

Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros

Catedrático –Prof. Titular– de Derecho Penal. Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago,
Chile. Socio FICP.

**~¿Se debe incluir la “motivación” como elemento integrante del dolo?
(resumen)~**

Junto con reiterar mi reconocimiento y gratitud a los Catedráticos organizadores FICP, especialmente a mi querido amigo Prof. Dr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, por su gentil invitación a participar en el III Congreso Internacional, y a solicitud de la Comisión Organizadora, vengo en transcribir las principales ideas desarrolladas en mi presentación de corta duración.

I. UN CASO A MODO DE EJEMPLO

Un sujeto, con ánimo de juego, arroja bencina al cuerpo de un amigo y, posteriormente, le lanza un fósforo encendido causando lesiones graves o la muerte de la víctima.

En el sistema anglo-americano de Derecho Penal el jurado y, algunos tribunales en España, para resolver un caso semejante al del ejemplo, han razonado sobre la base que, un “ánimo de juego”, excluiría un actuar doloso porque no habría intención de matar o lesionar y sólo se debería sancionar por conducta imprudente.

La interrogante es la siguiente: ¿es necesario incorporar la motivación como elemento del dolo?

II. PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS:

1. La misión del Derecho Penal es tutelar bienes jurídicos personales o sociales de un daño o peligro.

El legislador penal tiene como finalidad prevenir o evitar que los ciudadanos, con su actuar libre y voluntario, dañen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados. El Derecho penal no pretende, para el cumplimiento de aquella meta, que sus destinatarios se identifiquen con los valores que dichos bienes representan, lo cual, puede ser objetivo de la Moral, Ética o la Religión. Lo que al Derecho Penal le interesa es que las personas, en su comportamiento en sociedad, respeten aquellos bienes por la significación social que poseen. Que los

ciudadanos lo hagan por identificación plena y total con el valor de dichos bienes o que se abstengan de dañarlos o ponerlos en peligro por miedo a ser procesados o condenados, para la tarea del Derecho penal, estas motivaciones alternativas son irrelevantes porque, en ambos supuestos, logra a cabalidad su misión. No es finalidad del Derecho Penal el que los ciudadanos sean personas buenas, honestas o santas. No es tarea del Derecho Penal estructurar la dimensión psíquica o ética de las personas, aunque, su existencia en la vida social indirectamente ayuda al quehacer de la Ética o de la Religión.

2. La existencia de elementos subjetivos especiales del tipo o de lo injusto se explica porque el legislador penal busca, para la tutela de ciertos bienes jurídicos, anticipar la punibilidad (delitos de intención) o complementar el dolo para teñir de ilicitud una conducta (delitos de tendencia). Son delitos que para cumplir el rol de protección del bien jurídico, “necesitan” de dichos factores subjetivos especiales. No es el caso de una auténtica necesidad si consideramos el delito de homicidio o lesiones. En efecto, quien realiza una conducta homicida o propia del delito de lesiones, dolosa o imprudente, no porque haya actuado con “ánimo de juego” hace desaparecer el disvalor de acción y/o el disvalor del resultado. Acudir para decidir si la conducta es dolosa o imprudente a si el motivo es “bueno o malo” me parece que es aplicar como principio “el fin justifica los medios”, lo cual, no creo que constituya un criterio valorativo justo o adecuado. Personalmente, creo que en el marco del Derecho penal, la perpetración de un delito es siempre el medio ilícito del que se vale su autor para la consecución de un fin posterior p.ej. eliminar a un enemigo (homicidio), causarle un daño (lesiones o daño en su propiedad) o satisfacer una tendencia (violación o abuso sexual), o incrementar el patrimonio (hurto, robo, estafa o malversación).

III. REFLEXIÓN SOBRE EL CASO

1. ¿Es necesario complementar el dolo en un delito de homicidio o de lesiones con la motivación del autor? ¿Puede el ánimo de juego contrarrestar, anular o dejar sin efecto el “conocer y querer” del dolo? ¿Puede el ánimo de juego configurar una causal de atipicidad, de justificación o de exculpación? ¿Es lícito penalmente “jugar” con bienes jurídicos personalísimos tales como la vida, salud o libertad? Considerar el ánimo de juego para excluir la existencia de dolo ¿no es una forma tácita de acoger como principio valorativo: el fin justifica los medios? Como el autor tenía ánimo de juego, no tenía intención de matar o

lesionar, razón por la cual, no hay dolo sino imprudencia y, con este razonamiento, ¿no se está limitando el dolo a dolo directo y olvidando el dolo eventual? ¿dónde queda la “injerencia” o “actuar precedente” como fuente de posición de garante? Un auténtico amigo, por actuar con ánimo de juego, ¿puede organizar y desencadenar una cadena causal orientada a poner en riesgo o peligro serio y grave los bienes jurídicos personalísimos (vida o salud) de quien se supone es su amigo? Un hecho así, que termina lesionando o matando a la víctima ¿puede ser realmente calificado de “broma”? personalmente creo que estimar ese hecho como “broma pesada” es una estimación social débil y pobre, debe ser considerado como un auténtico hecho delictivo.

2. Si observamos lo dispuesto en el art. 21 N°3° del CP español vemos que se contempla como atenuante “el arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”, es decir, el peso, entidad o relevancia para el legislador penal es simplemente de poder configurar una causal de atenuación (no de atipicidad, justificación o exculpación), aunque, no creo factible considerar el “ánimo de juego” como un “estado pasional de entidad semejante”.

3. El razonamiento del jurado anglo-americano o de un tribunal que considera que el “ánimo de juego” excluiría el dolo, me parece un error por distorsionar el concepto de dolo e imprudencia forjados en el sistema penal europeo-continental. Me parece muy discutible que los conceptos, categorías o criterios jurídico-penales dependan del pensamiento o convicción del ciudadano común y corriente, de lo que cree entender el hombre-medio que desconoce absolutamente la ciencia del Derecho Penal. El hecho delictivo debe ser juzgado sobre la base de las instituciones, principios, criterios normativos gestados y desarrollados por la ciencia penal. Juzgar un delito no es una tarea que se pueda resolver simplemente por el sentido común, el cual, muchas veces es el menos común de los sentidos.

Personalmente, sobre la base de mi experiencia como docente de Derecho Penal en pregrado, que normalmente se enseña en 3 o 4 año de Derecho, la dificultad de los alumnos para comprender la estructura del delito por su complejidad y grado de abstracción, avala mi aprehensión. Entregar una decisión jurídico-penal a un jurado carente de formación básica en Derecho Penal, me parece muy discutible que sea lo justo y adecuado. No creo que la dificultad señalada se pueda eliminar si el juez señala a los miembros del jurado, durante 20

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022**

minutos, que no deben considerar ciertos hechos. Los miembros de un jurado poseen, cada uno de ellos, un mundo subjetivo conformado por ideas, pre-juicios, sentimientos, pasiones, afectos, ideales, etc. que siempre pesarán para su decisión final y que las palabras del juez no anularán.

De seguirse este criterio, la convicción del ciudadano-medio ¿se imaginan lo que significaría para la Medicina, la Psicología, la Sociología, la Economía, etc. si el contenido de todas esas ciencias u otras dependiera de lo que cree entender el hombre de la calle? Es necesario en el siglo XXI respetar la Ciencia, la Técnica y el Arte.

¿Hay una auténtica necesidad de reformular el concepto de dolo, incorporando la motivación del sujeto, porque el “conocer y querer” propio del dolo no es suficiente para resolver en Justicia los casos en materia penal? Personalmente y en una primera aproximación, me parece muy discutible.