argentino</i>
RAUL CARRANCA Y TRUJILLO	<i>Derecho Penal Mexicano</i>
ISAIAS SANCHEZ TEJERINA	<i>Derecho Penal Español</i>
A. QUINTANO RIPOLLES	<i>Comentarios al Código Penal</i>
EUGENIO CUELLO CALON	<i>Derecho Penal</i>
CARLOS FONTAN BALESTRA	<i>Derecho Penal</i>
REGIS JOLIVET	<i>Curso de Filosofía</i>
CARRARA	<i>Programa Parte General</i>
EDUARDO NOVOA MONREAL	<i>Derecho Penal Chileno</i>
GIUSEPPE BETTIOL	<i>Derecho Penal(Parte general)</i>
ENRICO ALTAVILLA	<i>La Culpa</i>
CODIGO PENAL DE EL SALVADOR	
CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR	

=====