

00781 11  
2g  
1

## DOLO

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO POR LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por: ENRIQUE DÍAZ ARANDA

Director de Tesis: Dr. RICARDO FRANCO GUZMÁN

División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Nacional Autónoma de México  
Marzo de 1999

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

271726.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# INDICE

*Páginas*

Índice de abreviaturas	
Introducción .....	17

## CAPÍTULO PRIMERO UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO

I Presupuestos sistemáticos .....	27
II. El dolo en el sistema clásico del delito .....	30
A. Exposición dogmática .....	30
1. Antecedentes .....	30
2. Concepto causal de acción .....	33
3. Concepción puramente objetiva del tipo .....	36
4. Culpabilidad dolosa .....	37
B. Críticas al sistema clásico .....	39

	<i>Página</i>
1. Crítica al concepto causal de acción .....	4
a) La ausencia de la causalidad en la omisión .....	4
b) ¿Causalidad ciega en la tentativa?.....	4
2. Crítica al concepto psicológico de la culpabilidad .....	4
a) Problemas en la culpa .....	4
i) Culpa consciente .....	4
ii) Culpa inconsciente .....	4
iii) Causas de exculpación .....	5
III. El dolo en el sistema neoclásico del delito .....	5
A. Exposición dogmática .....	5
1. Antecedentes .....	5
2. Concepción objetivo-valorativa de acción .....	5
3. Tipo .....	5
a) Tipo objetivo .....	5
i) Descubrimiento de los elementos normativos .....	5
b) Surgimiento del tipo subjetivo .....	5
i) Descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo .....	5
4. Dolo como elemento de la culpabilidad psicológico-normativa .....	6
5. Pronunciamientos de autores que reubicaron al dolo en el tipo antes que el finalismo .....	7
B. Críticas al sistema neoclásico .....	7
1. Dificultad para determinar el título de imputación atendiendo a criterios puramente causales .....	7
a) En la tentativa ¿de cuál delito? .....	7
b) En el delito consumado .....	7
c) Nuevamente la causalidad en la omisión .....	7
2. Crítica de GRAF zu DOHNA al concepto psicológico-normativo de culpabilidad y sus aportaciones .....	7
IV. El dolo en la teoría final de acción .....	7
A. Exposición dogmática .....	7

	<u>Páginas</u>
1. Antecedentes .....	80
2. Concepción de acción final .....	82
3. Concepción del tipo .....	88
a) Tipo objetivo .....	88
b) Tipo subjetivo y la reubicación sistemática del dolo y la culpa.....	89
i) Dolo .....	90
ii) Culpa .....	96
4. Tentativa .....	99
5. Concepción puramente normativa de la culpabilidad .....	100
a) Sobre la conciencia de la antijuridicidad .....	103
B. Críticas al finalismo .....	106
1. A nivel de tipo .....	106
a) Por la ubicación del dolo y la culpa a nivel de tipo .....	107
b) ¿Finalidad en la culpa? .....	107
c) Dolo eventual y culpa consciente .....	113
d) Sustento de la omisión .....	115
2. En el error .....	116
a) Problemas sistemáticos para diferenciar error de tipo y error de prohibición .....	117
b) Consecuencias en supuestos de error de prohibición vencible .....	118
3. Sobre el contenido de la culpabilidad.....	120
4. Problemas en la participación .....	121
V. Aproximación sistemática a la teoría funcional para una concepción del dolo .....	124
A. Exposición dogmática .....	124
1. Antecedentes .....	127
2. Concepto personal de acción .....	128
3. Tipo .....	129
a) Tipo objetivo delimitado por la imputación .....	130
i) Creación de un riesgo no permitido .....	134

• Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo.....	1
• Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro .....	1
• Creación de peligro y cursos causales hipotéticos .....	1
• Exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido.....	1
ii) Realización del riesgo no permitido .....	1
• Exclusión de la imputación por falta de realización del peligro .....	1
• Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido .....	1
• Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado .....	1
• Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo .....	1
iii) El alcance del tipo .....	1
• La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa .....	1
• La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste .....	1
b) Tipo subjetivo .....	1
c) ¿Existe prelación lógica entre tipo objetivo y tipo subjetivo? .....	1
4. Responsabilidad .....	1
a) Culpabilidad .....	1
b) Necesidad de la pena .....	1
B. Críticas al sistema funcionalista .....	1
1. ¿Es innecesaria una teoría de la imputación objetiva? .....	1

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CONCEPTUACIÓN DEL DOLO

I. Concepto .....	1
II. Elementos .....	1
A. Conocimiento .....	1

	<u>Páginas</u>
1. Conocimiento de los elementos descriptivos del tipo objetivo .....	176
a) Conocimientos ontológicos y nomológicos .....	177
b) Conocimientos superiores o especiales .....	189
c) Conocimientos potenciales .....	192
2. Conocimientos normativos del tipo objetivo .....	194
3. Consideraciones generales sobre el conocimiento .....	197
a) ¿Se requiere del conocimiento de todos los elementos descriptivos y normativos esenciales y accidentales del tipo? .....	197
b) Conocimientos actuales y actualizables .....	199
c) Conocimiento de los elementos que fundamentan la imputabilidad .....	200
B. Volitivo .....	201
1. ¿Querer la conducta y el resultado? .....	203
2. La indemostrabilidad científica del querer .....	204
III. La perspectiva <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> .....	206
IV. Clases .....	208
A. Dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado .....	208
B. Dolo eventual .....	211
1. Planteamiento del problema .....	211
2. Teorías .....	213
a) Teorías volitivas .....	213
i) Teoría del consentimiento .....	214
ii) Teoría del sentimiento .....	217
b) Teorías cognitivas .....	218
i) Teoría de la representación .....	219
ii) Teoría de la probabilidad .....	219
c) La tesis de Roxin .....	221

CAPÍTULO TERCERO  
EL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

I. La regulación del dolo en la legislación mexicana .....	22
A. Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852 .....	22
B. Código Penal de 1871 .....	22
C. Código Penal de 1929 .....	22
D. Código Penal de 1931 .....	22
E. Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave de 1944 .....	23
F. Anteproyecto de Código Penal de 1949 .....	23
G. Anteproyecto de Código Penal de 1958 .....	23
H. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México de 1961 .....	23
I. Código Penal del Estado de Michoacán de 1962 .....	23
J. La reforma de 1983-84 al Código Penal .....	23
K. La reforma de 1993-1994 .....	23
1. A la Constitución .....	23
2. Al Código Federal de Procedimientos Penales .....	24
3. Al Código Penal .....	24
L. La reforma de 1998-99 a la Constitución .....	24
II. Diferentes criterios jurisprudenciales .....	24
A. Criterio de la ubicación del dolo en la culpabilidad .....	24
B. Criterio de la voluntad como elemento del dolo .....	24
C. Criterio sobre la acreditación del dolo .....	24
1. En el cuerpo del delito .....	24
2. En la probable responsabilidad .....	24
D. Criterio sobre la prueba del dolo .....	24
III. Propuesta de interpretación del dolo en el Derecho Penal Mexicano .....	24
A. Consideraciones preliminares .....	24
1. Valoración de la evolución legislativa .....	24
2. La búsqueda de la seguridad jurídica en la reforma de 1993-94 .....	24

	<u>Páginas</u>
3. El origen de la reforma de 1998-99 .....	276
4. ¿Se combate la criminalidad a través de una policía más efectiva? .....	278
5. ¿Es el incremento de la criminalidad un problema derivado de la impartición de justicia? .....	281
6. Las equivocadas premisas del legislador mexicano en la reforma de 1998-99 .....	285
a) ¿Se justifica el sistema penal con mayores detenciones? .....	286
b) La adopción de doctrinas penales en la ley .....	289
c) La prueba del dolo ¿problema dogmático o procesal? .....	295
B. Propuesta de interpretación sistemática funcionalista .....	312
1. El cuerpo del delito .....	312
2. La probable responsabilidad .....	314
 CONCLUSIONES .....	 319
 ANEXO	
Iniciativa de reforma a los arts. 16 y 19 de la Constitución .....	323
 BIBLIOGRAFÍA .....	 357
Obras generales .....	376
Legislación .....	376
Diarios oficiales .....	377
Documentos oficiales .....	377
Periódicos .....	377

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)
Cap.	Capítulo
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
C.p.a.	Código Penal Alemán
C.p.e.	Código Penal Español
C.p.m.	Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
ed.	edición
Ed.	Editorial
esp.	Especialmente
fasc.	Fascículo
G.G.	Constitución Alemana
n°	Número
pág.	página
págs.	páginas.
p. g.	parte general
Pgfo.	Parágrafo
pro.	Primero

El dolo o la intención de cometer un delito se analiza de acuerdo con los cuatro sistemas del delito: clásico, neoclásico, final y funcional. En cada uno de ellos se determina su concepto, ubicación y consecuencias sistemáticas.

Se ofrecen los criterios doctrinales a través de los cuales se puede determinar cuándo estamos ante un supuesto de hecho doloso, sus elementos y las diferentes formas de comisión dolosa: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual

Los dos capítulos anteriores, basados fundamentalmente en la dogmática jurídicopenal alemana, sirven de base teórica para analizar cómo se ha regulado el dolo en México y cuáles son las distintas interpretaciones que se le ha dado hasta llegar al momento actual: 1999. Hoy se encuentra en vísperas de aprobación la reforma a los arts. 16 y 19 de la Constitución, la cual pretende abatir el problema de la criminalidad volviendo a viejos conceptos: cuerpo del delito y probable responsabilidad, ello, según el legislador, supone que el dolo ya no deberá ser probado por el Ministerio Público para poder obtener del juez una orden de aprehensión.

La reforma citada traerá como consecuencia la detención y procesamiento de más delincuentes, pero también de muchos inocentes. Por ello se analiza y critica la reforma y se propone una interpretación de la misma que evite los abusos a los que se podría llegar con una aplicación ciega de la ley. Se incluye la iniciativa de esa reforma y su exposición de motivos, así como una larga bibliografía producto de estancias de investigación en México, España y Alemania.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: marzo 6 de 1999.

The dolus; or intention to comit a crime is analized in according to four system of crime: classic, neoclassic, final and functional. Ineach of them, its concept, location und systematica consequences are determined.

The doctrinal criteria through wich we can determine when we are in front of an assumption of a deceptive fact, ist elements and the different forms of a deceptive fact are offered: direct dolus, indirect dolus and eventual dolus.

The two formes chapters based mainly in the german theory, are useful of a theoretic base to analize how dolus has been regulated in Mexico and wich are the different interpretations dolus has received until now: 1999. Today we're expecting a reform to 16<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Constitution Laws. Wich inteds to lower the problem of the 'criminality' returning to old concepts: *corpus delicti* and probable responsability wich assumes that dolus should not be approved by the Public Ministry to be able to get a warrant of arrest from the judge any more.

The foresaid reform will bring us a consequence, the arrest and indictment of more delincuentes, but also of more innocent people. So the reform is analyzed and criticized and an interpretation of that is proposed, in order to avoid the abuse that can be possible if the law is applied blindly. The initiative to that reform and ist exposition of reasons are included, and large biography produced by investigations meda in Mexico, Spain and Germany.

La pura exposición sobre la ubicación sistemática del dolo, sea en la culpabilidad como lo sostenía el sistema tradicional del Derecho Penal (causalista) o en el tipo como lo sostiene el finalismo, no justificaría una investigación sobre el mismo. Pues, como señaló mi maestro Enrique GIMBERNAT ORDEIG en 1971 “lo que le importa al que quiere estudiar Derecho Penal es que el dolo (con sus distintas clases) se lo expliquen alguna vez; y esto –antes o después- los dos sistemas lo hacen. Y por lo que al aspecto didáctico se refiere, creo que tanto con uno como con otro modelo estructural se puede enseñar Derecho Penal: lo supo enseñar muy bien MEZGER (tradicional); y lo saben enseñar ahora, también muy bien, MAURACH y JESCHECK (finalistas): Por consiguiente y resumiendo: El finalismo no abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. Ni siquiera introduce o suprime nuevos datos; mantiene los mismos, pero los separa y los redistribuye de otro modo entre los tres estrados de la teoría del delito”<sup>1</sup>. Lo relevante en el estudio del dolo dentro de esas teorías

---

<sup>1</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El Sistema del Derecho Penal en la actualidad” en *Estudios de Derecho Penal*. 3a. ed. Madrid. Tecnos. 1990. Pág. 164. Ello lo señaló WELZEL al decir que con los cambios realizados en la teoría del delito como consecuencia de la teoría final de acción “no se ha perdido ninguno de los elementos anterior, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la solución correcta de los problemas de la acción, de

son sus presupuestos, la relación que guarda con los elementos del delito, su conceptualización y, sobre todo, establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de uno u otro sistema.

Hoy la necesidad de exponer esas consecuencias es todavía mayor debido a la aparición, aproximadamente en 1970, del sistema funcionalista a partir del cual se ha reinterpretado la teoría del delito bajo criterios de política criminal y teleológicos, en palabras de mi maestro alemán Claus ROXIN “la idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho Penal bajo aspectos político criminales permite hacer fructíferos para la dogmática postulados sociológicos, políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social y al desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia...el proyecto sistemático político-criminal y teleológico (funcional)...trae consigo un cambio casi copernicano”<sup>2</sup>.

Por ende, uno de los objetivos centrales de esta investigación es exponer las consecuencias jurídicas de la interpretación del dolo conforme al sistema clásico, neoclásico, finalista y funcionalista.

---

la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos, del concepto de la culpabilidad, del error sobre el tipo y del error de prohibición, de la participación, etc.” Cita en *El nuevo sistema...* pág. 83.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. “Acerca de la consolidación...” pág. 25.

Lo anterior servirá para rebatir la corriente de opinión de abogados “prácticos” quienes sostienen en diversos foros que el Derecho Penal es sólo el Código Penal y que las teorías son sólo lucubraciones. Si esto fuera así “bastaría con un buen método de mnemotecnia y aprenderse el Código Penal para ser penalista”<sup>3</sup>, ello, señaló WELZEL “es una creencia errónea y peligrosa, lamentablemente muy difundida y profundamente arraigada, la que supone que el tratamiento del Derecho Penal es un asunto de mera “técnica jurídica”. Es creencia errónea positivista la que supone que el Derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica <<casual>>. Si esto fuera cierto, entonces estarían acertadas las palabras del procurador del Estado, von KIRCHMANN, sobre la ciencia jurídica: <<tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos>>. Nada mejor que el tema del dolo para demostrar la incapacidad de encontrar soluciones adecuadas acudiendo simplemente al <<Derecho positivo>>

El proceso penal en México, desde la promulgación de la Constitución en 1917 y posteriormente en la legislación secundaria, se sustentó en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Sin embargo, en la práctica se observaron problemas sobre el contenido de cada una de dichas categorías, por lo cual en 1994 se procedió a reformar tanto la Constitución como el Código Federal de Procedimientos Penales para sustituir el término <<cuerpo del delito>> por el de <<elementos del tipo penal> y determinar los elementos a través de los cuales se acreditaban dicho <<tipo penal>> y <<la probable responsabilidad>>.

---

<sup>3</sup> Con esta frase inicia sus cátedras Enrique GIMBERNAT ORDEIG en la Universidad Complutense de Madrid,

El punto más debatido de dicha reforma se centró en la determinación a nivel de ley de la ubicación del dolo en el tipo y la obligación del Ministerio Público de acreditarlo para poder ejercer la acción penal en contra del presunto responsable de la comisión de un delito. Ello dio lugar a una serie de problemas de concepción, interpretación y sobre todo de acuerdo con los Ministerios Públicos y jueces<sup>4</sup>, éstos últimos fueron reduciendo el otorgamiento de órdenes de aprehensión solicitadas por los agentes del Ministerio Público argumentando la deficiente integración de la Averiguación Previa.

Mientras tanto, los índices de criminalidad en México se fueron incrementando hasta niveles insospechados dando lugar a un sonoro reclamo social de poner fin a la situación.

Atento a lo anterior el legislador mexicano ha realizado en diciembre de 1998 una contrarreforma a la Constitución para volver al concepto de cuerpo del delito y no tener en cuenta mucho la correspondiente contrarreforma a la legislación secundaria por la cual se suprimieron todos <<esos elementos>> introducidos por la reforma de 1994 y de esa forma <facilita> al Ministerio Público el ejercicio de su facultad de consignar ante el juez a <presuntos...> En otras palabras bajo el lema <<primero consignamos y luego averiguamos>> es como se pretende abatir la criminalidad en México.

---

España.

<sup>4</sup>Desgraciadamente esa discusión entre Ministerios Públicos y jueces distó mucho de ser una como la descrita por NIESE acaecida en 1950 en Alemania "para los finalistas supone un notable estímulo, a la par que consigna el esfuerzo de sus posiciones, el hecho de que en los últimos tiempos altos funcionarios de la carrera judicial entiendan que <la doctrina de la acción finalista ha llegado a un estado en su evolución que obliga, tanto a jueces de lo criminal como a los abogados defensores, a examinar detenidamente los problemas que suscitan>". Autor citado. "Die finale Handlungslehre und ihre Bedeutung" en *Deutsche Richterzeitung*, Fasc. 12 de 1950 pág. 221-223 y Fasc. 2 de 1952 págs 21-24. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina* pág. 77

No es allanando, suprimiendo o franqueando, los obstáculos jurídicos, mejor dicho eliminando principios fundamentales del procedimiento penal, como se consigue una mejor impartición de justicia, pues precisamente la correcta integración de una Averiguación Previa garantiza el posterior procesamiento y condena de quienes han cometido un delito y, sobre todo, evita la consignación de posibles inocentes.

Por cuanto hace al combate a la criminalidad se debe buscar su solución atendiendo a los factores de su origen: económico-sociales y su prevención a través de medidas de política criminal.

Queda claro que la presente investigación no pretende quedarse sólo en una exposición sistemática y de consecuencias jurídicas del dolo en los distintos sistemas del delito, sino persigue ir más allá al conceptualizar al dolo dentro de una orientación político criminal acorde a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, la cual sirva de guía teórica para evitar los abusos a los que podrá llegar el Ministerio Público con la consignación masiva de probables...inocentes atendiendo a la aplicación ciega de <<la letra de la ley>>.

Señalados los objetivos y la orientación político-criminal a seguir en la presente investigación, en la cual nuevamente relaciono norma, valor y hecho, paso a la descripción de su contenido.

En el primer capítulo se analiza el dolo dentro de los distintos sistemas del delito: clásico, neoclásico, finalista y funcionalista. En cada uno de ellos se da cuenta de la base filosófica de la

cual partieron, su estructura sistemática, la ubicación del dolo y, sobre todo, las consecuencias jurídicas de ello, así como las críticas realizadas.

Por todo ello, ese primer capítulo ha supuesto una revisión de casi la totalidad de la teoría del delito, de la cual se deriva una toma de postura en favor del sistema funcionalista.

En el segundo capítulo se ofrece una concepción del dolo dentro de los parámetros funcionalistas, iniciando por su concepto, seguido de los elementos que lo conforman: el cognitivo y volitivo. Se buscará responder a interrogantes como los siguientes: ¿se requiere siempre de la voluntad dolosa del sujeto activo de lesionar un bien jurídico tutelado o basta con el conocimiento de la realización de la conducta peligrosa para ese bien? ¿cuáles son los criterios para analizar los elementos del dolo? ¿se requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo o sólo de los esenciales? Al final de este apartado se hará una referencia a las clases de dolo y en particular a la problemática del dolo eventual.

Hasta aquí se desarrolla una exposición en la cual se ha pretendido aclarar la evolución del dolo en el contexto dogmático universal hasta nuestros días, con lo cual se podría dar por terminada la investigación.

Empero, en México la multitudada contrarreforma a la Constitución de diciembre de 1998-99 sólo ha supuesto la vuelta al concepto de cuerpo del delito, sino que se ha manifestado en la exposición de motivos que éste se integra sólo de elementos objetivos, con lo cual para indicar que sólo éstos deberá acreditar el Ministerio Público para poder ejercer su facultad

consignación ¿Se puede integrar una Averiguación Previa sin acreditar el dolo? ¿será hasta el inicio del proceso penal cuando se deba acreditar el dolo? ¿habrá quedado ubicado el dolo en la culpabilidad? ¿cómo se deberá realizar un análisis dogmático en México? ¿se puede esperar que la contrarreforma ayude a disminuir los índices de la criminalidad?

A estos interrogantes se intenta responder en el tercer capítulo, al efecto se da cuenta de la evolución del dolo en la tradición legislativa y jurisprudencial mexicana para después identificar la orientación teleológica de la reforma y los equívocos presupuestos de los cuales ha partido el legislador de 1998-99 y ofrecer una propuesta sobre una posible interpretación dogmática que sirva de guía para encuadrar el nuevo texto constitucional de los arts. 16 y 19 dentro de los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ojalá los dogmáticos y abogados postulantes encuentren puntos de interés en esta investigación para, después de su análisis, coincidir o discrepar de lo aquí expuesto. En cualquiera de los dos casos sería para mí motivo de alegría, en el primero por el apoyo de más partidarios y en el segundo por que sólo la crítica constructiva hace avanzar a la ciencia y por que, recordando a WELZEL “sólo Atenea salió acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus”<sup>5</sup>

Sean las últimas líneas de esta introducción para agradecer a mis maestros: Dr. Dr. *b. c.* mult. Claus Roxin; Dr. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig y Dr. Ricardo Franco Guzmán su dirección y medios facilitados para desarrollar la presente investigación, así como al Dr. Arturo Ventura Püschel sus iniciales orientaciones y, de igual forma, el apoyo y amistad que desde hace mucho

---

<sup>5</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal... pág. 17.

tiempo me brindan: Dra Olga Islas de González Mariscal; Dra. Ana Luisa Izquierdo de Cueva, Doña Carmen Bercedo Corento; Dr. Sergio García Ramírez; CP. Rogelio Bautista, Dr. Bernardino Esparza Martínez, Dr. Héctor Félix Hierro, Mtra. Beatriz Reyes Bienert y Thomas Lachotzki (Weltklasse!). A la fundación Alexander von Humboldt, Bonn Alemania, agradezco el haberme distinguido con una senda beca para realizar investigaciones en el Institut für die Gesamten Strafrechtswissenschaften de la Ludwig-Maximilians Universität.

México D.F. marzo de 1999

Enrique Díaz-Aranda

## I. PRESUPUESTOS SISTEMÁTICOS

La exposición del dolo requiere de una revisión histórico-sistemática de casi la totalidad de la teoría del delito, particularmente del concepto de acción, el tipo y la culpabilidad. En efecto, para llegar a comprender por qué el dolo pasó de su original ubicación en la culpabilidad para quedar en el tipo y, de mayor envergadura, la transformación de su concepción hasta nuestros días, se necesita atender a las corrientes filosóficas que han influido en el pensamiento dogmático, los descubrimientos de cada época y las críticas que fueron gestando dicho cambio<sup>1</sup>.

Para la exposición propuesta, en este capítulo, tomaré como puntos de referencia: la sistemática clásica y neoclásica, más conocidas en su conjunto como causalismo; el sistema final de acción y, por último, el sistema funcionalista.

Los cuatro grandes sistemas referidos, clásico, neoclásico, finalista y funcionalista, tienen un punto de coincidencia fundamental que se debe tener presente a lo largo de toda la exposición y es que los cuatro parten de la misma estructura del delito construida a partir de tres categorías básicas<sup>2</sup>: acción típica, antijurídica y culpable<sup>3</sup>. La diferencia radica en el contenido y, muchas veces, la concepción cada uno de esos elementos. De ello me ocuparé sólo cuando el tratamiento de ellos tenga alguna relevancia para el análisis del dolo.

Adelantando un poco sobre la exposición sistemática del dolo, éste será objeto de análisis en cuanto a la culpabilidad tanto en el sistema clásico como en el neoclásico y pasará a formar parte del tipo objetivo en el sistema finalista, específicamente dentro del denominado tipo subjetivo. Al llegar al análisis del sistema funcional variaré un poco la exposición para hacer una referencia general a la teoría de la imputación objetiva, la cual, además de ser una de las más importantes contribuciones del nuevo sistema, reestructura la concepción del tipo objetivo, luego, entonces al tipo subjetivo se le prestará en ese momento menos atención y se dejará para el segundo capítulo el análisis pormenorizado de la concepción del dolo dentro del sistema funcionalista, el cual, contrario a lo manifestado por un sector de la doctrina, observa cambios importantes aunque la causa de ello se debe ciertamente a todos los correctivos normativos que la teoría de la imputación objetiva ha realizado al tipo objetivo.

<sup>1</sup> En este sentido, *cf.* ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo.... esp. Pág. 33.

<sup>2</sup> A estas tres categorías básicas se las conoce generalmente como peldaños o escalones de la estructura del delito.

<sup>3</sup> Claro está que en los orígenes de la teoría del delito, como veremos, no existía una clara concepción sobre dichos elementos y por ello se podría decir que en el sistema clásico no existieron siempre esos tres elementos pues en sus orígenes sólo se consideraba la acción antijurídica y culpable y es hasta las aportaciones de BELINZOS cuando se introduce el tipo como elemento. De ello también me ocuparé más adelante, lo que ahora conviene

Por último, sobre el tratamiento sistemático de la culpa, la omisión, la tentativa y la participación. Existe acuerdo en la doctrina penal mayoritaria en considerar a la conducta como un presupuesto del delito y, como he dicho, de conformar a éste de tres elementos: tipo, antijuridicidad y culpabilidad, conforme a ello se realizan los estudios dogmáticos referentes a delitos dolosos de acción consumados. Lo anterior plantea el problema sobre en qué momento se debe hacer el análisis de la culpa: ¿después de haber tratado todos los elementos del delito doloso? o ¿al hacer el estudio del tipo? o ¿será al referirnos a la culpabilidad?. Ciertamente en un manual de Derecho Penal es necesario agotar el análisis de tres elementos del delito doloso de acción consumado y una vez comprendidos esos presupuestos, a efectos didácticos, se facilita el análisis, por ejemplo de la culpa, la omisión y la tentativa. Sin embargo, siendo esta una investigación sobre el dolo que presupone el conocimiento básico de la teoría del delito, considero innecesaria seguir esa exposición didáctica y atender, en cambio, a una estrictamente dogmática.

De esta suerte, todos los problemas que atañen al dolo serán analizados como sigue: en el tipo se analizarán tanto la conducta de acción como la de omisión, así como los problemas de la tentativa, esto último partiendo de la base de que la tentativa es una fórmula de ampliación del tipo.

El dolo y la culpa serán tratados en la culpabilidad cuando el sistema del delito en análisis así lo haya establecido (clásico y neoclásico), pero en caso contrario su análisis se realizará a nivel de tipo.

---

dejar sentado a efectos de exposición didáctica es dejar sentado esta concepción como guía del análisis subsecuente. Sobre la evolución de los sistemas, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* págs. 196-206.

Los supuestos de participación se dejarán hasta el final del análisis de cada sistema, partiendo del presupuesto de que la participación es una fórmula de ampliación de la punibilidad.

Aclarados los presupuestos metodológicos de los cuales partiré, procedo a su desarrollo.

## II. EL DOLO EN EL SISTEMA CLÁSICO DEL DELITO

### A. EXPOSICIÓN DOGMÁTICA

Antes de entrar a la exposición dogmática del dolo en el sistema clásico del delito, conviene recordar cuáles fueron los antecedentes de dicho sistema a efectos de una mayor comprensión de sus planteamientos.

#### 1. ANTECEDENTES

La noción del dolo se remonta al Derecho Romano tardío<sup>4</sup>, como se desprende del rescripto del Emperador Adriano *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*<sup>5</sup>, haciendo la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*<sup>6</sup>, debe destacarse en este primer momento la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto. Requisito que desaparece con la influencia canónica religiosa a partir de la cual “por culpabilidad ha de entenderse no sólo el dolus y la culpa del Derecho romano, sino que, por ejemplo, el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata por simple caso fortuito cuando se disponía a realizar algo no permitido: *versari in re illicita im putatur omnia quae sequantur ex delicto*”<sup>7</sup> Por ello se puede decir que en el Derecho Romano la concepción de dolo, constituía una garantía para el autor de un hecho delictivo.

En cambio el derecho germánico se sustentó en la responsabilidad por el resultado<sup>8</sup> y es hasta 1821 cuando HEGEL sostiene “el Derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que se sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo.- El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”<sup>9</sup> Esa afirmación significó uno de los primeros pasos hacia la concepción del dolo como una clase de culpabilidad, sin embargo hasta esa época todavía no existía una sistemática propia del delito, al cual sólo se le atribuían dos

---

<sup>4</sup> Pues “durante la República y aun en las Doce Tablas, fue una exigencia del pretor por vía jurisprudencial” MOMMSEN. *Derecho Penal Romano*. Trad. Pedro Dorado M. La España Moderna. Madrid. Sin fecha Pág 94 y sig. Cita en FERREIRA, Francisco José. “El Derecho Penal...” pág. 12.

<sup>5</sup> *Dg.* 48,8 y 14. Cita en JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* pág. 263, nota 3.

<sup>6</sup> *Cfr.* JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “La intención... pág. 47. También. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal...* pág. 225.

<sup>7</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 25.

<sup>8</sup> *Cfr.* JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* esp 263

<sup>9</sup> HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* 1821, Parag. 117. Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* págs 235-236.

elementos: acto y voluntad<sup>10</sup>. Es en 1840 cuando LUDEN elabora por primera vez una división del delito por elementos, como: “1º) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2º) antijuridicidad de esa acción; 3º) cualidad dolosa o culposa de la acción”<sup>11</sup>.

Los planteamientos anteriores encontraban apoyo en la corriente filosófica del naturalismo positivista imperante en el S. XIX, el cual “quería someter a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios se pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho Penal entre elementos objetivos y subjetivos”<sup>12</sup>. Lo anterior queda claramente expresado por MEZGER: “Como ninguna otra rama del Derecho, ha sido precisamente el Derecho Penal tocado hasta lo más profundo por el pensamiento naturalista del siglo XIX. Con el despertar de las corrientes filosóficojurídicas surge el problema relativo a purificar, sobre una base crítica, aquello que ha de considerarse valioso en esta evolución incorporándolo como parte integrante, como patrimonio inalienable, a nuestra disciplina”<sup>13</sup>. Este sería el sustento metodológico del llamado sistema clásico del delito dominante a finales

<sup>10</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 19-20.

<sup>11</sup> LUDEN. *Strafrechtliche Abhandlungen*. 1840. T. II. S. 110, 130. Cita en ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Pág. 230.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 200. También Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. Págs. 31, 32.

<sup>13</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. págs. 11-12. Cabe aclarar que este pronunciamiento pertenece al prólogo de la primera edición de su tratado y su pensamiento se vería posteriormente trastocado, como él mismo señala en el prólogo a la segunda edición de su libro para dar lugar al sistema neoclásico.

del siglo XIX del cual se considera como sus máximos representantes a Ernst von BELING<sup>14</sup>, Franz von LISZT<sup>15</sup> y Gustav RADBRUCH<sup>16</sup>.

## 2. CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN

Congruente con la división entre elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, el concepto de acción debía construirse exclusivamente con datos objetivos. Así, por ejemplo LISZT concibió “la acción de un modo completamente naturalístico, como <<una modificación material, por insignificante que sea, del mundo exterior, perceptible por los sentidos>> y concebía por ejemplo, la injuria, como una producción de vibraciones de aire y excitaciones nerviosas”<sup>17</sup> del ofendido.

Para verificar la existencia de la conducta en el sentido arriba indicado se acudió al concepto-lógico causal de la *condicio sine qua non*, de acuerdo con el cual “la punibilidad del resultado presupone que éste se encuentre en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa. El acto de voluntad es causal respecto al resultado cuando, suprimido “in mente” desaparecería también el resultado en su forma concreta .... [e] integran el resultado la totalidad

<sup>14</sup> Cfr. BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho penal...* esp. págs. 72 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Esp. págs. 115-180

<sup>16</sup> En este sentido Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 31. También se podría incluir en sus inicios a Edmund MEZGER dentro de esta corriente, sin embargo, como he dicho antes, posteriormente se apartaría hasta convertirse en el máximo exponente del sistema neoclásico del delito.

de los efectos que produce en el mundo exterior el acto de voluntad, que es la base de la acción; dichos efectos comienzan con la excitación nerviosa del agente, se manifiestan en el mundo exterior por medio del movimiento corporal del que actúa y se continúan hasta el infinito. El autor de las últimas consecuencias de la cadena causal puesta en movimiento por el primer impulso es el autor»<sup>18</sup>.

De esta guisa, a efectos de la responsabilidad penal, se calificaba como conducta típica a toda conducta que pudiera ser considerada como causa de un resultado típico, sin importar la influencia que habían tenido mayor o menor influencia en el proceso causal de dicho resultado, pues todas las causas del resultado eran equiparables, de ahí que a dicha teoría también se le conozca como teoría de la equivalencia de las condiciones. En este sentido, von BURI, creador de dicha teoría, manifestó: “no es lícito distinguir entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado, pues todas las fuerzas que han cooperado en la producción del resultado son igualmente esenciales para el mismo, y ninguna de ellas, cualquiera que sea, puede dejarse de tomar en cuenta. Aquella persona que ha desplegado una (cualquiera) de dichas fuerzas para la consecución del resultado que se proponía lograr, debe de responder del mismo en su total extensión, siempre y cuando bajo el presupuesto de que las restantes fuerzas que ha cooperado concuerden con su voluntad”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> LISZY, Franz von. *Lerbuch...* 2a. ed. Pág. 107. Cita en WELZEL, Haas *El nuevo sistema...* pág. 32. En el mismo sentido: cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 16; CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 11-12.

<sup>18</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. págs. 218-219 y 176-177, en ese orden.

<sup>19</sup> Cita en MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. pág. 223.

Como veremos posteriormente, la inclusión de <<todos los efectos>> posteriores al inicial proceso causal desencadenante de uno o más resultados típicos, dio lugar a su posterior crítica<sup>20</sup>.

Antes de entrar directamente a la concepción del dolo en el sistema clásico, resulta indispensable tener presente que el causalismo tuvo en cuenta la <voluntad> que debe guiar a la conducta del sujeto activo, excluyendo con ello actividades de animales, personas jurídicas<sup>21</sup> y conductas humanas carentes de voluntad como los movimientos reflejos, fuerza irresistible (sea *vis absoluta* o *vis compulsiva*), sonambulismo, etc<sup>22</sup>. Es más, la <<voluntad>> o <<querer interno del agente>><sup>23</sup> era requisito indispensable de la acción típica, de ahí que para von LISZT el concepto de acción se sustentaba ante todo en la voluntad de acción <<la acción es voluntad objetivada>><sup>24</sup>. En palabras de RADBRUCH “la acción en sentido estricto, el actuar positivo, exige el querer del agente y el movimiento corporal con sus consecuencias, así como la relación de causalidad entre ambos”<sup>25</sup> y, nuevamente LISZT; “por <<querer>> debía entenderse también <<únicamente el impulso de la voluntad>>, que es definido <<fisiológicamente como enervación, psicológicamente como aquel proceso de conciencia >> <<por el que ponemos causas>><sup>26</sup>. Para BINDING “el elemento de la voluntad pertenece al

<sup>20</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. esp. págs. 230 y 241-242.

<sup>21</sup> Ello bajo el principio *Societas delinquere non potest*. En este sentido Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. esp. pág. 172. No obstante, este tema vuelve a ser objeto de discusión en la dogmática contemporánea.

<sup>22</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. esp. Págs. 212-215; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 16.

<sup>23</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. esp. Págs 175 y sigs

<sup>24</sup> “I. Der Begriff der Handlung setzt mithin zunächst eine Willensbetätigung voraus (Handlung ist objektivierter Wille)” cita en: LISZT, Franz v. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Pág. 116. Traducción propia.

<sup>25</sup> En este sentido: RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlín. 1904, esp. págs. 131, 140 y sigs. Cita en MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. pág. 187. También, Cfr. CÓRDOBA RÓDA, Juan. “Una nueva concepción... p. 12. En el mismo sentido: BAUMANN/WEBER. *AT, LK*, Parag. 16 II 1, 26 III 2b) und HEIMANN-TROSIEN. *Introd...* nm 31. Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* p. 237. También Cfr. CEREZO MIR, José. “Lo injusto... esp. pág. 55;

<sup>26</sup> LISZT, Franz v. *Lehrbuch des...* Cap. 28. Cita en WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 32.

tipo objetivo, sin que pueda ser separado de él...si no cabe constatar con seguridad un suceso como realización de la voluntad humana, será inadmisibile la suposición de que se ha llevado a cabo un tipo objetivo<sup>27</sup>

Sin embargo, el análisis de lo que el autor ha querido o <<contenido de esa voluntad>> “hacia dónde se dirige esa voluntad de causar”, en una palabra, su <<finalidad>> se analiza a nivel de culpabilidad<sup>28</sup>

### 3. CONCEPCIÓN PURAMENTE OBJETIVA DEL TIPO

En 1884 Franz von LISZT analizó de manera sistemática al delito a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de “caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad<sup>29</sup>”. Surge así el denominado <<sistema clásico del delito>> el cual, gracias a BELING, se terminaría de conformar con la introducción del concepto de tipo, el cual se caracterizó por dos notas: “es objetivo y libre de valor (no valorativo)... El tipo es un objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad<sup>30</sup> y se reservó a la culpabilidad el análisis de todos los pro-

<sup>27</sup> BINDING, Karl. “Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung” en *Gerichtssaal*. Págs. 10-11. Cita en CÓRDOBA RODA, Jaun. *Una nueva concepción...* pág. 25.

<sup>28</sup> Cfr. WELZEL, Hans *El nuevo sistema...* esp págs. 31-32; MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. esp. pág. 151. DÍAZ PYTA, Ma. del Mar. *El dolo eventual...* esp. pág. 151.

<sup>29</sup> Cfr. LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Esp. Págs. 150 y sigs.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 279 En este sentido, también, cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 12-14. Aunque, como señala WELZEL, se debe tener presente que estas afirmaciones

subjetivos e intraanímicos, es decir, el dolo y la culpa<sup>31</sup>. De lo cual, según BELING se deriva que “para poder afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad”<sup>32</sup>

Atento a lo anterior, dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo del delito culposo son iguales, pues a ese nivel sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado. Es hasta la culpabilidad, entonces, donde se analizaba si se trataba, utilizando la terminología de la época, de un delito intencional o de uno imprudente<sup>33</sup>.

#### 4. CULPABILIDAD DOLOSA

La influencia de la corriente naturalista conllevó al desarrollo del <<concepto psicológico de culpabilidad>> de acuerdo con el cual el dolo constituye una <<forma de culpabilidad>> y

---

realizó BELING en un momento en el cual no estaban suficientemente desarrolladas los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, a los cuales precisamente se agregaba el nuevo elemento por él descubierto del tipo y con el fin de diferenciarlo de la antijuridicidad postuló el carácter avalorado del tipo. Sin embargo, desde el momento en que esa conducta objetiva pasa a ser valorada por el Derecho Penal ello ya supone una valoración de la conducta, aunque sólo como <<indicio>> de su antijuridicidad. Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 49-50.

<sup>31</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 11-12; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. pág. 22; ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. pág. 198.

<sup>32</sup> BELING, Ernst. *Grundzüge des Strafrechts*. Tübingen. 1912. Págs. 22-23. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 12.

<sup>33</sup> En este sentido cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema...” esp. pág. 163.

no sólo un elemento de la misma. De esta guisa las formas de culpabilidad eran dos, a saber, culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa<sup>34</sup>.

Para determinar la culpabilidad del sujeto se establecía cuál había sido la relación de causalidad *psíquica*, también llamado nexos psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del tipo de delito, es decir, el resultado<sup>35</sup>, en ese sentido se pronunció von LISZT al afirmar: “la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológico”<sup>36</sup>. De esta guisa, si había identidad entre el autor querido por el autor y el resultado provocado, es decir si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba “la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor”<sup>37</sup>. En cambio, la culpa se la consideraba como una conexión psíquica imperfecta con el hecho.

La concepción antes descrita, sustentada en razones no sólo filosóficas sino también políticas, llevó a llevar al sistema clásico a la denominación de *dolus malus* cuyos elementos, en resumen, eran: a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la consciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho)<sup>38</sup>. De ahí que para BELING “el *dolus* signifi- reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obra-

<sup>34</sup> En este sentido: von BURI *Über Causalität und deren Verantwortung* 1873; von LISZT *Athenbach*, 1974. Págs. 333 y sigs.; LÖFFLER. *Schuldformen*. 1895. Págs. 67-69; KOHLRAUSCH, 1903; RADBRUCH. *ZSAW* 24 (1904), págs. 333 y sigs. Da cuenta de ello también: ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “El dolo... esp. Pág. 32-33”

<sup>35</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Besondere S. 59-60 En este sentido, a partir del análisis de autores italianos. Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano (parte general)*. México D.F. Ed. 1937. esp. pp. 179 y ss. Sobre más autores alemanes, Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (parte general)*. 3ª ed. Pág. 578; CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 27-28.

<sup>36</sup> “Die subjektive Beziehung zwischen Tat und Täter kann nur eine psychologische “ traducción propia de LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Pág. 152.

<sup>37</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal (p.g)*. 3ª ed. Pág. 579. También. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema...” esp. pág. 164.

<sup>38</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal (p. g.)* pág. 238. En Italia se pronunciaron en este sentido. PECORARA ALBANI *Il dolo*. Pág 70 y sigs. PETTOBLO-MANTOVANI. *Il concetto ontologico del reato*. Pág. 95; BRICCI

antijurídicamente”<sup>39</sup> en consecuencia “no sólo no existe el dolo que interesa cuando el autor, con respecto a la ilicitud en general no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo hay tampoco cuando, dándose tal dolo <<genérico>>, no tenga el autor la *dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente* (p, ej, cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo)”<sup>40</sup>.

En resumen, afirma CÓRDOBA RODA atendiendo a los criterios de BELING, en el sistema clásico “la acción típica constituye el objeto atribuible al sujeto en el juicio de culpabilidad”<sup>41</sup>.

En México, CÁRDENAS adoptó los presupuestos del sistema clásico al sostener “la culpabilidad en las lesiones se nos presenta en nuestro Código bajo dos especies: el dolo y la culpa”<sup>42</sup>. También se puede incluir en esta corriente a De PINA: “la culpabilidad –escribe Cuello Calón- reviste dos formas: el dolo (intención), y la culpa (negligencia)” pues aunque no se trata de una afirmación propia, la deja sentada como el fundamento a partir del cual realiza su posterior análisis<sup>43</sup>.

## B. CRÍTICAS AL SISTEMA CLÁSICO

---

*Dolus in re ipsa*. Pág. 134. NUVOLONE. *Sistema*. Pág. 273. Cita en ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal (parte general)*. Págs. 247-248.

<sup>39</sup>BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*. trad. Sebastián Soler. Buenos Aires, Argentina. 1944. p.72.

<sup>40</sup>BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*. trad. Sebastián Soler. Buenos Aires, Argentina 1944.p. 73 Para un análisis sobre el entorno dogmático y filosófico que rodeo a BELING al desarrollar su teoría y la evolución de su pensamiento en sus obras *Lehre von Verbrechen* y *Die Lehre vom Tatbestand*. Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. “Una nueva concepción ... esp. págs. 11-18.

<sup>41</sup> CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 14.

<sup>42</sup> CÁRDENAS, Raúl F. *Derecho Penal Mexicano (p.e....* T. I. pág. 43.

<sup>43</sup> Cfr. De PINA, Rafael. *Código Penal...* pág. 15.

De las críticas realizadas al sistema clásico nos interesan las referentes al concepto causal acción causal, la fundamentación de la culpabilidad y a la forma de ampliación del tipo tentativa. De ello me ocupo a continuación.

## 1. CRÍTICA AL CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN

La concatenación de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante, conllevaba a la atribución desmedida de resultados típicos a dicha conducta dando lugar a un exceso del Derecho penal. Por ejemplo, si Adolfo quiere lesionar a Sergio y a efecto le lanza un ladrillo a la cabeza causándole una herida, ante lo cual se llama a socorristas de la Cruz Roja, quienes a su llegada consideran conveniente el traslado del herido hasta el hospital, resultando que durante el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control y choca frontalmente contra un poste de luz, cayendo los cables de alta tensión sobre la ambulancia provocando la muerte de Sergio, los Paramédicos y el Chofer de la ambulancia. La pregunta aquí es si Adolfo debe responder de la muerte de todos ellos, pues el hecho que desencadenó el proceso causal que dio origen a todos los posteriores resultados, toda vez que de no haber lesionado a Sergio, no habría sido necesario llamar a los socorristas y, por tanto éstos no habrían acudido a ese lugar, con lo cual tampoco habría existido choque alguno ni la muerte de los cuatro ocupantes de la ambulancia. Por ende, de acuerdo con la teoría de

*conditio sine qua non* la conducta de Adolfo es la causa de la muerte de Sergio, los paramédicos y del chofer<sup>44</sup>.

Los anteriores excesos del radio de imputación de resultados a conductas causales se proyectaban también en la participación. Por ejemplo, si Adolfo en lugar de lanzarle un ladrillo a Sergio, planea dispararle por la mañana mientras éste realiza deporte en el Club y al efecto compra la pistola a Genaro y solicita los servicios de un taxista para llegar hasta el Club donde se encuentra Sergio, al cual priva de la vida según su plan. Aunque lo anterior no ofrece problema alguno desde el punto de vista causal para imputarle a Adolfo la muerte de Sergio, las dificultades aparecerían al realizar el examen de los procesos causales anteriores a ese momento, pues podríamos considerar que la conducta del taxista también fue una causa del resultado: muerte de Sergio, toda vez que si no hubiese llevado a Adolfo hasta el Club, éste no podría haber estado allí para matar a Sergio. Y lo mismo valdría para Genaro, quien le vendió el arma a Adolfo con la cual privo de la vida a su víctima. Y así podríamos llevar el análisis de los procesos causales en forma regresiva hasta concluir con la progenitora de Adolfo, cuya conducta de parir un hijo quien después cometió un homicidio podría ser considerada también como una causa del resultado muerte.

En conclusión, el análisis puramente causal del supuesto anterior nos llevaría a afirmar que son causa de la muerte de Sergio las conductas: de tener un hijo, vender una pistola y transportar a una persona. En consecuencia, tanto a Adolfo como a su madre, como a Genaro y el taxista les

---

<sup>44</sup> Sobre el análisis de los problemas en procesos causales irregulares en los delitos culposos y, en general, de la problemática causal, *cf.*: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados...* esp. pág. 17 y sigs.

sería imputable la muerte de Sergio y por ésta deberían responder<sup>45</sup>. Evidentemente conclusión como la anterior constituiría un abuso del Derecho Penal!

Los problemas de la adopción de la teoría de la equivalencia de las condiciones no termina ahí. Pues, así como el concepto causal de acción podía llevar a excesos de sanción, en el opuesto, también podía llevar a considerar atípicas conductas como la siguiente: “En disputa entre A y B, A coge un cuchillo y le da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en un peligro grave, es salvado”<sup>46</sup>. Atendiendo solamente al proceso causal, el resultado de la acción de A es que B salvado la vida a B, dado que las lesiones a éste producidas fueron una de las condiciones del proceso causal del resultado: restablecimiento de la salud de B.

Significa lo anterior que se debe prescindir del concepto causal de acción? La respuesta es negativa. Así como el concepto causal de acción no es suficiente para sustentar el análisis de una conducta típica, también lo es que no se puede prescindir de él, esto lo señaló MAYER en los siguientes términos: “la causalidad no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan *algo más* que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado, aunque ciertamente *no sólo* eso, ¿será lícito

<sup>45</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pág. 33. Del mismo Autor. *Derecho Penal (parte general)*. Esp. pág. 54. Aunque, recientemente, GIMBERNAT ORDEIG ha puesto de manifiesto la incorrecta interpretación de la doctrina causal de acción, al manifestar que de acuerdo con esa teoría se analiza el resultado y los procesos causales hasta llegar a la conducta que inició el proceso causal de muerte, sin seguir con ese mayor análisis retroceso, eso es lo que hace, por ejemplo, el médico legista quien al analizar el cadáver lo que hace es determinar precisamente los procesos causales hasta llegar a la acción que los originó (el disparo del arma de fuego). <<no>> sigue hacia atrás con el análisis para determinar quien llevo hasta el lugar al homicida y seguir así llegar a determinar quien es la madre del asesino.

<sup>46</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 39.

siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende —como indudablemente es cierto— que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, sí es condición necesaria”<sup>47</sup>

#### a) LA AUSENCIA DE LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN

De igual forma, con el concepto natural de acción, sustentado en la fórmula de la teoría causalista, no se podían explicar los delitos de omisión, en los cuales precisamente no existe nexo causal entre acción y resultado<sup>48</sup>, problemática planteada desde RADBRUCH en 1904 y que trato de ser superada por MAIHOFER a través de la creación de un <<concepto superior de acción>> el cual abarcara tanto la acción como la omisión<sup>49</sup>. Sin embargo, con todo y el esfuerzo realizado, el único nexo posible entre una omisión y un resultado es uno normativo: nexo de evitación, el cual es distinto al nexo causal. Mientras que en la acción desencadenante de un resultado existe un nexo causal, en la omisión, por el contrario, no existe dicho nexo debido a que la conducta de omitir no es la causa objetiva del resultado típico.

En consecuencia, atendiendo a una concepción puramente causal, no se le podría imputar la muerte del hijo, al padre que lee el periódico y ve que su hijo se ha caído en la piscina y se está ahogando, sin embargo prosigue con su lectura y piensa <<ojalá se muera ya me tiene

---

<sup>47</sup> MAYER, Hellmuth. *Das Strafrecht des deutschen Volkes* 1936. Págs. 163. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 141.

<sup>48</sup> En este sentido, Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. En prólogo al libro de José Arturo MUÑOZ Rodríguez. *La doctrina de la acción finalista*. Pág. X.

harto!>> y efectivamente el niño muere. Por supuesto, él no ha desencadenado ningún proceso causal de muerte con la lectura de su periódico, lo que no ha hecho es lo relevante pero ese <hacer debido> está impuesto por un deber de garante cuyo fundamento puramente normativo y no causal-objetivo.

En conclusión, en los delitos de omisión dolosos un juicio puramente objetivo-causal no permite imputar el resultado típico al garante omitente, lo cual sólo es posible acudiendo a criterios normativos. Dicha crítica subsistió aún después de la formulación del sistema neoclásico del delito.

#### b) ¿CAUSALIDAD CIEGA EN LA TENTATIVA?

De acuerdo con WELZEL “en la definición de la tentativa fracasa ya la doctrina de la acción causal. Pues la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo ¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar a un hombre

<sup>49</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 24-28.

<sup>50</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 33. También del mismo Autor. *Derecho Penal Alemán*. Esp. págs. 74. En el mismo sentido cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 34-35. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “El dolo.... esp. Pág. 34-35.

En efecto, si analizamos el hecho del marido quien después de una más de las frecuentes discusiones en casa con su mujer, teniéndola de frente, le dispara haciendo blanco en la pared a treinta centímetros a la izquierda de la cabeza de su cónyuge. Desde el punto de vista puramente causal-objetivo tenemos el disparo de un arma de fuego que ha hecho impacto en un muro, no tenemos muerte, ni lesión alguna, luego, entonces, ¿en qué tipo penal subsumimos esa conducta? En uno de homicidio en razón de parentesco en grado de tentativa (arts. 323 y 12 C.p.m.), en uno de lesiones en grado de tentativa (arts. 288 y 12 C.p.m.) o simplemente es atípica la conducta<sup>51</sup>.

Es necesario atender al fin que tenía el autor para determinar si al disparar contra su mujer lo hizo con el fin de matarla y acallarla de una vez y para siempre, o bien quería lesionarla y mandarla una larga temporada al hospital o si simplemente quería darle un buen susto para evitar futuras discusiones. Sólo el análisis del fin del autor nos permite en el primer supuesto de hecho subsumirlo en una tentativa de homicidio en razón de parentesco y en el segundo en uno de tentativa de lesiones, mientras que el tercer supuesto, si se pueden comprobar las habilidades especiales del marido en el disparo de arma de fuego, sería atípico<sup>52</sup>.

Queda de manifiesto que para presentar todas las soluciones anteriores fue necesario establecer la finalidad que guió la conducta del marido, ya que si sólo atendiéramos a criterios puramente objetivos dicha conducta sería atípica, pues la conducta del sujeto activo no ha causado lesión

---

<sup>51</sup> En este sentido se debe recordar que el delito de disparo de arma de fuego quedó derogado del C.p.m. hace tiempo.

<sup>52</sup> Claro que para ello tendríamos que constatar si el sujeto tiene el permiso correspondiente para portar esa arma, en caso contrario estaríamos ante un delito de portación de arma prohibida (art. 160 C.p.m.)

alguna. Estos resultados insatisfactorios de la teoría causalista de acción en la tentativa deja de manifiesto la necesidad de replantear su contenido.

## 2. CRÍTICA AL CONCEPTO SICOLÓGICO DE LA CULPABILIDAD

El sistema clásico también enfrentó problemas de fundamentación teórica al no poder justificar por qué se debe sancionar la culpa inconsciente. Por otra parte, también la concepción de culpabilidad dolosa, considerada como la forma perfecta de culpabilidad, desvanecía en supuestos en los que concurren causas de exculpación. La crisis del sistema se agudizó todavía más con los descubrimientos doctrinales de la época, veamos cómo se fue gestando lo antes dicho.

### a) PROBLEMAS EN LA CULPA

Recordemos que el sistema clásico del delito sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y su hecho, de tal suerte que en tratándose de la culpa ese nexo consistía en la <<previsibilidad>> del posible resultado por parte del sujeto activo, quien sigue adelante con su conducta confiando en que no se producirá dicho resultado, mas éste sí se verifica. La previsibilidad anterior al hecho servía de sustento al sistema clásico para sostener la existencia

de un nexo psicológico <<defectuoso>> entre el sujeto activo y el resultado, pues el resultado obtenido no había sido el querido por el sujeto activo y por ello se debía sancionar con una pena menor. En síntesis esta es la llamada culpabilidad culposa.

#### i) CULPA CONSCIENTE

Si lo que justificaba la sanción de la culpa era en el aspecto objetivo la causación de un resultado típico (disvalor del resultado) y en el aspecto subjetivo el nexo psicológico defectuoso entre lo que se había representado el autor y el resultado no querido (culpabilidad culposa) entonces podía sustentarse la culpa de quien viola cualquier deber de cuidado por el hecho de haberse representado y desechado la posible verificación de un resultado típico el cual efectivamente acaece.

Así por ejemplo, el vacacionista quien conduce su auto por la carretera federal en dirección hacia Acapulco, observando todos los deberes de cuidados propios de la conducción de un vehículo de motor, pero en un momento determinado acelera un poco más y sobrepasa en 10 km/h el límite de velocidad fijado en 80 km/h recordando que el día anterior leyó en el periódico que en esa zona se habían verificado bastantes accidentes y se representa las lesiones que sufrirían él y sus acompañantes si llegará a chocar, sin embargo confía en que no se producirá el resultado y prosigue con su velocidad de 90 km/h, resultando que en la curva siguiente choca de frente con otro auto que había invadido indebidamente su carril,

verificándose efectivamente el resultado de lesiones del vacacionista y sus acompañantes.  
¿Podríamos decir que dicho vacacionista es culpable de un delito de lesiones culposas?

Atendiendo a los postulados anteriores del sistema clásico <<sí >> podríamos sostener la culpabilidad culposa, debido a que su acción ha sido una de las causas del resultado típico lesiones (aspecto objetivo: desvalor del resultado) y existía un nexo psicológico defectuoso (representación desechada de los resultados típicos verificados).

Sin embargo, en el supuesto anterior se excluía la culpabilidad por la <<infracción del cuidado debido>>, pero al recurrir a ese criterio, que es de naturaleza normativa, el sistema clásico apartaba de la fundamentación psicológica en la cual había descansado la culpabilidad. Además, debemos resaltar que era hasta la culpabilidad en donde quedaba excluida la responsabilidad del autor, lo cual significa que su conducta sí era típica y antijurídica<sup>53</sup>.

Algo faltaba para solucionar supuestos como el anterior sin tener que llegar hasta la culpabilidad, ese algo es el <<desvalor de la acción>> concepto que WELZEL consiguió incluir gracias al concepto de conducta social<sup>54</sup> y con ayuda de nuevos criterios dogmáticos como el del <<riesgo permitido>> elaborado por ENGISCH en 1930<sup>55</sup>. Recientemente, a través de la teoría de la imputación objetiva, supuestos como este quedan excluidos desde el análisis del tipo objetivo atendiendo a que no se puede imputar a la conducta de violar el límite de velocidad, en 10 km/h por encima del permitido, los resultados de lesiones de

<sup>53</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 34-36.

<sup>54</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 34-35. Para un mayor desarrollo *Vid. Infra*.

<sup>55</sup> De este Autor. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Esp. págs. 277 y sigs.

acompañantes, pues la norma que prohíbe aumentar el límite de la velocidad no tiene como fin evitar el choque con otro auto que viene en sentido contrario<sup>56</sup>.

## ii) CULPA INCONSCIENTE

Fue en la culpa inconsciente donde fracasó rotundamente el concepto psicológico de culpabilidad al no encontrar cuál era en ésta el nexo psicológico entre el autor y el resultado. En efecto, la culpa inconsciente se caracteriza por la <<falta de previsibilidad de un posible resultado típico>> luego, entonces, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad. Ehl Ahí uno de los principales fracasos del sistema clásico<sup>57</sup>.

Volviendo a nuestro supuesto de hecho del vacacionista, si el otro conductor, quien venía de frente invadiendo el carril prohibido, no se hubiese representado la posibilidad de un choque y mucho menos la provocación de lesiones, entonces no se podía establecer el nexo psicológico defectuoso imprescindible en los delitos culposos y su ausencia dejaba sin fundamentación a la culpabilidad misma y, como consecuencia de ello, no había forma de establecer la responsabilidad penal de dicho conductor.

---

<sup>56</sup> Sobre el desarrollo de los criterios de la teoría de la imputación objetiva, *cf.* Cap. I. V.

<sup>57</sup> En este sentido. *Cfr.* zu DOHNA, Graf. *Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4<sup>o</sup> ed. 1959. Págs. Esp. 39-42; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (p.g)* 3<sup>a</sup> ed. Esp. págs. 578-580. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs. 198-199; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pág. 82; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "El sistema..." esp. pág. 167.

De esta suerte, conforme a los postulados del sistema clásico, podríamos llegar a resultados inconcebibles: la culpabilidad culposa del vacacionista por el delito de lesiones, por haber previsto un resultado y haber infringido, aunque en muy poco, un deber de cuidado y, en otro extremo, excluir la culpabilidad de quien conducía en sentido contrario por el simple hecho de no haberse representado los posibles resultados de su conducta altamente riesgosa.

Y por extremo que parezca, esas soluciones son defendibles aplicando los presupuestos del sistema clásico! Lo cual nos llevaría a, por decirlo de esa forma, premiar al conductor que al menos siquiera tuvo el más mínimo cuidado y conciencia de lo peligroso de su actuar.

### iii) CAUSAS DE EXCULPACIÓN

El sistema clásico tampoco pudo explicar sistemáticamente porqué debía quedar excluida la culpabilidad frente a ciertas causas de exculpación. Me refiero tanto a los supuestos de estado de *necesidad exculpante* como a los de miedo insuperable.

En el estado de necesidad exculpante, existe un nexo psicológico entre el autor y su hecho delictivo; más, ese nexo es perfecto, pues el autor consigue el resultado deseado, con lo cual estaría exculpa ante una culpabilidad dolosa y, sin embargo, dicha culpabilidad perfecta debía quedar impune.

---

<sup>58</sup> En el mismo sentido *cfr.* ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo... esp. Pág. 35-36.

Así, por ejemplo, supuestos como el de la tabla de Carneades, en el cual dos naufragos luchan por asirse de una tabla para salvar su vida, siendo que ésta sólo soporta el peso de uno de ellos, ante lo cual uno mata al otro ¿cómo explicar que esa culpabilidad dolosa perfecta, pues el naufrago quiso y efectivamente mató al otro, deba quedar excluida por la existencia de un estado de necesidad exculpante?<sup>59</sup>

Aunado a lo anterior, en supuestos como al antes citado, el análisis de la culpabilidad del sujeto no sólo se sustenta en datos subjetivos, sino también en todos aquellos datos y circunstancias objetivas que rodearon al hecho, como son la verificación de la inexistencia de otro medio de salvamento, por ejemplo, otra tabla o un salvavidas o, incluso, si efectivamente la tabla no soportaba el peso de los dos naufragos.

Pero, recordemos que, de acuerdo con el sistema clásico, a nivel de culpabilidad sólo se analizaban cuestiones subjetivas ¿cómo explicar entonces que siempre sí se debían valorar las circunstancias objetivas que rodean a una causa de exculpación?<sup>60</sup>

Dichos interrogantes no pudieron ser dilucidados con la concepción psicológica de la culpabilidad, de ahí la necesidad de una fundamentación distinta capaz de superar dichos escollos<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> En este sentido. Cfr. MIR ÚIG, Santiago. *Derecho Penal...* 3<sup>a</sup> ed. Esp. pág. 580.

<sup>60</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* págs. 198-199.

<sup>61</sup> Claro es que este problema no se presentaría si, como ha demostrado convincentemente GIMBERNAT ORDEIG, los supuestos del estado de necesidad exculpante quedan englobados en el estado de necesidad justificante. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “ “ en *Estudios Penales*. Aún así quedarían sin explicación los supuestos de miedo grave o insuperable.

### III. EL DOLO EN EL SISTEMA NEOCLÁSICO DEL DELITO

#### A. EXPOSICIÓN DOGMÁTICA

Los cambios conceptuales en la transición del sistema clásico al sistema neoclásico fueron realizados no sólo para superar las críticas realizadas al primero, sino también por la influencia filosófica de la época.

#### 1. ANTECEDENTES

El contexto cultural del naturalismo positivista, que sustentó al sistema clásico, fue superado por la filosofía neokantiana, de acuerdo con la cual el centro de análisis debía recaer en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos. De ahí que MEZGER, considerado su máximo representante<sup>62</sup>, haya manifestado en el prólogo a la segunda edición de su tratado: “para mí metodológicamente, cada vez gana más terreno el carácter dual *empírico-valorativo* de todos los conceptos jurídicos...La acción, la culpabilidad, la personalidad, etc. tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico y de las leyes natura

pero como acción querida, culpabilidad punible, personalidad motivada, etc. caen en realidades empíricas bajo la <<selección>> del mundo de los valores... [y termina diciendo] Así habrá de resolverse la especial <<secular>> misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa...[por ello]...he intentado continuar esta tarea de establecer posteriores líneas de enlace entre las direcciones empírico-psicológicas de los últimos tiempos y el mundo de los valores jurídico-penales”<sup>63</sup>.

## 2. CONCEPCIÓN OBJETIVO-VALORATIVA DE ACCIÓN

A partir de la inclusión de conceptos valorativos, MEZGER conceptualizó a la acción como imputación, al señalar: “sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable...la imputación es el juicio por el que se expresa que el acto es una acción”<sup>64</sup> Ese bien podría haber constituido el origen de la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, más adelante, MEZGER se retracta de sostener ese concepto-valor por considerarlo insostenible debido a que “los intereses del Derecho Penal pueden exigir, y de hecho exigen, que no se recargue de antemano dicho concepto-valor con propiedades que harían imposible conectar en él un estudio y análisis específico de las diferentes características (elementos) del delito. Con otras palabras: el mismo Derecho Penal exige, en virtud de su referencia a la realidad misma,

---

<sup>62</sup> En este sentido. Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs. 199 y 201.

<sup>63</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. págs. 14-15, 19 y 20.

<sup>64</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. pág. 188.

que el concepto de la acción sea estructurado y construido como un concepto <<natural. Sólo así se puede servir como punto de arranque del sistema”<sup>65</sup>.

A este respecto, si bien es cierto que el sistema neoclásico mantuvo a la teoría causal de acción como eje de análisis de la conducta típica, también lo es que incluyó un matiz valorativo<sup>66</sup> cual se puede observar claramente en la denominada teoría de la relevancia, en palabras de MEZGER: “Con arreglo a la teoría correcta también es causa en Derecho Penal, por tanto causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una **conexión causal adecuada** fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente”<sup>67</sup>.

En este contexto, de teorías causales de acción modificadas, se expuso la teoría de la adecuación. Creada por von BAR y posteriormente desarrollada por J. v. KRIES establece “entre las condiciones que cooperan a la producción de un resultado destacan algunas que generalmente <<apropiadas>> (adecuadas) para la producción de un resultado de la índole que en cuestión se trata, y de las que puede decirse que, según nuestra experiencia, deducida de la observación de los hechos de la vida, tienden de modo general a producir resultado de dicha índole. <<En tal caso se puede denominar *adecuado* a la causación, e igualmente es lícito hablar, en contraste a esto, de una causación no adecuada o fortuita cuando, faltando la conexión general (tendencia general en la condición), sólo respecto a un caso aislado

<sup>65</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T I. págs. 189-190.

<sup>66</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* esp. págs. 580-582.

concreto es posible decir que dicho resultado no hubiera aparecido si no hubiera tenido lugar una cierta acción antijurídica<sup>68</sup>. En resumen, de acuerdo con esta teoría sólo se consideraría como acción a efectos penales aquella que generalmente es apropiada para producir el resultado típico, con lo cual quedaba inserto un elemento valorativo a través del cual se pudiera establecer cuándo una causa es adecuada para provocar un resultado y se dejaba atrás el criterio puramente objetivo-causal<sup>69</sup>.

Al igual que en el sistema clásico, la acción debía ser voluntaria y se continuaba reservando a la culpabilidad el fin perseguido por el autor, esta división de análisis sistemático lo delimitó MEZGER como sigue: “La teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad descansan ambas en el querer del autor. Pero mientras que a la acción pertenece todo lo que es efecto del querer, a la culpabilidad sólo corresponde lo que, siendo efecto del querer, es, al mismo tiempo, contenido (contenido de representación) del querer. Hoy aparece firme de modo incontestable que sólo lo representado puede ser contenido del querer y que lo no representado tampoco puede ser querido<sup>70</sup>”.

### 3. TIPO

---

<sup>67</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. pág. 237.

<sup>68</sup> Von KRIES. “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte” en *ZStW*. IX. 1889. Seiten 528-533. Cita en MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. págs. 231-232. También. *Cfr.* WELZEL, Hans. *Derecho Penal (parte general)*. Esp. págs. 54-55.

<sup>69</sup> Para un análisis completo de las teorías de KRIES y, en general el problema de la causalidad, *cf.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados...* esp. pág. 19 y sigs.

<sup>70</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 91. Sobre esta concepción y la crítica de MEZGER a WELZEL en torno a la división entre voluntad y finalidad y más, *cf.* RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* págs. 103 y sigs.

La concepción del tipo pasó de ser uno puramente objetivo hacia uno positivo-valorativo, en el cual el tipo describía una conducta a la cual correspondía una pena no sólo por ser una lesión causal de un interés sino porque esa acción por su general tendencia procura más daño que beneficio al Estado y sus miembros<sup>71</sup>.

Al igual que su antecesor, el sistema neoclásico siguió manteniendo la fundamentación del tipo objetivo en las teorías causales, aunque rectificadas, y el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado por los elementos descriptivos (causales) y elementos normativos. Empero, el cambio fundamental radicó en el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos del dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo. Desde este momento y hasta nuestros días el tipo penal se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo. Sobre la gestación de lo antes dicho me ocuparé en la continuación.

#### a) TIPO OBJETIVO

El sistema neoclásico siguió recurriendo a las teorías causales para la determinación de los elementos descriptivos del tipo, aunque con los correctivos expuestos anteriormente en el análisis del acción. Por ello ahora podemos centrar nuestra atención en los descubrimientos

---

<sup>71</sup> En este sentido Cfr. SAUER, Wilhelm. *Grundlage des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts und Sozialphilosophie*. Heidelberg 1915. Pág. 186. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 22.

dogmáticos de la época que demostraron que el tipo objetivo no sólo se conforma de elementos descriptivos sino también de normativos.

### i) DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS

Fue Max Ernst MAYER quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo. Así, por ejemplo, el elemento <<ajeneidad>> del tipo de robo es imperceptible a través de los sentidos, se requiere de una valoración jurídica de su *ratio essendi* la cual, posteriormente, será analizada en <<todo su contexto>> para fundamentar su antijuridicidad o *ratio cognoscendi*. Aunque, de acuerdo con MAYER, los elementos normativos tienen una doble posición al encontrarse tanto en el tipo como en la antijuridicidad<sup>72</sup>, este es otro de los pasos importantes para dejar atrás la concepción del tipo avalorado formulada por BELING<sup>73</sup>. De estos elementos me volveré a ocupar más tarde<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 281.

<sup>73</sup> Sin embargo, esto no quiere decir que BELING no haya contemplado los conocimientos del sujeto activo sobre dichos elementos normativos, sí que los contemplo, pero los analizó dentro de la forma de culpabilidad dolosa, ello al decir que el dolo “no requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus <<elementos>>”. Esto sería muy raro, puesto que los <<delito-tipos>> y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado. Es necesario solamente el conocimiento de las <<circunstancias del hecho>> que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. <<Circunstancias del hecho>> significa estado de cosas puramente objetivas; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo)”. BELING, Ernst von. *Esquema del Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*. trad. de Sebastian Soler a la 11a edición de 1930 del libro *Grundzüge des Strafrechts (Die Lehre von Tatbestand)*. Buenos

## b) SURGIMIENTO DEL TIPO SUBJETIVO

Como había adelantado, la antigua concepción puramente objetiva del tipo se vio cuestionada con el descubrimiento de la existencia de ciertos elementos del tipo que son de naturaleza subjetiva y que obligaban a la inclusión de un tipo subjetivo

Recordemos que el sistema clásico dividía, después de BELING, a las categorías del delito en tipo, antijuricidad y culpabilidad. Asignaba a los dos primeros el calificativo de injusto, al tercero de culpable. Correspondían todos los elementos objetivos y, por tanto, se sostenía la existencia de un injusto material. Mientras tanto, a la culpabilidad correspondían todos los elementos anímicos del autor.

El sistema neoclásico retomó la base de un injusto material, mas el descubrimiento de ciertos elementos subjetivos en el injusto comenzó a plantear problemas sobre la esencia puramente objetiva del injusto. Dichos elementos se plantearon primero como elementos subjetivos que excluyen la antijuricidad del hecho, pero posteriormente se determinó que esos elementos subjetivos excluyen propiamente la tipicidad de la conducta y no es necesario llegar a

---

Aires, Argentina. Ed. Depalma. 1944 p. 77. En el mismo sentido, *cf.* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría del delito* p. 61.

<sup>74</sup> *Vid. Injra.* Cap. Sdo. II A. 1 a)

análisis de su antijuridicidad. Hecha esta precisión en adelante me referiré a la existencia de elementos subjetivos del tipo.<sup>75</sup>

## i) DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Se debió a las aportaciones de FISCHER<sup>76</sup> y HEGLER<sup>77</sup> el descubrimiento de que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para determinar cuál es el tipo en el cuál se puede subsumir la conducta o incluso si ésta es atípica.

Lo anterior sucede en tipos con elementos anímicos-subjetivos específicos, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el robo o el ánimo de lucro en el fraude, los cuales no pueden explicarse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos sino sólo recurriendo a juicios

---

<sup>75</sup> No obstante JESCHECK sostiene que la denominación de elementos subjetivos del injusto y elementos subjetivos del tipo son equívocas, *cf.* Del Autor citado. *Tratado...* esp. pág. 285.

<sup>76</sup> "Aún cuando no corresponda al Derecho llevar a cabo una función de policía sobre los pensamientos, es evidente que en múltiples manifestaciones del Derecho positivo, la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos". FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrecht.* Munich. 1911, págs. 138 y sigs. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 21. Por la tanto, señala FISCHER "primero en el Derecho Civil, y particularmente respecto a determinadas causas de justificación, demostró que a veces no se prohíbe un suceso objetivo como tal << sino que se le prohíbe o permite según la actitud interna con que el autor cometa el hecho >>" Mismo Autor, misma Obra, pág. 288. Cita en JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* pág. 285.

<sup>77</sup> "Los tipos tienen por objeto describir lo dañoso socialmente, la lesión de los intereses del Estado, o, lo que es lo mismo, el injusto jurídico-penal. Es esta consideración material del injusto penal como lo socialmente lesivo, y no el parágrafo 59 del Código penal alemán, el criterio que sirve para definir el ámbito del tipo. En todos aquellos casos en los que el carácter socialmente dañoso de una conducta depende de elementos subjetivos, deberán incluirse pues estos elementos en el tipo" HEGLER, August. "Die Merkmale des Verbrechens" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* T 36. 1915. págs. 35-36. Cita en ; CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 21. También, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 198. En el mismo sentido. *Cf.* WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán.* Esp. pág. 93; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. pág. 149-152.

estrictamente subjetivos<sup>78</sup>. De esta suerte, si Javier a la salida del restaurante donde ha comido toma del perchero la gabardina azul y en ese momento el dueño de la gabardina se da cuenta y llama a la policía quien detiene a Javier, si sólo analizáramos objetivamente la conducta de Javier tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena, pero lo que no sabemos es si el ánimo que guió la conducta de Javier es la de apropiación o sólo el de uso o incluso si realizó la conducta bajo error. En efecto, Javier pudo haber tomado la gabardina para quedársela (robo del art. 367 del Código Penal Mexicano) o si debía ir a su coche por su billetera para pagar la cuenta del restaurante y para evitar mojarse tomó “prestada” la gabardina (robo de uso del art. 380 del Código Penal) o, incluso, si tomó la gabardina creyendo que era suya, pues, como efectivamente se comprueba, en el perchero estaba su gabardina que era idéntica. Queda claro y manifiesto, pues, que la solución a supuestos como el anterior sólo es posible atendiendo al ánimo que guió la conducta del sujeto activo. Esa necesidad de atender a los ánimos, deseos e intenciones, en conjunto elementos subjetivos del tipo, fue lo que pusieron de relieve los pensadores de la época.

A partir de lo anterior MEZGER llega a dividir a los delitos con elementos subjetivos en tres grandes grupos: “primero delitos de intención, en los que el hecho es querido como medio subjetivo para un ulterior actuar (falsificación de moneda del parágrafo 146); segundo, delitos de tendencia, en los que la acción aparece como manifestación de una tendencia subje-

<sup>78</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 280; MAURACH/ZIPF. *Derecho Penal...* T. I. esp. págs. 395-396; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pag. 34. Del mismo Autor. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 75-76. Sobre la oposición de BELING a reconocer la existencia de elementos subjetivos en el tipo y la ubicación de ellos exclusivamente en la culpa, así como el pronunciamiento de otros autores, Cfr. CEREZO MIR, José. *El delito...* esp. págs. 56-57, nota a pie de página 8

(acción deshonestas del párrafo 176); tercero, delitos de expresión, en los que la acción representa la expresión de un proceso anímico del autor (falsa declaración del parágrafo 153)”<sup>79</sup>

De ahí que el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto haya constituido uno más de los argumentos en contra del sistema clásico al confirmar, una vez más, que el injusto no está conformado exclusivamente de elementos objetivos y, en consecuencia, no se puede establecer una división absoluta de análisis entre elementos objetivos únicamente en el injusto y subjetivos exclusivamente en la culpabilidad, como sostuvo el sistema clásico del delito<sup>80</sup>.

Aunque la mayoría de los partidarios del sistema neoclásico reconocieron la existencia de elementos subjetivos del tipo, no llegaron, en cambio, a reconocer la ubicación del dolo en el tipo, como lo haría y fundamentaría posteriormente el sistema final de acción<sup>81</sup>. El argumento para no llegar hasta la ubicación del dolo en el tipo radicó en la consideración de que la existencia de elementos subjetivos en el tipo era excepcional<sup>82</sup>.

#### 4. DOLO COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD SICOLÓGICO-NORMATIVA.

---

<sup>79</sup> MEZGER, Edmund. “Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände” en *Festschrift für Ludwig Traeger*. Berlín. 1926. Pág. 200. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* págs. 23-24.

<sup>80</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 61-63. Aunque la existencia de elementos subjetivos en se trato de explicar por los partidarios del sistema clásico y neoclásico como una <<excepción a la regla>>. Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 73.

<sup>81</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. Págs. 22 y sigs

<sup>82</sup> Se sostuvo en 1952 que sólo entre 90 y 100 de los 700 tipos del Código Penal Alemán contenían elementos subjetivos Tomado de Rolf SCHUDT por MEZGER, cita en CEREZO MIR, José. “Lo injusto...” págs. 60-61.

El exclusivo sustento psicológico de la culpabilidad en el sistema clásico, fue modificado en el sistema neoclásico al incluirse, además, un juicio de carácter normativo. De esta suerte el sustento de la culpabilidad era mixto: psicológico-normativo. Por ello, el dolo, cuyo contenido es psicológico, ya no podía seguir siendo el único fundamento de la culpabilidad y pasaba a ser sólo uno de sus elementos<sup>83</sup>. Veamos con detenimiento cómo se fue gestando este cambio conceptual.

Es FRANK (1907) quien inicia esta corriente al concebir a la culpabilidad como <<reprochabilidad>> pues “puso de relieve la insuficiencia, para la culpabilidad, de un nexo psicológico entre autor y resultado. Además de dolo o culpa, se requiere de la *imputabilidad* y *normalidad* de las circunstancias concurrentes; esta *normalidad* .. desaparecerá cuando concurren las causas de exclusión de la culpabilidad, que ya no se agota en un simple nexo psíquico entre autor y resultado, recibe por primera vez el calificativo de *reprochabilidad*...a cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una *norma de deber* conforme a la cual debe el autor orientar su conducta interna. La *infracción de esta norma* constituye la culpabilidad; el sujeto ha infringido esta norma siempre que, por razón de las *circunstancias concurrentes*, le es exigible la adecuación de su conducta al Derecho; en los casos en los que, por razón de las circunstancias, no pudiera acomodar su comportamiento al orden jurídico, dejará de ser exigible una conducta conforme al Derecho”<sup>84</sup>.

Más tarde GOLSCHMIDT (1913) vio la esencia de la reprochabilidad en la contrariedad de la voluntad a las <<normas de deber>>, las cuales están dirigidas a la motivación de cada s-

<sup>83</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. esp. Págs 42,47 y 89 y sigs

y sustentan la culpabilidad, ello a diferencia de las <<normas de Derecho>> que se dirigen a la conducta externa y son presupuesto de la antijuridicidad. Por su parte FREUDENTAL (1922) buscó en la <<exigibilidad>> de una conducta adecuada a Derecho el fundamento de la reprochabilidad<sup>85</sup>.

Surge así la concepción normativa de la culpabilidad: “La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, le reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente”<sup>86</sup>. En otras palabras, la culpabilidad es un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones bajo las cuales se puede exigir el comportamiento conforme a Derecho.

De esta guisa, en los inicios de la concepción normativa de la culpabilidad, el dolo y la culpa dejan de ser especies de la culpabilidad y pasan a ser considerados como elementos de la misma, así lo manifestó MEZGER: “la teoría moderna reconoce por ello, con razón, que el dolo y la culpa son tan sólo <<elementos de la culpabilidad>>, sólo <<formas de la culpabilidad>>, pero no <<especies de la culpabilidad>>, y que al lado del dolo y, respectivamente, de la culpa, pertenecen a la <<culpabilidad>> la imputabilidad del autor y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad”<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> FRANK, Reinhart. “Über den Aufbau des Schuldbegriffs” en *.Gessen*. 1907. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 28.

<sup>85</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* 3ª ed. Pág. 580 nota 12; MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 38; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* pág. 155. También informa del pensamiento de estos autores, a los cuales denomina como partidarios del causalismo valorativo, cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos. “Evolución doctrinal del finalismo” ... esp. Págs. 59-62.

<sup>86</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. esp. Págs. 1-2, cfr. también pags. 45 y sigs.

Así el significado de la culpabilidad se reinterpretó y pasó a conformarse de tres elementos, saber:

- La imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable.
- El dolo o la culpa como *voluntariedad defectuosa*. El conocimiento propio del dolo, o posibilidad en la imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a la significación antijurídica.
- Ausencia de causas de exculpación (como el estado de necesidad exculpante), cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho<sup>88</sup>.

La nueva concepción normativa-sicológica de la culpabilidad del sistema neoclásico solucionaba satisfactoriamente los problemas que la concepción puramente psicológica del sistema clásico no pudo resolver<sup>89</sup>. Pues se podía sostener la culpabilidad en supuestos de culpa inconsciente a partir del reproche por la inobservancia de un deber de cuidado y lo único que pasaba a determinar el nexo psicológico entre el autor y el resultado era si estábamos ante una culpa consciente o una inconsciente.

De igual forma se pudo explicar satisfactoriamente porqué la concurrencia de causas de exculpación excluyen la culpabilidad. Pues, si la culpabilidad se conformaba de tres elementos, uno de esos elementos era la <<inexistencia de excluyentes de culpabilidad>>, cuando, por-

<sup>87</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 38. También Cfr. Del mismo Autor: *Derecho Penal...* pág. 228.

<sup>88</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. esp. Págs. 37 y sigs., MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* 3ª ed. Es págs. 581-582.; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo.... esp. Págs. 36-37.

contrario, una de dichas excluyentes concurría, entonces no se podía realizar el juicio de reproche al autor y, en consecuencia, tampoco existía culpabilidad. De ahí que en supuestos como el de la Tabla de Carneades se pudiera explicar de manera sistemática porqué el naufrago no era culpable de un delito de homicidio a pesar de haber querido y causado la muerte del otro naufrago. Y no lo es porque no se le puede reprochar el no haberse comportado conforme a Derecho, dado que el orden jurídico no puede exigirle la conducta heroica de sacrificar su vida para que el otro se salve. Con ello no sólo se daba una respuesta sistemática satisfactoria, sino que además se cumplía con el principio de justicia material que debe regir al Derecho Penal.

Debemos recordar que, aunque el sistema neoclásico <<reinterpretó>> el significado y la fundamentación normativa de la culpabilidad, el dolo mantuvo su ubicación en ésta y siguió partiendo de una base psicológica ligada a la idea de *dolus malus*: “Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado”<sup>89</sup>. En este sentido <<conocimiento y voluntad>> del resultado antijurídico debían confluir en el autor para sostener su actuar doloso.

De esta guisa, el dolo se conformaba de dos elementos, a saber:

la voluntad del hecho, entendida como lo querido por el autor de un hecho, sea lo que se propuso con su acción (dolo inmediato o dolo directo o dolo directo de primer grado), lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio

---

<sup>89</sup> Vid. *Supra*. Cap. Pro. II, B) 2.

<sup>90</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 91. La misma idea sustenta MEZGER en su libro: *Derecho Penal.* .pág. 228.

includible del hecho (dolo indirecto o dolo directo de segundo grado) o lo que el autor tomó a su cargo con su intención (dolo condicionado o dolo eventual);

El conocimiento del hecho, el cual se conformaba a su vez de dos elementos:

a) El conocimiento de las circunstancias del hecho, tanto las que fundamentan y elevan la pena como las que la excluyen o atenúan, y

La conciencia de la antijuridicidad, entendida como conocimiento de la injusticia del hecho conjunto<sup>91</sup>.

En España fueron partidarios de esta teoría DÍAZ PALOS<sup>92</sup>, JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>93</sup>, mientras que en Latinoamérica FERREIRA<sup>94</sup>, MONTES<sup>95</sup>, SPROVIERO<sup>96</sup> y TOZZINI<sup>97</sup>.

Particularmente en México sostiene la ubicación del dolo en la culpabilidad CASTELLANOS TENA al manifestar que “la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o ca-

<sup>91</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal...* esp. págs. 228-248. Cabe decir que es precisamente en las obras de MEZGER donde se puede observar la evolución de sistema clásico al neoclásico, pues previamente fue interpretado como implícitas en el parágrafo 59 del Código Penal Alemán de la época “dos formas fundamentales de culpabilidad:...la forma legal básica de la culpabilidad, llamada dolo *dolus malus* ...y .... la forma más leve - culpabilidad, llamada culpa” cita en: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (p.g)* pág. 224. Sin embargo descubrimientos dogmáticos de la época y la aparición de la doctrina *final de acción*, llevaron a MEZGER a modificar sus planteamientos hacia fines de los años treinta y hasta principio de los cincuenta, llegando a sostener incluso, la existencia de un concepto próximo al final de acción, distinto al de WELZEL y de NIESE, pero cuyo fondo no era más que una reelaboración de su concepción de la voluntariedad de la conducta y con respecto a dolo, éste lo siguió considerando como un elemento de la culpabilidad. Sobre las diferentes tesis elaboradas por MEZGER entre 1930 y 1952, cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* págs. 110-114.

<sup>92</sup> Cfr. DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo Penal...* esp. págs. 13-25.

<sup>93</sup> Así lo pone de manifiesto en el prólogo al libro de Carlos A. TOZZINI. *Dolo, error...* pag. 10.

<sup>94</sup> FERREIRA, Francisco José. *El Derecho Penal de la Culpabilidad: el dolo*. Esp. págs. 11-12 y 15-16.

<sup>95</sup> Cfr. MONTES, Dario Humberto. “Dolo, culpa...” esp. pág. 51.

<sup>96</sup> Cfr. SPROVIERO, Juan Horacio. *Dolo...* esp págs 17-19.

<sup>97</sup> Dicho autor sustenta su postura no solo en la dogmática jurídicopenal sino también en estudios psicológicos. Cfr. TOZZINI, Carlos A. *Dolo, error...* esp. págs. 33-46.

igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia”<sup>98</sup>. A pesar de que al considerar al dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, ello nos llevaría a considerar al citado Autor como partidario del sistema clásico, una revisión más detenida de su obra nos lleva a considerarlo como neoclásico, pues dentro del tipo incluye, aunque como una excepción de los que denomina tipos anormales, elementos normativos y subjetivos, concepción del tipo que, como hemos visto, es propia del sistema neoclásico<sup>99</sup>.

De igual forma CARRANCA Y TRUJILLO al analizar el art. 8 vigente en el Código Penal vigente en 1961, en el cual se disponía que los delitos podían ser: I) intencionales o II) no intencionales o de imprudencia, señalaba: “si no se ofreciera ninguno de estos dos grados de culpabilidad, no habrá tampoco delito...La culpabilidad como juicio de reproche en vista de la adecuación típica de la conducta antijurídica e imputable”<sup>100</sup>, al concebir a la culpabilidad no como un nexa psicológico defectuoso sino como un juicio de reproche dejaba clara su seguimiento del sistema neoclásico, opinión que mantendría en las posteriores ediciones de su Código Penal, aún con las correcciones de CARRANCA Y RIVAS, al interpretar que de acuerdo con el art. 8 del C.p.m. “la culpabilidad como elemento del delito reconoce dos grados: el dolo y la culpa ... una u otra han de existir inexcusablemente en el acto u omisión, para que sean delictuosos; de lo contrario no habría culpabilidad y, por tanto, inculminabilidad de la acción”<sup>101</sup> y para hacer referencia a los delitos culposos, prosigue “los elementos de la

---

<sup>98</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales...* pág. 302 de la 3ª edición. Aunque siempre da cuenta de las teorías psicológicas y de las normativistas, por lo cual he procedido a ubicar su pensamiento en el sistema neoclásico. *Cfr. Ibid.* De la 15ª esp. págs. 239-243.

<sup>99</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales...* esp. pág. 224 de la 3ª edición

<sup>100</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. “Interpretación dogmática...” pág. 35.

<sup>101</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carranca y Rivas. *Código Penal...* págs. 35-37. Cabe señalar que este comentario aparece en la décima sexta edición de dicho Código Penal del año 1991, en el cual el art. 8, después de la reforma de 1984, establecía tres títulos de imputación: dolo, culpa y preterintencionalidad, éste último, después de la reforma de 1994, desaparecería como tal, quedando subsistentes como hasta ahora sólo el dolo y la culpa.

culpabilidad, según la teoría de la ley, son, por tanto: a) existencia de un daño con típico penal; b) existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, falta de cuidado o impericia, manifiesto por medio de actos o de omisiones en la relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante; d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad produjo el acto o la omisión causales<sup>102</sup>, lo importante aquí es destacar el sustento referencial de la imputación legal del daño, punto d), el cual supone la idea del reproche que se hace al autor por no haber observado un deber de cuidado impuesto por la norma jurídica, concepto propio del sistema neoclásico. Además, al analizar a nivel de culpabilidad datos objetivos como lo es la relación de causalidad física, punto c), se aparta totalmente del sistema clásico en cuyas características se encontraba analizar a nivel de culpabilidad única y exclusivamente datos subjetivos. Por todo ello se pueden considerar a CARRANCÁ Y TRUJILLO y CARRANCA Y RIVAS como seguidores del sistema neoclásico.

Por su parte FRANCO GUZMÁN al referirse a la teoría de la acción finalista señala en el último, unidos a distinguidos autores, rechazamos la nueva construcción porque al fragmentar el concepto unitario de culpabilidad, reduce su contenido a la imputabilidad- considera como elemento de la misma culpabilidad- a la conciencia de ilicitud de la acción según algunos autores, también, a la falta de causas de exclusión de la culpabilidad<sup>103</sup>. Además, a lo largo de su obra, FRANCO GUZMÁN demuestra la existencia de elem

Sin embargo, esa es una cuestión que no afecta en nada la afirmación hecha por CARRANCÁ sobre la concepción del dolo y la culpa como <grados> de culpabilidad.

<sup>102</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carranca y Rivas. *Código Penal...* págs. 35-37.

<sup>103</sup> FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *La subjetividad en la ilicitud...* págs. 99-100. Esa misma idea ya la había expresado antes de manifiesto en 1954, *cf.* FRANCO GUZMÁN, Ricardo. "Los elementos subjetivos del injusto en la acción finalista de la acción"... esp. Págs. 122-125. Siguen este pensamiento, entre otros: DÍAZ DE LEÓN, Carlos Antonio. *Código Federal...* esp. págs. 155-159.

subjetivos en el tipo legal, con lo cual se podría ubicar su postura en el sistema neoclásico. Aunque con respecto a éste se aparta irremediamente al formular su definición de delito como “conducta humana, antijurídicamente típica, culpable y sancionada con pena”<sup>104</sup> y aunque usa el gerundio al referirse a la antijuridicidad, con lo cual se podría pensar que ubica al mismo nivel al tipo y la antijuridicidad, más adelante, propone considerar a la antijuridicidad como *ratio esendi* del delito y al tipo como *ratio cognosendi* de lo cual concluye que la antijuridicidad debe ser ubicada sistemáticamente antes del tipo penal<sup>105</sup>.

Por su parte LÓPEZ BETANCOURT parte de la estructura neoclásica al incluir en el tipo elementos normativos y subjetivos distintos del dolo y dejar en la culpabilidad al dolo<sup>106</sup>, pero recientemente ha llegado a proponer reducir la teoría del delito a dos categorías o niveles: inimputabilidad y culpabilidad, y dice: “en la imputabilidad quedarían comprendidos, evidentemente los presupuestos del delito, la conducta, la tipicidad y en la culpabilidad incluirían la antijuridicidad y la culpabilidad propiamente”<sup>107</sup>

Finalmente, también podemos considerar como partidarios de este sistema a DÍAZ DE LEÓN<sup>108</sup>, GARCÍA RAMÍREZ<sup>109</sup>, GONZÁLEZ DE LA VEGA<sup>110</sup>, OSORIO Y NIETO<sup>111</sup> y

<sup>104</sup> FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *Delito e injusto...* pág. 29.

<sup>105</sup> Cfr. FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *Delito e injusto...* esp. págs. 29, 54-55, 75 y 173.

<sup>106</sup> Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito...* esp. Págs. 116-127 y 204-208.

<sup>107</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. “Nueva orientación del Derecho Penal” pág. 174.

<sup>108</sup> Cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Federal...* esp. pág. 155-160.

<sup>109</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal.* Págs. 28-29. En este sentido, hasta antes de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, el dolo se analizaba mayoritariamente fuera del denominado Cuerpo del Delito. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Las reformas de 1993...” esp. págs. 15-16.

<sup>110</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código penal...* esp. págs. 57-59.

<sup>111</sup> Cfr. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. *Síntesis de Derecho...* esp. págs. 65-67.

VILLALOBOS<sup>112</sup>. Empero, se debe resaltar que los pronunciamientos citados de autores mexicanos fueron anteriores a las reformas de 1994 a la Constitución y Código Federal de Procedimientos Penales, las cuales ordenaron la ubicación del dolo y la culpa en el tipo. Ello deja de ser relevante actualmente porque el legislador mexicano ha dado marcha atrás a la contrarreforma a la Constitución de 1998, y en breve a la *legislación secundaria*, con la que vuelve a la terminología anterior a la reforma de 1994, de ello me ocuparé más adelante<sup>113</sup>.

## 5. PRONUNCIAMIENTOS DE AUTORES QUE REUBICARON AL DOLO EN EL TIPO ANTES QUE EL FINALISMO

La argumentación filosófica y conceptual por la que el dolo debía ser reubicado sistemáticamente en el tipo y no en la culpabilidad fue ofrecida en todo su contexto por WELZEL a través de la teoría final de acción. Sin embargo, previamente algunos partidarios del sistema neoclásico ya se habían pronunciado por dicha reubicación y ello se debe precisamente de la aceptación de elementos valorativo-subjetivos, primero en la antijuricidad y más tarde en el tipo, como ya se ha expuesto<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> El citado autor manifiesta “el dolo y la culpa, como las dos maneras en que se produce la relación entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad” VILLALOBOS, Ignacio. *Derivados (parte general)*, pág. 292.

<sup>113</sup> En este sentido, hasta antes de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, el dolo se a mayoritariamente fuera del denominado Cuerpo del Delito. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Las reformas 1993... esp. págs. 15-16.

<sup>114</sup> *Id. Supra*. Cap. Pro. III, A) 3.

Entre los autores que ubicaron al dolo en el tipo antes de la aparición del finalismo podemos citar a: von WEBER, WOLF, LANGE y MAYER.

Para von WEBER el dolo debía de ser incluido en la acción típica<sup>115</sup>, al paso que para WOLF “el concepto de acción debe recibir su significado de los tipos de autoría; el dolo y la culpa, como formas psíquicas del acto de resolución, son relevantes...para el concepto de acción, no para el de culpabilidad”<sup>116</sup>

Mientras que LANGE sostuvo: “una teoría del delito que concibiera el tipo de injusto como la simple realización de un resultado antijurídico, debería forzosamente fracasar en la participación, particularmente en los delitos de intención. La personal relación entre acto y autor, que permite mostrar el acto como obra del autor, se funda sobre una voluntad llena de sentido, esto es, sobre el querer realizar el acto como propio; este querer constituye un elemento subjetivo del injusto”<sup>117</sup>.

Por otra parte, “a la vista del texto legal que emplea un distinto modo de redacción para configurar las conductas dolosas y culposas –*al matar* del delito doloso corresponde la *causación de la muerte* del culposo-, se plantea la cuestión de si a esta distinción terminológica corresponde una diferencia real. Esta cuestión la ha resuelto MAYER en el sentido de que el concepto de

---

<sup>115</sup> Cfr. Von WEBER, Hellmuth. *Grundriss des österrösch-ungarischen Strafrechts* 1929. Esp. págs 24 y sigs. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción*. pág. 45.

<sup>116</sup> WOLF, Erik. *Krös und Neubau der Strafrechtsreform*. Pág. 39. Cita en CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción*. pág. 45

<sup>117</sup> LANGE. *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf* Págs 59 y sigs. En CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción*... pág. 46.

acción es desde un principio de naturaleza final; ello da lugar a que exista una diferencia estructural entre el tipo de los delitos dolosos y de los culposos”<sup>118</sup>

Los pronunciamientos anteriores eran una consecuencia lógica de la nueva influencia de la escuela sudoccidental alemana de los valores, por la cual, como pudimos constatar en el pensamiento de MEZGER ya se aceptaban la existencia de éstos en categorías sistemáticas previas a la culpabilidad y ello podía apuntar hacia la inclusión de la finalidad en la conducta. Empero, MEZGER se negó a dar ese paso conceptual, argumentando que ello significaría recargar a la acción con contenidos cuyo análisis pertenecían a otro elemento del delito y por tanto la conducta debía permanecer con un contenido puramente causal.

La aceptación de los elementos subjetivos en el tipo, ánimos, tendencias, intenciones, también podía conducir a incluir al dolo en el tipo. Mas ello se negó con el argumento de la excepcional presencia de dichos elementos subjetivos en los tipos penales.

De todo lo anterior se desprendía la *manutención del dolo en la culpabilidad*. Mas sistemáticamente ello daba lugar también a una contradicción, pues si la culpabilidad se interpretaba como un juicio normativo ello no concordaba con el contenido psicológico del dolo. Para evitar una disfuncionalidad en el sistema neoclásico se llegó a una solución de compromiso: conformar a la culpabilidad con elementos normativo-psicológicos<sup>119</sup>. Como veremos más adelante, ello fue el punto medular en el análisis de la culpabilidad realizado por GRAF zu DOHNA, abriendo el camino hacia el finalismo.

<sup>118</sup> MAYER, Hellmuth *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Pág. 323 Cit. en CORDOBA RODA, Juan *Una nueva concepción* . pág. 46

Lo anterior demuestra que la inclusión del dolo en el tipo fue propuesta por otros autores antes de que WELZEL diera a conocer en 1939<sup>120</sup> su teoría de la acción final. Pese a que, como también señalé, sólo ésta última ofreció toda la fundamentación filosófico-metodológica para la concepción del dolo típico. Independientemente de lo anterior, lo que aquí me interesa resaltar es que no todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista! como equivocadamente se ha llegado a sostener<sup>121</sup>.

## B. CRÍTICAS AL SISTEMA NEOCLÁSICO

Las críticas realizadas al sistema causal trataron de ser superadas por los partidarios del sistema neoclásico, sin embargo, no siempre tuvieron éxito y debieron enfrentar las mismas críticas realizadas al sistema clásico y en otras ocasiones nuevas objeciones derivadas de sus nuevos planteamientos. De ello me ocupo a continuación.

### 1. DIFICULTAD PARA DETERMINAR EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN ATENDIENDO A CRITERIOS PURAMENTE CAUSALES

---

<sup>119</sup> En este sentido *ifr.* CORDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción..* esp. págs 32-35.

<sup>120</sup> En este sentido, la primer obra en que Hans WELZEL da a conocer su teoría es: "Studien zur System des Strafrechts" en *ZStW* 1 58 1939. Págs 491 y sigs

## a) EN LA TENTATIVA ¿DE CUÁL DELITO?

Como ya quedo demostrado antes<sup>122</sup>, un juicio puramente causal no es suficiente para determinar el tipo que se debe ampliar a través de la fórmula de la <<tentativa>> o, incluso, si la conducta debe quedar impune<sup>123, 124</sup>.

Así, por ejemplo, si Antonio apunta con una pistola a otro y dispara sin causar lesión alguna, el simple análisis de la conducta externa de Antonio nos llevaría a sostener que esa conducta debe quedar impune, pues éste no ha provocado ninguna lesión a bien jurídico tutelado alguno<sup>125</sup>. Por lo tanto, el simple análisis de los elementos objetivos es insuficiente para determinar si estamos ante una tentativa de homicidio o una de lesiones, para ello resulta imprescindible atender a la intención de Antonio para constatar si disparó porque quería matar al otro o si sólo lo quería lesionar. Incluso, si sólo lo quería asustar, ello confiando en su destreza para evitar dar en el blanco. Sólo atendiendo a la intención se puede determinar si estamos ante una tentativa de homicidio o, incluso, de una conducta atípica.

<sup>122</sup> Este es uno de los errores de interpretación del Legislador Mexicano en la reforma a la Constitución de 1985 con los resultados que se analizarán en su oportunidad.

<sup>123</sup> *Id.* *Supra* Cap. Pro II, B) 1, b)

<sup>124</sup> *Cf.* ROXIN, Claus *Derecho penal...* pág. 307-308; WELZEL, Hans *El nuevo sistema...* esp. Págs. 18-19, BOCKELMANN. *Lehrbuch*. Págs. 34-36. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* págs. 96 En el mismo sentido MARQUEZ PIÑERO, Rafael. "La estética en la teoría finalista..." esp. Pág. 110

<sup>125</sup> Sobre el contexto histórico-político-filosófico informa ampliamente MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *La estética en la teoría finalista...* esp. Págs. 102-106.

<sup>126</sup> Claro que en este supuesto me refiero exclusivamente al análisis de la conducta en relación con el bien jurisdiccional de la vida o integridad física, pues efectivamente esa conducta podía dar lugar a un concurso de delitos como

Llevando más allá la crítica, el análisis del tipo objetivo y, sólo en algunos supuestos, de los elementos subjetivos distintos del dolo<sup>136</sup>, también creaba problemas sistemáticos, pues recordemos que para el análisis de un delito es imprescindible constatar cada uno de los elementos del delito, de tal suerte que el análisis de la antijuridicidad presupone que la conducta es típica y, a su vez, sólo confirmando la antijuridicidad de la conducta se puede pasar al análisis de la culpabilidad.

Bajo estas premisas, retomando el ejemplo de Antonio, quien disparó pasando la bala por encima del hombro del sujeto pasivo sin causar lesiones, si atendiéramos sólo a los datos objetivos, no podríamos subsumir dicha conducta en ninguno de los tipos previstos en el C.p.m. Por ejemplo, ni en el título decimonoveno, capítulo primero: delitos contra la vida y la integridad corporal, ni mucho menos del capítulo segundo: homicidio y ello es así simple y sencillamente porque no hay resultado alguno!

Atendiendo a lo anterior, si no pudiéramos constatar la tipicidad de la conducta, sistemáticamente, no podríamos dejarla de lado y pasar al análisis de la antijuridicidad y llegar hasta la culpabilidad para determinar si la voluntad del sujeto activo era la de matar, lesionar, asustar o si fue un descuido.

De lo anterior se deduce que, de acuerdo con el sistema clásico y el neoclásico, la falta de resultado objetivo da lugar a la impunidad de la conducta. Ésta conclusión insatisfactoria da

---

ser la portación de arma prohibida y el de daños en propiedad ajena, pero como he manifestado, es es un problema correspondiente al concurso de delitos

lugar a otra pregunta ¿llega a resultados satisfactorios el sistema neoclásico en supuestos de resultado típico? De ello me ocupo a continuación.

## b) EN EL DELITO CONSUMADO

Volviendo a nuestro ejemplo, si Antonio hubiese causando lesiones, objetivamente la conducta es subsumible en un tipo de lesiones, pero también podría ser en uno de homicidio en grado de tentativa. Lo anterior supone el análisis de esos hechos objetivos hacia arriba porque hemos tratado de determinar si estamos ante un supuesto de hecho más grave que las simples lesiones: tentativa de homicidio. Pero esos mismos hechos objetivos podrían ser visados hacia abajo, pues esas mismas lesiones podrían haber sido causadas sin la intención de lesionar, y, entonces, no estaríamos ante un supuesto de lesiones dolosas sino ante unas lesiones culposas que se sancionan con menos que las dolosas. Sin atender al dolo ¿cómo podríamos determinar si ese resultado objetivo lo debemos subsumir en un tipo de lesiones o en uno de homicidio en grado de tentativa? o, incluso, ¿cómo saber si se trata de unas lesiones dolosas o de unas culposas?<sup>127</sup>

En este punto se vuelven a reflejar los problemas sistemáticos, pues, si ese resultado lo subsumiéramos en uno de los tipos de lesiones y dejáramos hasta la culpabilidad el análisis=

<sup>126</sup> *Vid. Supra.* Cap. Pro. III, A), 3, b), i)

<sup>127</sup> Cfr. WEIßZEL, Hans *Derecho penal alemán* esp. págs. 72 y sigs; Del mismo Autor. *El nuevo sistema...* esp. pág. 66; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito* 2a ed. Valencia. España Tirant lo blanch. 1991 ■ CEREZO MIR, José. "Lo injusto..." esp. págs 57

dolo, resultando que la intención del sujeto era la de matar y no sólo la de lesionar, ello supondría volver a regresar hasta el tipo para reclasificar dicha conducta e imputarla no sólo a título de lesiones consumadas sino como una tentativa de homicidio. Lo anterior crea disfunciones sistemáticas, pues superado el juicio de tipicidad se presupone que no se volverá al mismo y, tomando en cuenta que la tentativa es una fórmula de ampliación del tipo, estaríamos regresando al análisis del tipo habiendo llegado, incluso, hasta la culpabilidad.

Todo lo anterior sería posteriormente resuelto por el finalismo a través del análisis de la finalidad de la acción y la reubicación consecuente del dolo en el tipo.

#### c) NUEVAMENTE LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN

Como hemos visto, tanto el sistema clásico como el neoclásico del delito se apoyaron en el concepto causal de acción, en el primero a través de la fórmula de la equivalencia de las condiciones y el segundo con la teoría de la causalidad adecuada. Sin embargo, el concepto causal de acción con todo y sus correctivos seguía fracasando frente a los supuestos omisión en los cuales, de acuerdo con GRAF zu DOHNA, no existe nexo causal alguno entre el sujeto que omite y el resultado acaecido, pues desde el punto de vista puramente natural la inactividad del omitente no interviene en forma alguna en el proceso causal que deriva en el resultado típico. En conclusión, quedaba asentado que la causalidad en la omisión es inexistente y, en consecuencia, la atribución del resultado al omitente quedaba sin asidero.

## 2. CRÍTICA DE GRAF ZU DOHNA AL CONCEPTO SICOLÓGICO-NORMATIVO CULPABILIDAD Y SUS APORTACIONES:

Las aportaciones de Alexander GRAF ZU DOHNA en el estudio de la culpabilidad constituyeron como críticas metodológicas al sistema neoclásico y sirvieron de sustento a la posterior teoría final de la acción, pues, en palabras del mismo WELZEL, “dio el paso decisivo hacia la <<comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración>>; se desentajadamente la *valoración* (reprochabilidad) y el *objeto* de la misma (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la *valoración* del objeto. Siguiendo el camino iniciado por GRAF ZU DOHNA la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin lugar apropiado, como una especie de voluntad final de acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos”<sup>128</sup>

En efecto, de acuerdo con GRAF ZU DOHNA la culpabilidad como categoría de valoración podía incluir elementos psicológicos como el dolo, pues dichos elementos se pueden determinar y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables. Finalmente, consiste la diferencia entre el <<objeto de la valoración>> de la <<valoración del objeto

Adelantando un poco lo que analizaremos más adelante, el tipo pasaba a estar conformado por elementos objetivos (acción, relación causal, resultado) y una relación psicológica del autor sobre su conducta y el resultado perseguido (elementos subjetivo del tipo y dolo). Esto último se convertía en objeto de valoración, la cual era doble, pues debía pasar por dos juicios, a saber: el de antijuridicidad y el de culpabilidad. “La esencia de la culpabilidad yace en la valoración del tipo subjetivo, así como la esencia de la antijuridicidad radica en la valoración del tipo objetivo. Pero lo mismo éste que aquél pueden tener carácter positivo o negativo. El objeto de esta valoración (de la culpabilidad) es por un lado el conocimiento del tipo, y por el otro, el conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, siendo de advertir que este conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, a su vez, solo representa un objeto ulterior de la relación psíquica”<sup>129</sup> pues, recordemos, dicha relación psíquica se había analizado ya a nivel del tipo: dolo o culpa.

Hasta aquí las críticas al sistema neoclásico.

#### IV. EL DOLO EN LA TEORÍA FINAL DE ACCIÓN

##### A. EXPOSICIÓN DOGMÁTICA

---

<sup>128</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 83.

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 156. Basado en GRAF zu DOHNA *Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4ª ed. 1959. Págs. 22,23 y 39. También, *cf.* CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 29, 30, 44 y 45.

## 1. ANTECEDENTES

Inspirado en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de los valores<sup>130</sup> y la sicología del pensamiento de Richard HÖNIGSWALD<sup>131</sup>, Hans WELZEL inició durante los años treinta sus desarrollos para la conformación del concepto final de acción<sup>132</sup> siendo en 1940 cuando lo presenta en toda su extensión sistemática<sup>133</sup>, surgiendo así la teoría final de acción, más conocida como finalismo.

WELZEL parte de una estructura lógico-objetiva de la acción, para lo cual toma como base la realidad objetiva: ontológica, de la cual, sostiene, sólo cierta parte de ella interesa al Derecho Penal, esa parte de la realidad (elementos ontológicos) se describe lingüística y conceptualmente en <<tipos>> a los cuales se les vincula <<sanciones penales>> conformando así <<tipos penales>> los cuales, a su vez, se actualizan cada vez que en el mundo ontológico se realiza la conducta descrita en uno de esos tipos penales.

<sup>130</sup> Cfr. CEREZO MIR, José. "El finalismo"... esp. Pág. 77.

<sup>131</sup> No en las de Nicolai HARTMANN, como señala el propio Hans WELZEL en el prólogo de su libro: *El nuevo sistema del Derecho Penal (una introducción a la doctrina de acción finalista)*?, Págs. 11-19. Da cuenta de esta discusión ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo.... esp. Pág. 41-42.

Pese a lo expresamente dicho por WELZEL, algunos autores afirman que la teoría final de acción se basa en el método fenomenológico y en pensamiento de HARTMANN, entre otros, cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. págs. 38-43.

<sup>132</sup> Sobre el contexto histórico-político-filosófico informa ampliamente MARQUEZ PIÑERO, Rafael, en "Estética en la teoría finalista..." esp. Págs. 102-106. Sobre el desarrollo de la escuela de KIEL, cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos. "Evolución doctrinal del finalismo"... esp. Págs. 65-66.

<sup>133</sup> En este sentido, cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 10.

El Derecho Penal no puede dar relevancia a cualquier conducta del mundo ontológico por el simple hecho de provocar un resultado contrario a Derecho (desvalor del resultado), se requiere además de un juicio objetivo-valorativo de la conducta. En este sentido la conducta final pasaba a ser valorada conforme a su significado y sentido social, dando lugar a dos clases de conductas, a saber: conductas valiosas y conductas disvaliosas<sup>134</sup>, estas últimas pasan a ser conductas típicas por contener un <<desvalor de acción>><sup>135</sup>. Este es el sustento del <<concepto social de acción>> en palabras de WELZEL, “uno de los propósitos fundamentales del finalismo, desde sus comienzos, fue la comprensión de la acción como un fenómeno social. La acción, como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista”<sup>136</sup>.

Esta diferenciación y a la vez relación entre las realidades ónticas y el mundo normativo lo explica magistralmente WELZEL como sigue “del mismo modo que el Derecho no puede ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y que a los seis meses traigan al mundo niños viables, no puede prohibirles tampoco que tengan abortos. Puede exigirles, en cambio, que se *comporten* de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que *provocuen* abortos. Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos... [por ello]...El substrato de la regulación del Derecho es desconocido completamente, si se considera <<primero>> a la acción como un proceso causal ciego y se añade sólo *después* (en la culpabilidad) la *voluntad*, donde esta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un

<sup>134</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, Jaun. *Una nueva concepción*. Esp. págs. 18-20.

<sup>135</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUNOZ, José Arturo *La doctrina...* esp. pág. 18

<sup>136</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 34.

<<reflejo>>, pero no puede ser ya un factor *configurante* de la acción<sup>137</sup>. Con esta última aseveración WELZEL ponía también de manifiesto la diferencia esencial entre su nueva concepción de acción y la sustentada por el causalismo de los sistemas clásico y neoclásico. En resumen: “La acción consiste en el ejercicio de una actividad finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana, ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la *voluntad humana*. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma”<sup>138</sup>

## 2. CONCEPCIÓN DE ACCIÓN FINAL

Para WELZEL “la acción humana es ejercicio de actividad final...La <<finalidad>>, característica del carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines”<sup>139</sup>. A esta posibilidad de prever los resultados de la acción se le denomina <<capacidad de voluntad>>, la cual constituye el fundamento de la conocida frase <<la finalidad es vidente, la causalidad es ciega>><sup>140</sup>

<sup>137</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* págs. 14-15, 30. También del mismo Autor. *Cfr. Derecho Penal (parte general)*, Esp. págs. 1-6.

<sup>138</sup> CEREZO MIR, José. “El finalismo”... págs. 78-79.

<sup>139</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* págs. 25

La acción final se conformaba de dos fases: la primera es subjetiva e inicia con la proposición de un fin, la selección de medios para conseguirlo y la consideración de efectos concomitantes. La segunda es objetiva y se manifiesta en el mundo real con la realización de los medios preparatorios hasta llegar a la realización de la conducta típica (tentativa) y, en su caso, la producción del resultado (consumación)<sup>141</sup>.

La primera fase de la acción final se desarrolla sólo en el pensamiento, inicia con un fin que se propone el sujeto, para cuya realización selecciona los medios necesarios, ello según sus conocimientos sobre procesos causales, a este procesos mental se le denomina <<de retroceso>>.

Hasta aquí se podría ejemplificar lo antes dicho con el supuesto de quien se propone matar a otro, en ese momento ya tiene un fin: privar de la vida a otro, cuyo resultado se ha representado en su mente, ahora debe retroceder en su pensamiento para establecer, de acuerdo con sus conocimientos, cómo puede llegar hasta ese fin. Sabe que si compra una mascara de día de muertos y se aparece en la oficina de su víctima a las doce del día, por más horrorosa que sea la mascara, seguramente matará pero de risa a la víctima. Empero ese medio, el cual de acuerdo con los conocimientos generales del individuo no pueden conllevar a la muerte<sup>142</sup>, puede ser efectivo si el autor sabe que la víctima, además de supersticiosa, padece del corazón (conocimientos especiales) y si, en lugar de las doce del día, se presenta de improviso a media noche ante su víctima, la cual a menudo se queda a trabajar hasta entrada la

---

<sup>140</sup> Cfr. MARQUEZ PIÑERO, Rafael, en "La estética en la teoría finalista... esp. Pág. 111.

<sup>141</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 26-29. También: Cfr. del mismo Autor *Derecho Penal (parte general)*. Esp. págs. 39-42; RODRÍGUEZ MUNOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 32-33.

<sup>142</sup> Sobre un desarrollo amplio de los conocimientos, *vid. Infra*. Cap Segundo, II. A.

madrugada. Como se puede advertir, el sujeto ha ido retrocediendo en su pensamiento para buscar entre sus conocimientos generales, y en este supuesto también entre sus conocimientos especiales, cuáles son los medios necesarios para provocar el resultado y conforme a ellos seleccionar los más apropiados.

Una vez realizado lo anterior, seguirá con su proceso mental, ahora *hacia adelante*, con *consideración de posibles efectos concomitantes* que están unidos a los medios elegidos, con lo cual podrá aumentar, reducir o incluso cambiar los medios elegidos.

En el supuesto propuesto, el homicida puede considerar factible que a esas horas de la noche estarán cerrados los accesos normales a esa oficina y que también hay un velador armado y que tal vez la posible víctima se encuentre acompañada. En función de esto bien puede cambiar el plan de aparecerse en la oficina y, en su lugar, planear aparecerse con su máscara en el momento que la víctima regrese a su casa, aprovechando para ello la luz roja de alguno de los múltiples semáforos que existen entre la oficina y la casa.

También podría considerar seguir con su plan original con algunas modificaciones, como *no* penetrar en el edificio rompiendo el cristal de una ventana y en lugar de utilizar una máscara emplear un medio más seguro para provocar el resultado: una pistola, la cual, además, serviría para romper el cristal, repeler la posible intervención del velador y a su vez intimidar a los posibles acompañantes de su víctima.

Lo anterior ha supuesto la inclusión de esos efectos concomitantes en su voluntad, tanto aquellos de producción segura: la fracturación de la ventana (daños en propiedad ajena), como aquellos probables: disparar contra el velador o contra los acompañantes si intentan repeler su agresión<sup>143</sup>. Hasta aquí la fase interna de la acción.

La segunda fase de la acción tiene lugar en el mundo real, y se manifiesta inicialmente con la puesta en marcha del plan del autor.

Siguiendo con nuestro ejemplo, el sujeto sabe que debe conocer el edificio, sus posibles accesos, la ubicación precisa de la oficina de su víctima, además deberá comprar el arma. Al efecto, aprovecha las horas de oficina del edificio para, haciéndose pasar por cliente, reconocer el lugar en donde por la noche llevará a efecto su plan. Posteriormente se dirige a comprar el arma.

La fase referente a los pensamientos, por muy reprobables que sean, son atípicos y por tanto impunes, pues “el Derecho Penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante”<sup>144</sup>, principio cuyo origen se remonta al Derecho Romano: *cogitationes poena nemo patitur*.

También los denominados actos preparatorios son impunes siempre y cuando no estén descritos por sí mismos en un tipo penal. Así, las conductas de ingresar con autorización a un edificio y caminar por la calle son lícitas y por tanto atípicas. Sin embargo, desde el momento

---

<sup>143</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema. esp. págs. 25-27.

<sup>144</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Pág. 77.

en que el sujeto compra un arma de uso reservado al ejército y fuerzas armadas y la portación de arma prohibida. Pero si el arma no era de las prohibidas por la ley y además el sujeto cuenta con un permiso para portar armas de fuego, entonces sus actos preparatorios *todavía seguirán fuera del ámbito del Derecho Penal.*

Siguiendo con nuestro supuesto, llegada la noche el asesino fractura la ventana, se dirige hacia la oficina de la víctima, pero al tenerla en el punto de mira es golpeado con un cesto de basura por un tercero quien trata de evitar el disparo, al caer se da la vuelta y dispara contra el tercero interviniente privándolo de la vida, se incorpora y observa la aproximación del velador, a quien también dispara y finalmente dispara al corazón de su víctima causándole la muerte. Conseguido su fin se retira del lugar.

De acuerdo con WELZEL el sujeto activo de nuestro supuesto de hecho ha realizado una conducta final de homicidio tanto del oficinista, como del colega interviniente como del velador, además de una conducta final de daño en propiedad ajena. En efecto, para WELZEL son producidas finalmente todas aquellas consecuencias que el autor se había representado como *necesarias o posibles para alcanzar su fin.* Así, volviendo a nuestro supuesto de hecho el autor se había representado como necesaria la fracturación de la ventana y como probable la intervención de algún colega del oficinista y del velador, de ahí la selección de la pistola como medio más seguro para alcanzar su fin: *matar al oficinista.* <<Con todos esos resultados *contado el autor*>> y, por tanto, quedaron incluidos dentro de su voluntad de realización, como que <<su producción es también final>>. Ello es así aunque la voluntad de acción es

dirigida principalmente a la muerte del oficinista y sólo en forma secundaria a la muerte del colega, del velador y los daños a la ventana<sup>145</sup>.

Del punto anterior conviene destacar que WELZEL sólo consideraba como finales aquellas <<consecuencias previstas por el autor>>, significa entonces que aquello no previsto no podía quedar incluido en su voluntad de realización y su producción, en caso de verificarse, no podría ser considerada como resultado de una conducta final. Esta es la explicación de la frase: “la acción llega hasta donde alcanza la capacidad concreta de la voluntad para regular con pleno sentido su devenir causal”<sup>146</sup>.

Mas, era evidente que con la solución anterior se dejaban fuera supuestos en los cuales hay un factor de desviación causal por el cual se llega al mismo resultado pero no en la forma prevista por el autor. Para resolver estos supuestos WELZEL acudía al criterio de la *previsibilidad objetiva* de acuerdo con el cual sólo la desviación del curso causal esencial podía dar origen a la exclusión del dolo<sup>147</sup>

Con lo anterior se dejaba clara la diferencia entre la conducta voluntaria sustentada por el sistema clásico y neoclásico y la propuesta por la teoría final de acción. Pues, “la finalidad no debe ser confundida, por ello con la mera <<voluntariedad>>. La <<voluntariedad>> significa que un movimiento corporal y sus consecuencias puedan ser reconducidos a algún

---

<sup>145</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pág. 27-29. Del mismo Autor. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 79-81, 87 y 94; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* esp. pág. 103.

<sup>146</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 85.

<sup>147</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht* Pág. 73. Cita en CERREZO MIR, José. “El finalismo” ... pág. 85.

acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor... A la finalid  
le es esencial la referencia a determinadas *consecuencias queridas*<sup>148</sup>

### 3. CONCEPCIÓN DEL TIPO

De acuerdo con la teoría final de acción el tipo ya no sólo se conformaba de elemen  
objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino c  
en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo o, en su ca  
por la culpa<sup>149</sup>. A partir de este momento y hasta nuestros días queda sentada la conformac  
del tipo por un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

#### a) TIPO OBJETIVO

El sistema final de acción asumió los postulados de la teoría causal a nivel de tipo objetivo  
“el tipo objetivo de injusto comprende:

“a) *Los elementos objetivos del acto*, integrados ante todo por la *acción* de ejecución con la *lesión*  
correspondiente *bien jurídico* (en tanto en cuanto pertenezca esta última al tipo, v.g., <la l  
corporal de una persona>, en el § 223), así como por los demás medios y formas de ejec

<sup>148</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 28.

<sup>149</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pág. 34. Del mismo Autor. *Derecho Penal Alemán*. Pág. 93.

(v.g., las <armas> o <el ataque por sorpresa> del § 223 a, en las lesiones peligrosas) y las restantes modalidades de la acción, como v.g., el tiempo y el lugar (§ 243, número 7, hurto agravado)

Los elementos objetivos del autor (v.g., las condiciones de <tener a su cuidado> etcétera, al sujeto pasivo en el §223 b, lesiones agravadas por esta relación personal, o la condición de <funcionario> en el § 340, lesiones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él) ”<sup>150</sup>

Como se puede deducir, el sistema final de acción no varió intrínsecamente el tipo objetivo y ello es así porque su aporte máximo radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró su atención.

## b) TIPO SUBJETIVO Y LA REUBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO Y LA CULPA

De acuerdo con el sistema finalista “*el tipo subjetivo del injusto comprende a su vez:*

El dolo (como el momento del dominio final sobre el acto).

Los elementos subjetivos del autor, a saber: las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor, que son el ánimo de su acto (v.g. <la crueldad, en el § 223 b; la intención de apropiación de la cosa sustraída en el hurto del § 242, o la tendencia impúdica en los delitos contra la honestidad”<sup>151</sup>

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* págs. 36-37.

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* págs. 36-37.

En efecto, de acuerdo con WELZEL el Derecho Penal sólo describe algunas de las múltiples conductas desarrolladas en el mundo óntico, las normas que describen esas conductas “prohiben las acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir una situación de proceso (= “resultado”) socialmente no deseado, sea que este resultado es el fin, el medio, o el efecto concomitante de la acción” Quien tiene esa voluntad final de realizar los resultados socialmente no deseados, y por tanto descritos en un tipo penal, obra dolosamente.

### i) DOLO

Si la conducta que interesaba analizar al Derecho Penal es la conducta final y si ésta sólo puede identificarse atendiendo a la voluntad final del autor sobre la realización de resultados típicos, “lo único que distingue el *dolo* de la *finalidad*, es la tipificación del resultado a que se atiende; *intrínsecamente dolo y finalidad coinciden*. Y si *finalidad* pertenece a la acción, como es el caso de los tipos que configuran acciones, el *dolo* deberá pertenecer al tipo”<sup>152</sup>. Luego, entonces, para determinar si estamos ante una conducta típica se debe analizar dicha finalidad, en otras palabras, el <<dolo>> que guió la conducta del autor.

Aunque ya se había propuesto por otros autores la ubicación del dolo en el tipo, es la teoría final de acción de WELZEL cuando se presenta la argumentación ontológica-valoral y la sistemática suficiente para aceptar dicho cambio. En palabras de WELZEL: “La

dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos. [Pues]... toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo... empero, se debe precisar que]... el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad **tendiente** a la realización típica, sino también la voluntad **capaz de** la realización del tipo ... [de ahí que éste se conciba como] la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”<sup>153</sup> dicha conducta es una <<conducta disvaliosa>><sup>154</sup>.

En este sentido, un análisis puramente gramatical nos demuestra que el verbo “querer”, equivalente al verbo alemán mögen, debe estar acompañado de otro verbo que le dé sentido, de lo contrario no se puede saber qué es lo que se quiere. Quien se encuentra en casa puede querer: permanecer allí; ir al cine; matar a otro, etc. En los ejemplos anteriores ha sido el segundo verbo el que nos ha determinado si la intención del sujeto está encaminada hacia la realización de una conducta típica dolosa o si se trata de una conducta atípica (irrelevante para el Derecho Penal).

La conducta dolosa, por tanto, es aquella que está encaminada hacia la provocación de resultados típicos, de ahí la expresión de WELZEL “en el Derecho Penal <<querer>> no

---

<sup>152</sup> CORDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 78.

<sup>153</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman.* pág. 74 y 77 Del mismo Autor *Cfr El nuevo sistema...* esp. pág. 34.

<sup>154</sup> *Cfr.* WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. pág. 39-40.

significa querer <<tener>> o querer <<alcanzar>> (en el sentido de aspirar), sino querer <<realizar>>.<sup>155</sup>

Así, retomando el anterior supuesto de hecho, si el sujeto quiere permanecer en su casa, su conducta es atípica, lo mismo que si quiere ir al cine. Pero si el sujeto <quiere> ir al cine para encontrar a su víctima, dispararle y matarla, entonces ese querer ir al cine pasa a formar parte de un plan encaminado hacia un fin más amplio: privar de la vida a una persona.

Pero he aquí el requisito fundamental incluido por WELZEL para calificar su intención como dolosa: no basta sólo con la voluntad tendiente a la realización del resultado típico muerte o otro, se requiere además que esa voluntad sea capaz de realizar del tipo. De esta guisa, no podría imputarse como dolosa la conducta del sujeto quien va al cine con la intención de matar a su víctima a través de pinchar con alfileres un muñeco parecido a ésta, ello incluso cuando la víctima muriera efectivamente durante la función a causa de un paro cardíaco. En ese supuesto la voluntad de matar a alguien a través de pinchar un muñeco no es capaz de realizar el tipo<sup>156</sup> ello de acuerdo con los conocimientos nomológicos generales sobre procesos causales que normalmente indican que es nula la probabilidad de matar a alguien pinchando un muñeco parecido a la víctima<sup>157</sup>.

Por ello se debe resaltar que el dolo penal tiene dos dimensiones, a saber: “no sólo es voluntad *tendente* a la realización del acto, sino también la voluntad que *domina* dic-

<sup>155</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Pág. 79.

<sup>156</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 80.

<sup>157</sup> Sobre los conocimientos nomológicos y los juicios de probabilidad cfr. GIMBERNAT ORDIG, Enric. *Delitos cualificados...* esp. págs. 19-20. También, *vid infra*. Cap. Sdo. I. A.

realización”<sup>158</sup>, esto último se debe interpretar como la <<posibilidad de influir con la conducta final en el resultado típico >>. Así, en el conocido supuesto de quien durante una tormenta envía a otro por leños al bosque con la esperanza de que muera carbonizado por un rayo, aconteciendo efectivamente dicho resultado, a diferencia del sistema causalista que sostenía la tipicidad de la conducta y tenía que llegar hasta la antijuridicidad o la culpabilidad para fundamentar su impunidad<sup>159</sup>, los postulados del sistema finalista excluían la tipicidad de la conducta por la falta de dolo. Es decir, en dicho supuesto se confirmaba el tipo objetivo (causalidad) pero no el elemento subjetivo, pues el dolo requiere, además, de la voluntad de provocar un resultado, la posibilidad fáctica o real de que la conducta dirigida puede alcanzar dicho fin. En este sentido, queda claro que quien envía a otro al bosque durante la tormenta puede desear la muerte y aunque ello ocurra no deja de ser una conducta guiada por un deseo pero no por el dolo típico, pues el autor sabe, basado en los conocimientos nomológicos generales, que enviar a alguien al bosque durante una tormenta tiene una ínfima posibilidad de llegar a causar el resultado muerte por carbonización de un rayo y si ello se verifica es producto de una pura <<casualidad>> y no por la <<causalidad>> de la conducta<sup>160</sup>.

Lo antes señalado se resume en tres rasgos propios de la conducta, a saber: un factor de orientación hacia lo inminente, un factor que se refiere a lo que se quiere hacer y un objetivo que tiene ese querer.

---

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 41.

<sup>159</sup> En este sentido, *cf.* ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación objetiva” esp. Pág. 132.

<sup>160</sup> *Cfr.* ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación objetiva” esp. págs. 131-133.

De esta gusa, "el dolo exige: a) el conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes, la previsión del resultado, y c) la previsión del curso de la acción (de la conexión causal)"<sup>161</sup> anterior significa que en el dolo del autor quedarán abarcados todos aquellos resultados derivados de la voluntad final de acción. Entendida ésta última como voluntad <realización> abarcará tanto el resultado hacia el cual se dirigió la acción final, como resultados necesarios y los concomitantes. Es así como volvemos a confirmar las soluciones dadas anteriormente en el ejemplo del homicida del oficinista, la muerte de este último quedaría abarcado por el dolo del homicida por ser el resultado hacia el que dirigió su acción final, pero también quedarían abarcados en su dolo los daños en propiedad ajena, como fracturar la ventana como consecuencia necesaria de su plan, y de igual modo corresponden a su dolo las muertes del colega del oficinista como la del velador, por ser resultados concomitantes con lo cuales había contado previamente al elaborar su plan<sup>162</sup>. Mas, conviene precisar que dichos resultados sólo quedarán abarcados por el dolo siempre y cuando el autor los haya tenido en cuenta antes de su comisión.

Desde el punto de vista sistemático, la reubicación del dolo de la culpabilidad al tipo, supone conformación únicamente con el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo<sup>163</sup> y quedaba fuera de éste la conciencia de la antijuridicidad, ello significó dejarlo con un contenido avalorado o neutro<sup>164</sup>, pues si bien el sujeto podía conocer y querer los elementos del tipo, con eso no se excluye la posibilidad de que ese hecho pueda ser no permitido, en general, por el orden jurídico. De ahí que quien priva de la vida a otro sabien-

<sup>161</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 87.

<sup>162</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina de la acción finalista*. Esp. pág. 60-61.

<sup>163</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Esp. págs. 77-78; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal (p.g.)*. pág. 42.

<sup>164</sup> Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo... esp. Págs. 42-43.

que su conducta es de homicidio y queriendo esa muerte, habrá actuado con dolo típico de matar, pero ese dolo es neutro porque todavía falta determinar si quiso privar de la vida estando amparada su conducta por una causa de justificación, con lo cual quedaría excluida la antijudicicidad de esa conducta dolosa.

Para ejemplificar lo anterior, quien ve a las doce de la noche que un sujeto vestido de negro y con pasamontañas está escalando la pared de su hogar para penetrar en él y ante dicha situación dispara privándolo de la vida, de acuerdo con el sistema final de acción, dicho sujeto ha actuado con dolo típico, porque ha conocido los elementos del tipo de homicidio y ha querido privar de la vida al sujeto que pretendía penetrar en su domicilio. Que la conducta antes descrita esté amparada por la causa de justificación de la legítima defensa (art. 15, frac. IV, pfo 2º C.p.m) es un problema de análisis posterior al dolo.

Expuesta la conceptualización del dolo en el sistema finalista, ya podemos citar algunos conceptos del mismo. En este punto es de obligada referencia acudir a WELZEL y citar, dentro de su teoría final de acción, su concepto de dolo como: “la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”<sup>165</sup>. En el mismo sentido para CEREZO MIR, reconocido discípulo de WELZEL, dolo es la “conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo”<sup>166</sup> Sigue esta línea ANTOLISEI al manifestar que “el dolo es la forma típica de la voluntad culpable y en cierto sentido su verdadera forma...normalmente el dolo exige que tanto el comportamiento como el resultado sean queridos. El acto de la voluntad tiene que ir dirigido, no solo al cumplimiento de la acción o la omisión, sino también

---

<sup>165</sup>WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, pág. 77-79.

<sup>166</sup> CEREZO MIR, José. “Lo injusto...” pág. 67.

a la realización del resultado, que, además, debe ser querido como consecuencia del comportamiento observado”<sup>167</sup>

Para MAURACH/ZIPF “<<el dolo, expresado con la formulación más general, es el que está dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo>> Pero, como el tipo objetivo no es sino la combinación de una acción y de un resultado legalmente determinados, entonces el dolo, referido a la teoría de la acción, aparece como <<la voluntad de actuar, referido al resultado que sustenta la acción”<sup>168</sup>. JESCHECK parte de este concepto tradicional del dolo como “conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”<sup>169</sup> aunque considera impreciso.

En resumen, para el finalismo ortodoxo “el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto”<sup>170</sup>.

La reubicación sistemática del dolo y su consecuente conceptualización como dolo neutro se ha venido sosteniendo por la doctrina mayoritaria<sup>171</sup>, aunque no comparten los presupuestos del finalismo<sup>172</sup>.

## ii) CULPA

<sup>167</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual...* pág.s 239-240.

<sup>168</sup> MAURACH, Reinhart/Heinz Zipf. *Derecho penal...* T. I. pág. 376.

<sup>169</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal...* pág. 263.

<sup>170</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal...* pág. 239.

<sup>171</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 415

<sup>172</sup> Para más sobre esta problemática. *Vid infra* apartado: Conciencia de la antijuricidad.

Inicialmente WELZEL fundamentó el concepto de la culpa en un <concepto superior de acción>, a partir del cual „estructura la finalidad misma en dos especies distintas a saber: en la finalidad <actual>, propia de las acciones dolosas, y en la finalidad <potencial>, característica de las culposas; en la acción dolosa el autor actúa realmente en dirección a una meta representada y querida, mientras que en la conducta culposa el resultado causado es ciertamente <la consecuencia ciega (no querida) de la conducta imprecavida, el suceder no estaba como en el dolo..., dirigido a aquella meta, sino que es causal-ciego. Pero se diferencia de un puro proceso natural en el hecho de que era evitable por la *posible* actividad finalística del autor“<sup>173</sup>.

Pese a lo dicho por WELZEL, la fundamentación de la culpa en una <finalidad potencial> fue el punto más vulnerable de la teoría finalista, debido a que esa finalidad no estaba encaminada propiamente hacia la provocación de un resultado.

Lo anterior llevó a WELZEL a un replanteamiento de la culpa y erigirla después sobre la base de un elemento objetivo, así en las acciones culposas “el *fin último* es normalmente irrelevante, pero no lo es la ejecución total”<sup>174</sup> en esos supuestos las normas “exigen en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final ... con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados”<sup>175</sup> En este sentido, la finalidad perseguida por el sujeto dejaba de ser relevante y el <<modo de ejecución de la

<sup>173</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo *La doctrina...* pág. 49, 52, 57.

<sup>174</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 38

conducta>> pasaba a constituir el núcleo sobre el que descansaba lo disvalioso de la acción que no se había realizado como lo haría un hombre inteligente y prudente en la situación de autor<sup>176</sup>.

Pero, por más que lo negaba WELZEL<sup>177</sup>, con ello se apartaba irremediablemente del concepto final de acción a la cual había calificado previamente como única conducta relevante para el Derecho Penal y abría el paso para su posterior crítica.

Quien quiere ir al cine simplemente para ver una película y durante la conducción del auto hace imprudentemente causando la muerte de un peatón, el análisis del primer momento de voluntad final del autor nos llevará a determinar que la conducta estaba dirigida a ver la película, no hacia provocar la muerte de un peatón, sin embargo, la existencia de normas que exigían mantener un deber de cuidado durante la conducción del auto, el cual *no* observó y por ello provocó el resultado socialmente indeseado muerte, conlleva a la imputación de este resultado a título de culpa cuyo sustento no radica en la finalidad que guió al autor sino en la inobservancia de un deber de cuidado.

Sobre lo disvalioso de la conducta, se dice: "al igual que sucede con los delitos dolosos tampoco el tipo de injusto de los culposos se agota en la lesión de un bien jurídico, sino

<sup>175</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 30.

<sup>176</sup> Sobre el desarrollo de este principio, *cf.* WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* págs. 69-75, 102-103 y 109-110. mismo Autor. *Derecho Penal Alemán*. Esp. págs. 77-78, RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* págs. 43-45, 62-63.

<sup>177</sup> *Cfr.* WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* págs. 11-19, 36-42.

presupone siempre un determinado desvalor de la acción y contiene, como el tipo del delito doloso, un injusto personal”<sup>178</sup>

#### 4. TENTATIVA

Es en la tentativa donde alcanza mayores aciertos la teoría final de acción, la cual había sido un problema insuperable en el sistema clásico y el neoclásico.

De acuerdo con BOCKELMANN “sólo podrá considerarse como tentativa lo que implique la ejecución de una resolución. Sólo es tentativa aquella conducta impulsada por una voluntad dirigida a la comisión dolosa del delito consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de manera indudable”<sup>179</sup> En el mismo sentido, para RODRÍGUEZ MUÑOZ “precisamente lo característico de la tentativa, su defecto, consiste en que el sujeto activo no ha llegado donde se proponía, ello supone por necesidad lógica el propósito, la voluntad de llegar”<sup>180</sup>.

En efecto, todos los supuestos de tentativa planteados anteriormente como críticas a los sistemas clásico y neoclásico del delito, pasaban a ser satisfactoriamente resueltos a través del concepto final de acción. Pues se podía establecer desde la primera categoría del delito: el tipo, cuál de ellos debería ser ampliado a través de la fórmula de la tentativa. Así, por ejemplo, al

---

<sup>178</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 62. En el mismo sentido, *gr.* CEREZO MIR, José. “Lo injusto...” esp. págs. 64-65.

<sup>179</sup> BOCKELMANN. *Taterschaft*. Págs. 35. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo *La doctrina...* págs. 141.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* págs. 143.

establecer desde el tipo si el sujeto quien disparó sin dar en el blanco había dirigido su acción hacia la provocación de la muerte ya se puede ampliar el tipo de homicidio a través de la fórmula de la tentativa, quedando subsumido el supuesto como tentativa de homicidio. Lo mismo sucedería si el sujeto obró con dolo de lesionar, en cuyo caso se ampliaría el tipo de lesiones. Pero sería atípica la conducta si el sujeto tenía la finalidad simplemente de asustar a su amigo, aunque para esa solución sería necesarios confirmar las habilidades para disparar. En este punto, creo haber dado previamente suficientes ejemplos y presupuestos que confirmaran los aciertos de la doctrina final de acción aplicada a la tentativa<sup>181</sup>.

Valorando en conjunto lo que hasta aquí hemos analizado, resulta que los fundamentos originales del sistema clásico de analizar todo lo objetivo en el tipo y la antijuridicidad y todo lo subjetivo en la culpabilidad, quedaban completamente superados, pues el tipo quedaba definitivamente conformado por un tipo objetivo (elementos descriptivos y normativos) y por un tipo subjetivo (dolo o la culpa y elementos subjetivos distintos del dolo). Hasta aquí los desarrollos correspondientes al tipo en el sistema finalista.

Surge ahora la pregunta ¿qué quedó de la culpabilidad?

## 5. CONCEPCIÓN PURAMENTE NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

---

<sup>181</sup> Cfr. Cap. Pro. II. B. 1. b) y Cap. Pro. III B. 1. a).

A diferencia del sistema neoclásico en el cual la culpabilidad se sustentaba en un juicio normativo-sicológico, ésta pasó a ser considerada a partir de la teoría final de acción como un juicio puramente normativo.

En dicho juicio normativo había una doble relación: 1) la acción del autor no es la exigida por el Derecho y, 2) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma<sup>182</sup>. Por ello se habla de un reproche personal contra el autor, quien no se comportó conforme a la norma pese a haber estado en condiciones de hacerlo. En palabras de WELZEL “objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en que dicha conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido”<sup>183</sup>

Como consecuencia de la adopción de un concepto puramente normativo de la culpabilidad quedaba fuera el propio juicio del autor sobre su hecho. Es decir, ya no interesaba analizar en la culpabilidad si el autor se había representado o no la provocación de un resultado (nexo psicológico), pues el único juicio que importaba para sustentar la culpabilidad era la existencia de un <<proceso de motivación defectuosa del autor>>, en otras palabras, el juicio consiste en determinar si se le puede reprochar al autor el haber actuado contra lo establecido por el orden jurídico.

---

<sup>182</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 79. También *cfr.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema.” esp. págs. 167.

<sup>183</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* pág. 112.

Desde el punto de vista sistemático “sólo así se logra también establecer el paralelo armónico con el otro juicio valorativo precedente, con el juicio de antijuricidad”<sup>184</sup>.

Por ende, los elementos que conforman a la culpabilidad son:

- La imputabilidad;
- La conciencia de la antijuricidad y,
- La falta de excluyentes de la culpabilidad<sup>185</sup>

Esta estructura tienen como consecuencia sistemática que la concurrencia del dolo o la culpa no presuponen la existencia de la culpabilidad, pues tanto el dolo como la culpa se analizan por separado y conforman en el tipo. Por ello, el autor puede haber realizado una conducta típica dolosa y, sin embargo, no ser culpable por no tener la conciencia de la antijuricidad de su conducta, por ejemplo, porque el autor creyó que su conducta estaba permitida por una causa de justificación. De igual forma será inculpable quien desconocía la existencia de la norma prohibitiva: error de prohibición y lo mismo vale para quien no se le puede exigir actuar conforme a Derecho, por ejemplo, una situación de miedo insuperable<sup>186</sup>.

Así, nos dice GIMBERNAT ORDEIG “en el aborto, por ejemplo: el conocer y querer matar a un feto no encuentra encaje en esta estructura normativa de la culpabilidad; ese conocimiento y esa voluntad son algo que no hacen referencia ni a la conciencia de la antijuricidad –primer elemento- ni a la facultad de actuar de acuerdo con esa conciencia –segundo elemento de culpabilidad-. La voluntad de realizar un tipo penal (la intención de cometer un aborto) no

<sup>184</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* pág. 152.

<sup>185</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 100-131.

nos dice –así argumenta el finalismo– sobre si ese hecho es reprochable o no: ese hecho intencional no es el elemento sino el objeto del juicio de reproche; el aborto voluntario no será por ello reprochable si faltó conocimiento de la antijuridicidad (el autor ignoraba que el aborto está prohibido, porque era un enajenado mental o porque era un extranjero que creyó, invenciblemente, que al igual que en su país, tampoco en España se castigaba el aborto), o si, a pesar de conocer el autor que el hecho era delito, no le fue posible actuar de acuerdo a Derecho (porque estaba sometido por ejemplo, a un miedo insuperable)<sup>187</sup>

#### a) SOBRE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Desde el punto de vista sistemático, al ubicarse el dolo a nivel de tipo, éste no podía incluir entre sus elementos a la conciencia de la antijuridicidad, cuyo análisis sistemático es necesariamente posterior al del tipo porque presupone el análisis de la antijuridicidad<sup>188</sup>, de ahí que el contenido del dolo pasa a ser el de un dolo neutro o, también denominado, natural, por bastar para su constatación con el conocimiento y la voluntad de los hechos descritos en el tipo.

---

<sup>186</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs 115-116.

<sup>187</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema...” pág. 167.

<sup>188</sup> En este sentido, se debe recordar que el análisis del delito se debe realizar siempre atendiendo primero a su tipicidad, después a su antijuridicidad y por último a su culpabilidad, esa secuencia se interrumpe cuando alguno de esos elementos no se puede conformar. Por ejemplo sería ocioso desde el punto de vista dogmático y sistemáticamente imposible analizar si una conducta atípica es antijurídica o culpable, pues la conducta ha quedado fuera del ámbito de análisis de la teoría del delito desde el momento en que se determina su atipicidad. Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Esp. pág. 92.

Ejemplificando lo anterior, si el comerciante a quien en repetidas veces le han asaltado, ve de reojo que un hombre se aproxima hacia el mostrador con una pistola y sin esperar más saca la pistola y dispara primero causando la muerte del presunto asaltante, aclarándose posteriormente que la pistola estaba descargada y que su portador no era ningún asaltante sino un automovilista quien estaba huyendo de los ladrones quienes le habían robado su coche y lo perseguían para despojarlo también de su costoso reloj y por ello dicho automovilista había entrado al negocio para pedir ayuda.

Al analizar el supuesto antes descrito, la conducta del comerciante ha sido realizada sin dolo alguna dolosamente, pues conocía la prohibición de matar a otro y quiso matar al presunto asaltante y ello se analiza al determinar la tipicidad de la conducta. En cambio, la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa de sus bienes se analiza a nivel de antijuridicidad, pero al ser improcedente ésta por no existir objetivamente una agresión, se detiene hasta la culpabilidad el análisis del error sobre la existencia de una causa de justificación, es decir sobre la conciencia de la antijuridicidad. En este sentido, el comerciante habría actuado típicamente y antijurídicamente pero no culpablemente, y ello es así porque no tenía la conciencia de la antijuridicidad de su conducta, pues había actuado con la creencia errónea de que su conducta estaba justificada por una legítima defensa de sus bienes (legítima defensa putativa).<sup>189</sup>

En Latinoamérica son partidarios de esta teoría MONIT DÍAZ<sup>190</sup>.

En México, OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAI, después de analizar el dolo dentro de los sistemas clásico, neoclásico y final de acción, expone su interesante modelo lógico

<sup>189</sup> En este sentido, *cf.* BOCKELMANN. *Täterschaft*. Págs. 36-39. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Art. *La doctrina...* págs. 98-99

matemático, construido junto con RAMÍREZ HERNÁNDEZ, en el cual se sitúan “al dolo en la conducta descrita en el tipo legal; pero a nivel de concretización, lo situamos en la conducta típica, integrante del delito. En otras palabras, hacemos una distinción tajante entre mundo normativo y mundo fáctico, entre el tipo como elemento de la norma y el delito como aspecto de hecho que se adecua al tipo y al cual se asocia, el reproche que constituye la culpabilidad. El delito deberá contener a un nivel de concretización todos los elementos que el tipo describe, motivo por el cual, para poder hablar de <<dolo>> en la conducta delictiva, tendremos que encontrar la correspondiente descripción en la figura legal. De otra manera estaríamos violando el artículo 14 constitucional. Resumiendo: el dolo en nuestra teoría está en el tipo y en el delito: específicamente en la conducta general y abstracta descrita normativamente y en particular y concreta realizada en el mundo fenoménico”<sup>191</sup>

Por su parte MÁRQUEZ PIÑERO también se pronuncia en favor de esta sistemática<sup>192</sup>. Por otra parte, aunque DAZA GÓMEZ hace referencia de algunos de los postulados del sistema funcionalista, sin embargo, en su manual no toma postura expresa por dicho sistema<sup>193</sup> y, en uno de sus artículos, manifiesta: “para nosotros que nos afiliamos al finalismo...[y sigue diciendo]... nosotros, que iniciamos el estudio del finalismo en 1990, coincidimos con sus

---

<sup>190</sup> Cfr. MONTT DÍAZ, Bernardo. “Contenido de la voluntad...” esp. págs. 5-8.

<sup>191</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “El dolo...” Pág. 44.

<sup>192</sup> Así queda de manifiesto cuando termina su artículo “La estética en la teoría finalista de la acción penal” diciendo “La ética, con su carga moral, y la estética, con su carga de belleza, de dimensión artística, se funden entrañablemente en la gran construcción del ilustre jurista germano. Algunos empezaron a trabajar a partir de ahí, otros modestamente les hemos seguido”. Del autor y obra citada, pág. 113. Del mismo modo se ocupa del análisis del dolo en autores como Raúl ZAFFARONI, Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Elpidio RAMÍREZ y otros. cfr. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. “Las reformas al artículo noveno...” esp págs. 84-86.

<sup>193</sup> Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel. *Teoría general...* esp. págs. 49-50, 114-120 y 207-218.

fundamentos y filosofía, porque, abren un camino nuevo, el cual está enfocado a un me Derecho Penal”<sup>194</sup> por ello podemos encuadrarlo como partidario de esta escuela.

## B. CRÍTICAS AL FINALISMO

Con independencia de las discutibles críticas sobre la base filosófica y metodológica sobre cuales fue construida el finalismo<sup>195</sup>, nos referiremos sólo a aquellas realizadas a este sistema que tienen alguna repercusión en el análisis del dolo.

### 1. A NIVEL DE TIPO

La conformación objetivo-subjetiva del tipo en el sistema finalista trajo aparejadas diversas críticas: sistemáticas, por la inclusión del dolo y la culpa; conceptuales, derivadas de la ausencia de una finalidad delictiva en las conductas culposas y de insuficiencia para delimitar fronteras entre dolo eventual y culpa consciente. De todo ello me ocupo a continuación

---

<sup>194</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos. “Evolución doctrinal del finalismo” ... págs. 57 y 67.

<sup>195</sup> Sobre las críticas, *gr.* CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción.* esp. págs. 58-70. Rebate dichas críticas WELZEL en su obra: *El nuevo sistema del Derecho Penal (una introducción a la doctrina de acción finalista)*”. Esp. pág. 19.

## a) POR LA UBICACIÓN DEL DOLO Y LA CULPA A NIVEL DE TIPO

En 1953 MAIHOFER critica el concepto de acción dolosa y culposa expuesto por WELZEL por considerar que con ello adelanta la valoración de características subjetivas, específicamente psicológicas, las cuales son más propias de un análisis a nivel de culpabilidad y no en el análisis del tipo, pues ello supone resquebrajar la sistemática que deben tener los elementos del delito y rompe con la neutralidad del concepto de acción el cual, como presupuesto, debe estar libre de características pertenecientes a otros elementos del delito<sup>196</sup>.

## b) ¿FINALIDAD EN LA CULPA?

Si la acción penal sólo podía ser la acción final, es decir aquella dirigida a la producción de un resultado típico, resultaba inexplicable por qué deben considerarse finales las conductas culposas, en las cuales el sujeto activo no tiene la finalidad de provocar dicho resultado típico e incluso puede estar en contra de su producción, luego, entonces, de este planteamiento habría que deducir que la acción culposa no es final<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> MEIHOFER, Werner. *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*. 1953. Págs. 38-61. Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 114-118.

<sup>197</sup> En este sentido: cfr. MEZGER, Edmund. *Kurz-Lehrbuch*. Págs. 44-45, cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* págs. 106-107. MAIHOFER, Werner. *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*. 1953. Págs. 38-61, cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. *La doctrina...* págs. 118-119. De acuerdo con MEZGER, ENGISCH, GALLAS y STRATENWERTH el origen del problema anterior recayó en la vinculación realizada por WELZEL del Derecho con las estructuras lógico-objetivas para determinar la acción jurídicopenal relevante, de ahí que rechazaran dicho fundamento. Cfr. Por todos: CEREZO MIR, José. "El finalismo"... esp. Págs. 79 y sigs.

Lo anterior es todavía más evidente en los supuestos de culpa inconsciente en los cuales el sujeto ni siquiera ha previsto que su conducta pudiera llegar a provocar un resultado típico, por tanto se confirma la pregunta ¿hasta qué punto la culpa inconsciente es acción final?<sup>198</sup>, y como sostenía WEI.ZEL, las acciones finales se caracterizan precisamente por la previsión que tiene el autor de los resultados que se producirán con su acción y, sin embargo, esa previsión está ausente en la culpa inconsciente.

Esta crítica encontraba sustento en el original concepto de acción final, entendida como „unidad real de sentido dominada por la voluntad que establece el fin“<sup>199</sup>, concepción intachable para referirse a las acciones dolosas, pero insuficiente para captar a las conductas culposas a las cuales se les consideró como conductas deficientes y, efectivamente, ello no podía ser de otra forma, pues en ellas el fin no es la producción del resultado típico.

En este sentido, la crítica de NIESE<sup>200</sup> hacía la formulación de WEI.ZEL sobre la existencia de una finalidad potencial (evitable por actuación final) se centró en la finalidad <<ontológica>> posible que ello supone, la cual es totalmente distinta a finalidad real que, de acuerdo con la teoría final, debe estar presente en todas las conductas penalmente relevantes<sup>201</sup>.

Sin embargo, para responder a estas críticas, años más tarde, WEI.ZEL replanteó sus postulados a través de la fórmula de la <posible acción finalista> y sostuvo „el elemen-

<sup>198</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 89-90.

<sup>199</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. pág. 128.

<sup>200</sup> *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951. Cita en. ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación”... pág. 141.

<sup>201</sup> En este sentido cfr. ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación”. . esp. págs. 141-142.

esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una <<selección>> dentro de él, en relación con su punibilidad<sup>202</sup>. Con ello se ponía nuevamente de manifiesto que el sentido social de la acción no estaba sólo supeditada a la voluntad final del individuo (desvalor de la acción) sino que, además dependía del desvalor del resultado, es decir de la antijuridicidad objetiva<sup>203</sup>.

De todas formas WELZEL no conseguía superar su alejamiento del concepto general de acción final sobre el cual había erigido su sistema y debía recurrir al desvalor del resultado para hacer descansar en este la tipicidad de la acción culposa. En efecto, la conducta culposa no se dirige ni a la producción de un resultado típico ni a la violación de un deber de cuidado, sino simplemente dicho deber no se observa dando lugar a la producción de un resultado típico<sup>204</sup>.

Pero lo anterior nos lleva a reconsiderar que si lo que importa en los delitos culposos no es la acción en sí misma entendida como finalidad realizada, sino la posible acción finalista que no se realizó conforme a lo establecido por la norma jurídica, ello ha supuesto la elaboración de un juicio valorativo y ese juicio no es un juicio moral sino un juicio jurídico que nos lleva a reprochar una conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden

---

<sup>202</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* págs. 18-19,30. También, *cf.* RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 33-34, 47-48, 58.

<sup>203</sup> *Cfr.* WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 69-76; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 89-90

<sup>204</sup> En este sentido, *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, José María. En prólogo al libro de José Arturo MUÑOZ Rodríguez. *La doctrina de la acción finalista*. Pág. X.

jurídico ¿Acaso no es esto la culpabilidad? Así lo puso de manifiesto MEZGER „, consiguiente, el reproche a título de culpa no surge aquí de la acción, sino del <juicio culpabilidad>... pues la inserción <potencial> de la finalidad en la acción culposa tiene que fundamentada desde la esfera del deber; por consiguiente, desde la esfera de lo *esencial* (no de existencial)“<sup>205</sup>.

Por ejemplo, en el supuesto del chofer de un microbús, quien durante la conducción recibe el pago del pasaje y, ante la alta denominación del billete recibido, concentra su atención en el dinero que debe dar de cambio, descuidando su atención en la conducción sin percatarse de la detención de la marcha de los demás automóviles, colisionando con el vehículo de adelante producto de ello, causando lesiones a los ocupantes del vehículo y de algunos de los pasajeros quienes al momento del choque se impactan contra los pasamanos y cristales del microbús. Analizado la conducta del chofer, su finalidad está dirigida a dar el cambio exacto, no a la violación de un deber de cuidado y no se ha representado en momento alguno la posible lesión de los pasajeros o de otras personas ni los daños a otro vehículo.

Para explicar por qué esos resultados deben ser sancionados por el Derecho Penal a pesar de que no corresponden a una acción final, WELZEL recurre al desvalor de los resultados que conlleva el análisis de la conducta al terreno de su valoración social negativa, dado que el chofer no observó el deber de cuidado debido, con lo cual quería sostener que, por una parte el desvalor de la acción y, por la otra, el desvalor del resultado fundamentan la sanción penal de dicha conducta culposa. Pero lo anterior sólo nos ha reconducido al problema del repro-

<sup>205</sup> MEZGER, Edmund. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* Pág 19 Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, Arturo. *La doctrina...* esp. pág. 131.

que se le puede hacer la chofer por no haber observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico (reglamento de tránsito) y ello no es ni más ni menos que la culpabilidad!

Por todo lo anterior, pese a todos los esfuerzos de WELZEL para encontrar un sustento sólido que sirviera a la teoría finalista al enfrentarse a los problemas de la culpa, lo cierto es que los delitos culposos desvanecían la fórmula de la acción final, la cual según el mismo autor era la única que podía interesar al Derecho Penal.

Llevando más allá la crítica, en el supuesto del chofer su conducta final era únicamente dar el cambio mientras conducía el microbús y los resultados derivados de la colisión (daños en propiedad ajena y lesiones) no pueden ser reconducidos a la voluntariedad de esa acción final, por tanto dichos resultados habrían sido originados por un mero proceso causal ciego, cuyo factor desencadenante es ciertamente una acción voluntaria (como mero proceso causal de origen) pero no una acción final dirigida a la consecución de fines, sean principales, necesarios, concomitantes o accesorios. En resumen, dichas lesiones no se deben una acción dirigida hacia su producción, pues el fin o meta del chofer era dar el cambio y nada más.

Ello es así porque sólo en los delitos dolosos hay una finalidad de producción de los resultados típicos pero dicha finalidad no existe en los delitos culposos.

Este problema de un doble concepto de acción, unas veces final como conducta dirigida a la provocación de resultados típicos en los delitos dolosos y otras veces potencial por la

inobservancia de un deber debido que hubiera evitado los resultados típicos en los delitos culposos, tenía también sus repercusiones a nivel de culpabilidad. Así BOCKELMANN en 1949 manifestó “la esencial diferencia de dolo y culpa se hace presente, si no surge ya en el concepto de acción, en otro lugar del sistema. El que conciba dichas características como formas de la culpabilidad se verá perplejo ante la dificultad de fundamentar debidamente el hecho de que el reproche de la culpabilidad se apoya unas veces en la previsión del resultado, otras, precisamente, en la no previsión del mismo”<sup>206</sup>

CEREZO MIR, reconocido discípulo de WELZEL, resume: „Es cierto, no obstante, que un elemento esencial de la mayor parte de los delitos imprudentes, el resultado causado, que *fuera de la acción finalista*, WELZEL no puede establecer la relación entre el resultado y la acción finalista, en la esfera ontológica. No cabe incluir en el ámbito de la acción *finalista*, en el plano ontológico, una consecuencia producida en forma puramente causal. No cabe resolver esta dificultad mediante el criterio de la finalidad potencial. Si se refiere este criterio a la capacidad del autor, se anticipa, al mismo tiempo la valoración de la culpabilidad o al menos de los elementos básicos de la misma. Tampoco cabe resolver el problema refiriendo la finalidad potencial a la previsibilidad o evitabilidad *objetivas*, es decir a lo previsible o evitable por el ser humano en general. No es posible determinar el ámbito de lo objetivamente previsible o evitable en el plano *ontológico*. La previsibilidad objetiva se determina mediante un juicio llevado a cabo colocándose el observador (por ejemplo, el juez) en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor y su experiencia común de la época sobre procesos causales. La fijación del nivel de conocimiento que ha de servir de base para determinar la previsibilidad objetiva no es posible sin que

<sup>206</sup> Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo *La doctrina...* pág. 91

inmiscuya un juicio valorativo. La relación entre la acción finalista y el resultado en los delitos imprudentes, no puede ser establecida, por tanto, mediante el concepto de acción, sino sólo en la esfera valorativa, y concretamente en los tipos de lo injusto<sup>207</sup>.

### c) DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE

En 1944 ENGISCH presentó una aguda crítica a la teoría de acción final, al poner de manifiesto no sólo sus dificultades para sustentar un concepto final frente a los delitos culposos, sino también para establecer las fronteras entre culpa y dolo eventual. ENGISCH señala “si alguien actúa a la vista de las consecuencias necesarias e incluso reconocidas sólo como posibles, entonces tales consecuencias no son causadas ciegamente sino que pertenecen a la <supradeterminación> de sentido, aunque no sean perseguidas por el sujeto. Desde el momento que el hombre resuelve actuar no obstante dichas consecuencias, dirige a ellas de manera consciente el curso causal y las reconoce como posibles fines de su conducta. Pero no es aplicable esto asimismo a la *culpa consciente*? La diferencia entre ella y el dolo radica para WELZEL en la <posición volitiva del autor>. Pero la esperanza de que no se producirá el resultado, característica de la culpa consciente, sólo afecta a la punibilidad, no a la consciencia de la posible causalidad. Vistos a la luz de la estructura de la acción, el *dolus eventualis* y la culpa consciente van juntos, y sólo se separan como peldaños de la culpabilidad. La doctrina finalista de la acción entra aquí en conflicto con las gradaciones de la culpabilidad predeterminadas por el legislador. La doctrina según la cual el dolo y la culpa no son diferentes especies de la acción,

---

<sup>207</sup>Cfr. Del Autor citado. “El finalismo”... esp. Págs. 823-84.

sino peldaños y formas de la culpabilidad, permanece en armonía con la graduación de las sanciones penales, que siempre ha constituido el escollo en que han tropezado las concepciones tentativas de estructurar *a priori* la posición subjetiva del autor respecto al resultado (distinguiendo como LÖFFLER y MIRICKA la intención, el saber y la previsibilidad). La doctrina final de la acción favorece una <psicologización> del dolo y de la culpa que pareciera felizmente superada<sup>208</sup>

A partir de lo anterior ENGISCH crea su propio concepto de acción en la cual desliga el resultado que persigue el autor individual „la acción comprende más bien las consecuencias *adecuadas* aunque no sean perseguidas por el autor, siempre que tenga su origen en un acto de voluntad. Este criterio de la adecuación es constitutivo, y en este punto resalta la diferencia con el concepto finalista de WELZEL<sup>209</sup>

Contra lo anterior responde WELZEL que tanto el resultado final, como los resultados necesarios y los accesorios, al momento de ser previstos por el autor y aceptarlos como *consequir su fin* se consideran como abarcados por su intención de voluntad final y por tanto su comisión es dolosa. Por el contrario, cuando el autor desecha la producción de los resultados accesorios y sin embargo éstos se verifican, entonces esos resultados no han sido queridos porque el autor no ha contado con ellos y sólo se le puede imputar la comisión c

<sup>208</sup> ENGISCH. “Der finale Handlungsbegriff” en *Probleme der Strafrechtserneuerung*. Págs. 153 y sigs. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 85.

<sup>209</sup> ENGISCH. “Der finale Handlungsbegriff” en *Probleme der Strafrechtserneuerung*. Pág. 165. Cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 84.

delito culposo atendiendo a que esos resultados eran evitables atendiendo a un deber de cuidado<sup>210</sup>.

Para concluir con esta crítica, el fracaso del sistema final de acción frente a los delitos culposos lo explica RODRÍGUEZ MUÑOZ exactamente en su fundamento, al decir: “todo el trabajo desplegado para conseguir encuadrar los delitos culposos en la nueva doctrina ha sido hasta ahora infructífero por la sencilla razón de que esta nueva doctrina, en su aplicación al Derecho punitivo, es *una teoría del dolo*. Y como la diferencia entre los delitos dolosos y los culposos no es simplemente cuantitativa, sino *cualitativa y fundamental*, la consecuencia indeclinable será siempre que cuanto más se ajuste el finalismo a los primeros y cuanto más penetre y capte su propia esencia, más extravagantes han de ser para él los segundos<sup>211</sup> .

En efecto, mientras que el finalismo resuelve con pulcritud todas las cuestiones referidas a los delitos dolosos y centra en ellos su atención, en contrapartida, el tratamiento de los delitos culposos enfrenta los problemas expuestos y su tratamiento es eludido en lo posible. Aunque se buscan diferentes correctivos en la teoría del delito, se deja incólume el concepto final de acción y ello es lógico pues si se trastocara dicho concepto para responder a los problemas planteados por los delitos culposos, entonces la barca haría agua en los delitos dolosos. Por ello RODRÍGUEZ MUÑOZ propuso la creación de un sistema dualista de acción<sup>212</sup>

#### d) SUSTENTO DE LA OMISIÓN

---

<sup>210</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 27 y 69.

<sup>211</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 126.

El presupuesto óptico del cual partía el sistema final de acción encontraba problemas para sustentar los delitos de omisión, los cuales no tienen una relación causal (óptica) entre la conducta y el resultado y sin embargo son captadas por el legislador penal<sup>213</sup>. En efecto, si se podía considerar como conducta, a efectos del derecho penal, aquella capaz de producir un resultado típico, luego, entonces, la omisión no podía ser considerada una acción finalista, tampoco una conducta sancionada por el Derecho Penal. Pues, quien omite evitar un resultado no ha desencadenado proceso causal alguno y su omisión es incapaz, desde el punto de vista óptico, de provocar lesión alguna a bienes jurídicos tutelados<sup>214</sup>.

Así, por ejemplo, quien quiere que su enemigo muera y al verlo en la iglesia se da cuenta que éste está sufriendo un paro cardíaco y no lo asiste para tratar de salvar su vida, no se puede decir que su conducta de no llamar a los paramédicos o de no tratar de reanimarlo sea causalmente causante de su muerte, pues la causa fue el paro cardíaco, el cual se hubiese verificado con o sin la presencia del omitente. Por tanto, desde el punto de vista óptico, ese proceso causal desencadenante del resultado muerte le es ajeno a quien omitió la conducta debida.

## 2. EN EL ERROR

<sup>212</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* esp. págs. 124-133.

<sup>213</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* esp. pág. 68-70.

<sup>214</sup> En este sentido Cfr. KAUFFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Verlag Otto Schöningh. Göttingen. 1969. Esp. Págs. 57 y sigs., 64 y sigs. Cita en CERREZO MIR, José. "El finalismo"... esp. Pág. 84

También en los supuestos de error se han encontrado dificultades al aplicar el sistema finalista, veamos dichos problemas

#### a) PROBLEMAS SISTEMÁTICOS PARA DIFERENCIAR ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

ENGISCH consideró que la teoría finalista llevaba a concebir la teoría del error como una sola, es decir, ya no habría distinción entre error de hecho o error de tipo y error de Derecho o error de prohibición, ambas clases de errores deberían ser analizados en la acción y, por tanto, su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo y en ningún caso a la culpabilidad.

Lo anterior fue planteado por ENGISCH en los términos siguientes “si, en efecto, la acción es configuración <consciente de la realidad>, resulta que el dolo de un delito exige el <conocimiento del acto en todas las características que le pertenecen al tipo objetivo del injusto>. Si el dolo pertenece a la acción, entonces pertenece también a ella aquel conocimiento del acto cuya falta como <error> excluye el dolo. Pero como quiera que el contenido de este conocimiento no puede ser determinado sin tener en cuenta lo que pertenece al tipo del injusto, y como por lo demás aquel conocimiento significa parcialmente una <valoración paralela> a la valoración jurídica, resulta que tienen que ser recibidas y tratadas en la doctrina de la acción dolosa cuestiones relativas al tipo del injusto y a la

valoración del injusto, que con razón pueden presuponerse ya resueltas y conocidas en la doctrina de la culpabilidad, pero no aún en la doctrina de la acción<sup>215</sup>

Con lo anterior ENGISCH pone de manifiesto la imposibilidad de analizar los supuestos de error exclusivamente en el tipo y la necesidad, en algunos de dichos supuestos, de llegar hasta la culpabilidad. Lo cual nos abre al camino para un problema más en el error.

## b) CONSECUENCIAS EN SUPUESTOS DE ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE

En palabras de GIMBERNAT ORDEIG “si para el finalismo dolo quiere decir únicamente conocimiento y voluntad del resultado típico; y para la tesis tradicional: conocimiento y voluntad de ese resultado a conciencia de que está prohibido, entonces necesariamente tiene que existir discrepancias entre una y otra escuela sobre cuándo existe un delito de dolo (discrepancias sobre el supuesto de hecho), que condicionarán, a su vez e inevitablemente, nuevas discrepancias sobre las consecuencias jurídicas penales<sup>216</sup>

Así, por ejemplo, si en las elecciones presidenciales, Tomás pide a su hermano Gaudencio que vote por él porque le es imposible ir a votar el día de las elecciones y dado su parecido físico le proporciona al efecto su credencial de elector con fotografía y le indica en favor de quién votar su voto, siendo que Gaudencio sabe que votar más de dos veces es un delito electoral, pre-

<sup>215</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina...* pág. 86.

<sup>216</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema...” csp. pág. 167.

en el art. 403 fracción II del C.p.m.<sup>217</sup>, pero cree que no es delito votar en nombre de su hermano, más cuando éste incluso le determinó por quien votar. Desde el análisis de la sistemática finalista, el conocimiento de Gaudencio sobre la prohibición de votar más de dos veces confirma su dolo y la creencia errónea sobre la permisión de hacerlo en nombre de su hermano se analiza hasta la culpabilidad como un error de prohibición, el cual al ser vencible tiene como consecuencia la atenuación de la pena, en otras palabras, en el supuesto de error de prohibición vencible se ve afectada únicamente la reprochabilidad (culpabilidad) del tipo doloso cometido y por ello existirá un delito doloso de votar más de dos veces con culpabilidad atenuada, lo cual supone una disminución de la pena a imponer a Gaudencio.

En cambio, atendiendo al sistema clásico, si el dolo se analiza en la culpabilidad y este se conforma con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo y, además, con la conciencia de la antijuridicidad. Resulta que Gaudencio no ha tenido la conciencia de la antijuridicidad de su actuar, pero como se le podía exigir un mínimo de cuidado para salir de su error, ese error de prohibición vencible nos reconduce hacia la culpa, no hacia la atenuación de la culpabilidad y por tanto la disminución de la pena como resultó de la aplicación de la sistemática finalista, sino hacia la culpabilidad culposa según el sistema clásico o hacia la culpa como elemento de la culpabilidad según el sistema neoclásico.

Pero esa imputación de un delito electoral culposo tiene una consecuencia importantísima: su impunidad. En efecto, los delitos electorales sólo aceptan su comisión dolosa<sup>218</sup>, por tanto, de

---

<sup>217</sup> Art. 403. Se impondrá de diez a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien:

II. Vote más de una vez en una misma elección”

<sup>218</sup> Cfr. MORENO HERÁNDEZ, Moisés. *Delitos electorales (algunos lineamientos para el Ministerio Público)*. México. Procuraduría General de la República. Fiscalía Especial Para la Atención de Delitos Electorales. 1994 Esp. Pág.

acuerdo con el sistema clásico y el neoclásico del delito, la conducta de Gaudencio queda exenta de responsabilidad penal alguna, mientras que de acuerdo con el sistema final estaríamos ante una conducta dolosa con culpabilidad atenuada, es decir se sancionaría con pena mínima prevista.

Por todo ello, en un mismo supuesto de error de prohibición vencible pueden existir soluciones distintas: impunidad de acuerdo con el sistema clásico del delito y culpabilidad atenuada con la correspondiente disminución de la pena de acuerdo con el sistema final. Esas son las consecuencias prácticas de aplicar uno u otro sistema<sup>219</sup>.

### 3. SOBRE EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

La crítica más frecuente realizada al sistema final de acción es que deja casi vacía de contenido a la culpabilidad. Mas ello sería así si pensáramos exclusivamente en los postulados del sistema clásico, en los cuales el dolo y la culpa son la culpabilidad misma y si estos se trasladaran al tipo, luego entonces, no es que la culpabilidad quedaría << casi vacía >> sino que incluso quedaría << completamente vacía >> y por tanto desaparecería como elemento del delito. Por otra parte, partiendo de los postulados del sistema neoclásico del delito, en el cual el dolo y la culpa sólo eran elementos de la culpabilidad, su traslado al tipo, nos dejaría una culpabilidad

13 En el mismo sentido *Cfr.* REYES TAYABAS, Jorge. *Análisis de los Delitos Electorales y Criterios Aplicados*. Procuraduría General de la República. 1994. Págs. 19-20.

<sup>219</sup> Para un desarrollo completo de completo de esta crítica y su aplicación a un supuesto de robo bajo error de prohibición vencible, *cf.* GIMBERNAT ORDIJIG, Enrique. *El sistema...* págs. 167-168.

conformada todavía con la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la inexistencia de causas excluyentes de culpabilidad<sup>221</sup> ¿se puede decir que con todos estos elementos esté casi vacía la culpabilidad? Hasta donde alcanzo a ver, no queda vacía de contenido la culpabilidad!

#### 4. PROBLEMAS EN LA PARTICIPACIÓN

GIMBERNAT ORDEIG también ha puesto de manifiesto los problemas que se presentan en los delitos especiales propios, en los cuales sólo puede ser autor quien reúne las características establecidas en el tipo (*intranseus*), cuando el autor principal realiza la conducta descrita en el tipo bajo un error de tipo y concurre la participación de un *extraneus*<sup>222</sup>.

Así, por ejemplo, si el nuevo Delegado de una delegación política decide nombrar a un nuevo titular en el departamento de desarrollo urbano y vivienda y al efecto propone el puesto al Ing. Serafin, quien acepta de palabra y de inmediato se dirige a su nueva oficina. Si en ese momento el Delegado llama al anterior titular: Martín, quien había sido destituido hacía apenas unas horas y se encontraba en su ex-oficina recogiendo sus objetos personales, para decirle que debe recoger su renuncia y de paso avisarle al nuevo titular que olvidó firmar su nombramiento. Siendo que a la llegada de Serafin, Martín, con la finalidad de hacerlo incurrir en un delito, le dice que llamó al Delegado para decir que se pusiera a trabajar de inmediato en la firma y

---

<sup>220</sup> Cfr. Cap. Pro. II. A. 4.

<sup>221</sup> Cfr. Cap. Pro. III. A. 4.

<sup>222</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "El sistema..." esp. págs. 165-167.

autorización definitiva de licencias de uso del suelo, lo cual hace Serafín y es hasta el siguiente cuando se entera que debía haber firmado su nuevo nombramiento.

Analizando objetivamente la conducta de Serafín, de acuerdo con el art. 214 fracción I del C.p.m., éste ha incurrido en un delito de ejercicio indebido de servicio público<sup>223</sup> puesto que la firma de aceptación del puesto público es un requisito legal para la procedencia del nombramiento, de tal suerte que ejerció funciones públicas (expedición de licencias de uso del suelo) durante el día anterior sin haber satisfecho los requisitos necesarios para desempeñar el cargo. Claro está que Serafín ha actuado bajo un supuesto de error de tipo, porque pensó que la simple aceptación de palabra era suficiente para tomar posesión legítima de su cargo, por tanto, de acuerdo con la sistemática finalista, su conducta es atípica debido a que no conforma el dolo<sup>224</sup>.

Pero la pregunta es ¿a título de qué responde Martín? pues fue él quien hizo incurrir en error a Serafín. Es evidente que estamos ante un supuesto de participación, propiamente inducción de Martín, pero el problema radica en que Martín realizó su inducción después de haber sido destituido, por tanto ya no tenían el carácter de servidor público, lo hizo como particular. Sin embargo, el delito de ejercicio indebido de servicio público es un delito especial propio, es decir sólo lo pueden cometer los servidores públicos y no hay ninguna figura

---

<sup>223</sup> Art. 214. Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: I Ejerce las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer los requisitos legales.

<sup>224</sup> En este supuesto tanto el error de tipo vencible como el invencible excluyen la tipicidad, pues aunque el de tipo invencible deja subsistente la culpa, este delito no acepta dicho título de imputación de acuerdo con el art. 60 del Código Penal, en el cual se ha adoptado el sistema de *numerus clausus*.

para subsumir la conducta cuando se trata de particulares, como sí que sucede en los delitos especiales impropios, por ejemplo, entre el peculado (servidores) y el fraude (particulares).

Por tanto la única vía para sancionar la conducta de Martín sería el de la participación. Mas la participación se basa en el principio de subsidiariedad, es decir sólo puede ser sancionada la participación en un hecho principal típico y antijurídico, y en nuestro supuesto resulta que la conducta del Serafín es atípica, luego entonces no se puede sostener una participación delictiva en un hecho atípico<sup>225</sup>.

La conclusión a la que se llega es que tratándose de la participación en delitos especiales propios en los cuales el autor se encuentra bajo un error de tipo, la conducta del partícipe *extraneus* es también atípica y por tanto impune. Y todo ello se derivó del análisis del dolo en el tipo.

En cambio, ubicando el dolo en la culpabilidad, como lo hacía el sistema clásico y neoclásico, sí que podríamos sostener la punibilidad de la conducta de Martín, pues desde el punto de vista objetivo podríamos subsumir la conducta de Serafín en el tipo del art. 214 fracción I del C.p.m. y ésta no estaría amparada por causa de justificación alguna. Con lo cual ya tendríamos que la conducta de Serafín es típica y antijurídica y se dejaría hasta la culpabilidad la exclusión de su responsabilidad por la falta de dolo. No así para Martín, pues aquí sí que se podría sostener su

---

<sup>225</sup> Sobre el problema de la subsidiariedad de la participación, *cf.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (p.g.)* 3º ed. Esp. págs. 422-429; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Justificación y exculpación..." esp. págs. 68-69; del mismo Autor. "El estado de necesidad..." esp. págs. 224 y sigs; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, Miguel. *La autoría.*" esp. págs. 177-181 y 237-242. Se pronuncia en contra SANCINETTI para quien el ilícito de la participación es independiente del ilícito del autor principal, *cf.* SANCINETTI, Marcelo. "Observaciones sobre la teoría de la imputación..." esp. Págs. 70-73.

responsabilidad atendiendo a que ha participado en una conducta típica y antijurídica, mientras que la inculpabilidad de Seraffin no le beneficia, pues la culpabilidad es un juicio personal.

En conclusión, la sistemática de la teoría finalista impide sancionar la participación de *extraneos* en delitos especiales propios de autores bajo supuestos de *error*, mientras que la sistemática clásica sí que nos permite la sanción de dicha participación, con lo cual llega a una mejor solución.

Hasta aquí el análisis de las críticas realizadas al sistema final de acción.

## V. APROXIMACIÓN SISTEMÁTICA A LA TEORÍA FUNCIONAL PARA UNA MEJOR CONCEPCIÓN DEL DOLO

Como último desarrollo de los distintos sistemas del delito corresponde el turno al sistema denominado sistema funcionalista.

### A. EXPOSICIÓN DOGMÁTICA

Las insuperables críticas en torno a la culpa y la omisión hechas al sistema final de acción, han dado como resultado la búsqueda de nuevos proyectos sistemáticos<sup>226</sup>, entre los que podemos citar: la síntesis neoclásico-finalista por GALLAS, JESCHECK y WESSELS<sup>227</sup>; el modelo de Günter JAKOBS y el racional-final, también llamado teleológico o funcional de Claus ROXIN<sup>228</sup>.

Con respecto al dolo, los nuevos proyectos sistemáticos tienen un punto en común: rechazar el concepto final de acción, pero mantener la ubicación del dolo en el tipo con distinta fundamentación<sup>229</sup>.

En este punto y a efectos expositivos conviene tomar postura por el proyecto sistemático que hoy en día cuenta con mayores partidarios: el sistema racional-final o teleológico o funcionalista de ROXIN. Por ende, los desarrollos restantes de este capítulo estarán encuadrados fundamentalmente dentro de dicho proyecto sistemático, al cual me referiré en adelante como “funcionalismo” por ser ese sustantivo el más adecuado en el idioma español

---

<sup>226</sup> Aunado a ello ROXIN crítica a ambos sistemas el que “fundamentan el sistema de Derecho Penal en categorías ónticas, libres de valores, inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y político-criminales”. Del Autor citado. “Acerca de la consolidación político-criminal...” pág. 26

<sup>227</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs. 201-203.

<sup>228</sup> No obstante, recientemente autores como Carlos DAZA GÓMEZ consideran que “Se inició hace 60 años y aún se mantiene latente, la lucha doctrinaria entre el sistema causalista y finalista” del Autor Citado.

“Evolución doctrinal del finalismo”... pág. 48. Desde mi punto de vista esa afirmación puede ser válida para México en el cual efectivamente esa discusión sigue siendo un problema dogmático e incluso legislativo (*vid. Infra*. Cap. Tro.) Pero en Europa, específicamente en Alemania, dejó de ser tema de polémica desde hace más de treinta años, pues la moderna dogmática se centra en los proyectos aquí enunciados.

<sup>229</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs. 202-203. Por su parte CEREZO MIR, reconoce que la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto en los delitos dolosos no se deriva de la estructura finalista de acción humana ni de la concepción del ser humano como ser responsable, sino que dicha ubicación se deriva de: consideraciones sistemáticas, de exigencias para la punición de la tentativa; de la existencia de algunos tipos penales que describen conductas básicamente finales y, como una consecuencia obligada de la concepción de la antijuricidad como infracción de normas de determinación. Cfr. Del Autor citado. “El finalismo”... esp. págs. 85-90.

para denominar a un sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena<sup>230</sup>.

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena.

Como consecuencia de lo anterior, a nivel de tipo, los cambios de fundamentación teórica más importantes realizados por el funcionalismo recaen principalmente en el tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva. En cambio, al tipo subjetivo se le ha prestado poca atención y los cambios que ha sufrido, en particular el dolo, son propiamente una consecuencia del gran cambio experimentado por el tipo objetivo.

Hasta aquí se ha analizado el dolo en cada uno de los tres sistemas del delito (clásico, neoclásico y finalista) a partir de las tres categorías del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, estableciendo su concepción y problemas sistemáticos en la categoría en que cada uno de dichos sistemas lo ubicó: en la culpabilidad (clásico y neoclásico) o en el tipo subjetivo (finalista). Sin embargo, a efectos de mayor claridad variaré en adelante dicha metodología de exposición y en lo que resta del presente capítulo ofreceré una breve exposición teórica sobre los cambios conceptuales fundamentales que el funcionalismo ha realizado en la teoría del delito.

<sup>230</sup> En este sentido, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, se dice funcional "cualquier técnica eficazmente adecuada a sus fines". Por otra parte, dicho sistema en alemán se denomina zweckrationale (funktionale) Strafrechtssystem" *gr.* ROXIN, Claus. *Strafrecht...* pág. 154, lo cual no incluye en su traducción literal al español el sustantivo "teleológico" cuya inclusión se debe a una traducción libre que parte de la tradición jurídicopenal de las últimas décadas en España y que efectivamente responde a una concepción de interpretaciones o sistemas estructuradas para responder a determinados fines. Pese a ello la mayor cl

delito, ello con el fin de establecer las delimitaciones sistemático-generales a las cuales se debe ajustar el dolo, del cual me ocuparé en detalle en el segundo capítulo, estableciendo sus elementos, concepto, criterios de interpretación y una breve referencia a sus clases.

## 1. ANTECEDENTES

El funcionalismo retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, los cuales habían quedado interrumpidos en el periodo de entreguerras, especialmente por el nazismo<sup>231</sup>, y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>232</sup>.

De esta guisa “la idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho Penal bajo aspectos político criminales permite hacer fructíferos para la dogmática penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social,

---

lingüística del sustantivo funcionalismo y el creciente empleo de éste por los dogmáticos de habla española, me inclinan a utilizarlo preferentemente.

<sup>231</sup> Sobre el contexto histórico-político-filosófico informa ampliamente MARQUEZ PIÑERO, Rafael, en “La estética en la teoría finalista... esp. Págs. 102-106.

<sup>232</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs- 203-204; MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena... et. al.*

desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia”<sup>233</sup>

## 2. CONCEPTO PERSONAL DE ACCIÓN

El sistema funcionalista rechaza la concepción de acción final debido a que „la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causas, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal”<sup>234</sup>. A esto se debe sumar que un concepto de acción como control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo (final) no sustenta satisfactoriamente ni la culpa ni a la omisión.

De esta guisa, la unidad de la acción es definida por „la identidad del aspecto voluntario: el hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un <hacer> o <dejar de hacer> y con ello de <una manifestación de la personalidad>”. Dicho criterio de atribución no es causal ni final sino normativo y, por tanto, el concepto de acción tendrá esa misma naturaleza normativa pero delimitada por la realidad de la vida social y la evolución de los conocimientos empíricos de la época. Es decir se considerará como ≡

<sup>233</sup> ROXIN, Claus. “Acerca de la consolidación político-criminal...” pág. 25.

<sup>234</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 203. También llega a la misma conclusión José CEREZO MIR, Autor citado. “El finalismo”... esp. Págs. 84-85.

<sup>235</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Pág. 218 y 252 y sigs.

penalmente relevante a aquella que constituya una manifestación de la personalidad del individuo conforme a su relación con su medio circundante.

Por ello se tendrá por acción relevante para el Derecho Penal todo lo que se puede atribuir al sujeto como centro anímico-espiritual de acción, es decir, una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que contraviene a una expectativa social.

Este concepto personal de conducta como manifestación de la personalidad sirve para excluir del ámbito penal conductas de animales o de personas jurídicas, así como los meros pensamientos o actitudes internas y de igual forma los supuestos en los cuales el cuerpo humano funciona como una masa mecánica, lo cual sucede en los casos de *vis absoluta* y *vis compulsiva*. Aunque está en disusión si quedan también excluidos los supuestos de movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez sin sentido<sup>236</sup>

### 3. TIPO

La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

Al tipo se le confiere la función de llamada, pues está dirigido a su captación intelectual por el ciudadano para que, de acuerdo con la norma primaria que subyace en la norma penal, guíe su conducta hacia la no realización de la conducta prohibida (delitos de acción) o bien hacia la realización de la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). En esta forma, el tipo establece una pena a imponer a quien realice la conducta en él descrita. De esta suerte, el individuo es advertido de la pena que le será impuesta si realiza la conducta típica, a dicha amenaza, cuyo fin es disuadir o causar temor al sujeto para no cometer delictiva. Así se le conoce como prevención general negativa.

Por ello se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales si no a un individuo que lo asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad política criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad<sup>237</sup>. El tipo así concebido obedece a los lineamientos generales de un Derecho Penal preventivo general.

#### a) TIPO OBJETIVO DELIMITADO POR LA IMPUTACIÓN

El origen de la teoría de la imputación objetiva del resultado es discutido, algunos autores encuentran en la teoría de la adecuación<sup>238</sup>, pero es MAIHOFER el primero en hacer refe-

<sup>236</sup> Para un desarrollo extenso, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs. 258-265.

<sup>237</sup> *Cf.* ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal..." esp. pág. 27.

<sup>238</sup> En este sentido. *Cf.* WEIZEL, Hans. *El nuevo sistema...* esp. págs. 40-42; ROXIN, Claus. "Fina imputación objetiva" esp. Pág. 136.

no a una doctrina de acción sino a una doctrina de la imputación objetiva de resultados<sup>239</sup>. Como quiera que sea lo trascendente es establecer la diferencia entre los criterios sobre los que se construye esta teoría y los aplicados en los sistemas anteriores al funcionalismo.

En términos generales, la diferencia básica en el análisis del tipo objetivo entre los sistemas anteriores al funcionalismo y éste radica en el <<nexo>> que existe entre la conducta y el resultado.

Como he manifestado, tanto el sistema clásico como el neoclásico acudieron a categorías científicas naturales para desarrollar el concepto de <<nexo causal>> entre la conducta y el resultado, de tal suerte que la constatación de dicho nexo natural servía de sustento para imputar un resultado a una conducta<sup>240</sup>.

Los problemas ya analizados de esos criterios objetivistas<sup>241</sup> llevaron al desarrollo de la teoría final de acción, la cual siguió acudiendo al nexo causal para constatar el tipo objetivo, pero éste se delimitó a través del tipo subjetivo concebido sobre la base de criterios lógicos que permitían interpretar dichos procesos causales como producto de una conducta dirigida a la consecución de un resultado prohibido. Pese al avance doctrinal que supuso la inclusión del

---

<sup>239</sup> Cfr. De este Autor. *Handlungsbegriff*

<sup>240</sup> En este sentido, *cf.* ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva"... esp. págs. 131-133.

<sup>241</sup> *Vid. Supra*. Cap. Pro. II. B. 1. A lo ahí expuesto se puede incluir la crítica de JAKOBS para quien: "una responsabilidad por el resultado basada en la causalidad debería atribuirse tanto al autor como a la víctima, y, además, a innumerables personas que, todas juntas, han sido causantes del resultado. La consecuencia sería, en lugar de una posibilidad de orientación, una atribución inexpressiva a cualquiera que tuviera un contacto casual con el autor o la víctima" cita en, JAKOBS, Gunther. "Sobre la función de la parte subjetiva..." pág. 635. En el mismo sentido, Marcelo FERRANTE manifiesta cómo el espectro de conductas abarcadas por un tipo sustentado en criterios puramente causales daba lugar al "agigantamiento del tipo" cuya delimitación tampoco pudo superarse a través del tipo subjetivo sino sobre la teoría de la imputación objetiva. *Cfr.* Del Autor citado. "Una introducción a la teoría..." esp. Págs. 16-21.

tipo subjetivo y dentro de éste el dolo, no se consiguió dar una explicación satisfactoria a los problemas de la culpa y la omisión sobre la base de un sistema (finalista) que hacía descansar la construcción en el tipo subjetivo<sup>242</sup>.

En resumen, de lo hasta aquí expuesto se puede decir que la <<causalidad>> delimitada a través de diferentes criterios (científico-naturales o lógicos-ónticos) sustentó la determinación de la tipicidad de la conducta en los sistemas del delito clásico, neoclásico y finalista.

En cambio, y he aquí el gran cambio al que me he venido refiriendo, en el funcionalismo el tipo penal deberá interpretarse teleológicamente, es decir, estableciendo si la conducta particular está dentro del radio de su prohibición. En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, luego, entonces, se debe determinar cuáles de esas conductas se pretendía prevenir a través del tipo. Sólo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, típicas.

En este contexto „lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora han deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos de consideraciones normativas, parecen fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo inj-

---

<sup>242</sup> *Vid. Supra.* Cap. Pro IV. B. 1. También *gr.* ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación objetiva”.., esp. Pá 143.

infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle– la imputación objetiva<sup>243</sup>

De esta guisa, el sistema funcionalista “ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”<sup>244</sup> para lo cual ha desarrollado un conjunto de principios o reglas orientadas hacia la valoración de la relevancia jurídicopenal de la conducta y, por otra parte, criterios para establecer si un resultado descrito en un tipo penal puede imputarse, en el sentido de atribuirse, a la conducta del sujeto activo. Por tanto, a diferencia de los sistemas precedentes basados en el nexo causal, el sistema funcionalista sustenta en un <<nexo de imputación>> la atribución de un resultado a la conducta del autor y, en consecuencia, su pertenencia o subsunción en el tipo objetivo: “En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”<sup>245</sup>

Como se puede deducir de lo antes expuesto, la teoría de la imputación al tipo objetivo está dirigida a los delitos de resultado, en los cuales “el tipo requiere un resultado en el mundo

---

<sup>243</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Qué es la imputación objetiva? ... pág. 212. Por su parte SANCINETTI manifiesta que la teoría de la imputación objetiva es propiamente “el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto”. Del Autor citado. “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva” ... pág. 39.

<sup>244</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 204. También, *gr. idem.* Pág. 131; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (p.g.)* esp. pág. 235.

<sup>245</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 364.

exterior separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor<sup>246</sup> pero poco tiene que hacer en el análisis de los delitos de mera actividad, pues en ellos el tipo se agota con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella.

Cabe advertir que no existe todavía *unidad* sobre los rubros bajo los cuales se pueden identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva<sup>247</sup>. Por ello, como señalé al inicio de este apartado, atenderé a los rubros que ROXIN ha establecido y dentro de cada uno de ellos me referiré a la distinta denominación que se les ha dado por otros autores dogmáticos.

## j) CREACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO

### \*\* EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DEL RIESGO.

En estos supuestos existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión del bien.

<sup>246</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, pág. 345. También, *cf. idem*. Pág. 328.

<sup>247</sup> Esta indefinición se debe, fundamentalmente, a que, como señala GIMBERNAT ORDEIG, los criterios de imputación se deducen del sentido y fin de las prohibiciones penales y de los principios que deben informarlas.

Por ejemplo, si el sujeto activo observa a un peatón quien despreocupadamente cruza la calle sin percibir que se aproxima a gran velocidad un auto, ante lo cual empuja al peatón quien al caer se lesiona. Ciertamente es que causalmente el sujeto activo ha provocado la lesión y ha querido empujarlo con lo cual también se puede sostener que pudo aceptar su lesión, pero también lo es que con ello ha evitado que el peatón hubiese sido arrollado sufriendo lesiones de mayor gravedad o incluso la muerte<sup>248</sup>.

De igual forma quedan comprendidos dentro de este criterio los supuestos en que el <<sujeto activo es quien desencadena el proceso causal>> que lesiona el bien jurídico ante situaciones de peligro de lesión mayor. Es decir, en estos supuestos existe ya un peligro para el bien jurídico, el cual es sustituido por otro menos dañino por el sujeto activo. Tal es el caso del padre, quien ante el incendio en el edificio donde habita y ante la imposibilidad de salir por las vías de evacuación, decide lanzar al hijo por la ventana. Aquí las lesiones del hijo no se le pueden imputar al padre, porque su causación tiene como objetivo salvar la vida del hijo que se encontraba en peligro de muerte.

Es menester precisar que el peligro original debe ser ajeno, en el sentido de no provocado, por el mismo sujeto activo, retomando nuestro ejemplo, si fue el padre quien provocó el incendio al realizar una conducta prohibida, las lesiones del hijo sí se le podrán imputar, pues su intervención habrá tenido como efecto evitar que se le impute un delito de homicidio.

---

se encuentran, por tanto, escritos expresamente en la ley. *Cfr.* Del Autor citado. ¿Qué es la imputación objetiva? Esp. Pág. 212-213.

Por supuesto en casos como los anteriores la antijuridicidad de la conducta también puede quedar posteriormente excluida al amparo de la causa de justificación de estado de necesidad. Sin embargo, la aplicación de este criterio de la teoría de la imputación objetiva del resultado evita llegar hasta el análisis de la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penal de la conducta que, desde una interpretación del tipo como captador de conductas disvaliosas, quedaría excluida del ámbito de prohibición penal. Pues, „sería absurdo prohibir acciones que empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico“<sup>250</sup>

Bajo los criterios anteriores se puede atender al supuesto analizado por DAZA GÓMEZ textual: „V. gr. <el día 7 de noviembre de 1996, siendo las 18:00, se inició un incendio en un edificio marcado con el número 12, de la calle Juárez, en México D.F. y un niño de 4 años quedó atrapado en el 2º piso; el bombero Juan, rescata al menor, que indudablemente, había fallecido ya que las llamas de fuego consumieron todos los inmuebles del departamento. Ante la inminente muerte del menor, el bombero Juan atrojó al pequeño niño por la ventana hacia la red de salvamento que las personas vecinas del lugar sostenían, al caer el menor sufrió una fractura una pierna.

### 5.1 Análisis y aplicación de la teoría de la imputación objetiva

En primer término existe una acción (aventar el bombero al menor por la ventana) existiendo ninguna causa que excluya su comportamiento, existe un **resultado final** (muerte del menor). Lo que ahora interesa es **encontrar el nexo causal**<sup>251</sup>

<sup>248</sup> Para la exposición de más supuestos, *cf.* ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación objetiva” esp. Págs.

<sup>249</sup> *Cfr.* MIR PIUG, Santiago. *Derecho Penal (p.g.)* pág. 231-232.

<sup>250</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 366.

<sup>251</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel. *Teoría general del delito*. Pág. 118

Aunque al final de su planteamiento DAZA GÓMEZ concluye correctamente que las lesiones no son imputables a la conducta del bombero dado que su acción disminuyó un riesgo mayor: muerte. Son equívocos dos de sus planteamientos. El primero es que si por <<resultado final>> entendemos el provocado por una conducta final, ello significaría que la conducta final del bombero era la de lesionar, lo cual sería contrario a la finalidad general de esa actividad: salvar sano y salvo al niño. Si, como parece afirmar DAZA GÓMEZ, la finalidad del bombero era la de lesionar y, se comprobara, que al efecto lanzó al niño de forma tal que la caída no pudiera ser amortiguada por la red detenida por los vecinos, entonces las lesiones sí que se le pueden imputar. La segunda crítica es que con su planteamiento buscó excluir el nexo de imputación de las lesiones a la conducta del bombero no, como señala, „encontrar el nexo causal“ pues ya lo había encontrado.

## \*\* EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI FALTA LA CREACIÓN DE PELIGRO

El peligro de lesión de bienes jurídicos que representan determinadas conductas desde una perspectiva *ex ante*, sirve como criterio para excluir conductas que pese a ser las causantes de resultados no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs. 366-367. Del mismo Autor. “Finalidad e imputación objetiva” esp. Págs. 134 y sig.

En el supuesto clásico de quien envía a otro por leños durante una tormenta para que muera fulminado por un rayo, lo cual *acaecce* en la realidad, queda excluida la imputación del resultado de muerte a la conducta de mandar a otro por leños y lo es porque desde una perspectiva *ex ante* dicha conducta no aparece como peligrosa para el bien jurídico vida<sup>253</sup>. Y a la misma conclusión se llega en el supuesto del sobrino quien regala al tío rico un billete de avión con la esperanza de que muera por la explosión de un bomba durante el vuelo, lo cual ocurre efectivamente, pues en dicho supuesto la conducta de regalar un billete de avión no aparece como peligrosa para el bien jurídico tutelado<sup>254</sup>. Es más dichas conductas se pueden considerar como normales en la vida y jurídicopenalmente irrelevantes.

Lo anterior pone de manifiesto que, en supuestos como el anterior, la exclusión de imputación de resultados a conductas no peligrosas *ex ante*, es un problema concerniente al tipo objetivo y no al tipo subjetivo, como sostuvo WELZEL, es más para seguir con la crítica a la teoría finalista, no es que quede excluido el dolo típico por la falta de influencia de la voluntad en el proceso causal conforme a los conocimientos del autor, pues puede tratarse de un ferviente creyente quien ha, por ejemplo, largamente rezado y ofrendado a su dios, para que un rayo fulmine a su enemigo cuando él lo envíe por leños, lo cual ocurre efectivamente. Desde el punto de vista final el dolo ha sido perfecto, pues el curso causal desencadenado ha tenido exactamente el desarrollo y resultado previstos por el autor, ¿cómo explicar entonces la exclusión? La respuesta convincente pudo ser encontrada hasta el momento en que se recondujo el problema hacia el tipo objetivo, a partir del análisis sobre la peligrosidad de

<sup>253</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (p.g.)* pág. 232-233; ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva". esp. Pág. 132.

<sup>254</sup> Sin embargo, le sería imputable si el sujeto tenía conocimientos especiales, sobre el particular *vid infra* Sdo. II. A 1. a. u)

conducta para el bien jurídico cuya confirmación desde una perspectiva *ex ante*, y de confirmarse también las demás reglas, poder imputarle su lesión o puesta en peligro<sup>255</sup>.

## \*\* CREACIÓN DE PELIGRO Y CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS

Recientemente se discute si debe tomarse en cuenta los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento de un riesgo. Un criterio es comúnmente aceptado: “la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor a sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”<sup>256</sup>

Para ilustrar lo anterior podemos atender al robo de faros de vehículos en la colonia doctores, el hecho de que en dicha colonia sea extremadamente elevado el índice de robo de faros y otras partes de los vehículos, no excluye la tipicidad de la conducta de quien los roba, aunque hubiese en el momento de la comisión del hecho otro u otros dispuestos a robárselos.

En efecto, como se ha manifestado, el Derecho Penal prohíbe la realización de conductas peligrosas para bienes jurídicos tutelados y no sería lógico retirar dicha prohibición porque más de una persona está dispuesta a infringir dicha prohibición.

---

<sup>255</sup> Marcelo FERRANTE, llega a la misma conclusión por la vía de “consideraciones referentes a la dinámica de la interacción social en una sociedad con estructuras normativas precisas”. Del Autor citado “Una introducción...” pág. 23.

<sup>256</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 368.

Por otra parte, en los supuestos en los cuales el autor realiza una conducta típica, ésta no puede quedar excluida por el hecho de que otro la <<debía>> realizar posteriormente o cuando no existía un consentimiento previo desconocido por el autor.

Tal sería el caso de quien acciona el botón de funcionamiento de la silla eléctrica antes que el verdugo, dado que en ese supuesto quien está autorizado para realizar dicha actividad es el verdugo y aunque unos segundos después éste habría realizado la misma conducta, la prohibición se mantiene para todos los demás. En consecuencia quien se <<adelantó>> al sujeto autorizado para lesionar un bien, realiza una conducta típica.

De igual forma, el consentimiento del sujeto pasivo no excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo, cuando éste último desconocía tal. Así, realiza el tipo de robo quien se apodera del autoestereo que se encontraba sobre el asiento delantero del auto, aunque después se comprobara que el dueño lo había desconectado para tirarlo a la basura posteriormente.

## \*\* EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE RIESGO PERMITIDO

Se discute vivamente sobre los contornos del concepto de riesgo permitido, e incluso si se trata sólo de un cambio de nombre de la tesis de WELZEI, de las acciones socialmente

adecuadas<sup>257</sup>, como quiera que sea, se entiende por riesgo permitido „una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo“<sup>258</sup>

De acuerdo con lo antes dicho, existen conductas que desde una perspectiva *ex ante* elevan el riesgo de lesión de bienes jurídicos y, sin embargo, dichas conductas son permitidas en general. Tal es el caso de la conducción de vehículos, cuya estadística demuestra el elevado número de accidentes de tránsito e incluso difícilmente existe un conductor que no haya tenido alguno y, sin embargo, la realización de esa conducta es permitida en general<sup>259</sup>. Por lo cual, quien observando todos sus deberes de cuidado al circular por una avenida, ve repentinamente que la puerta del coche de a lado se abre y cae un niño sin poder evitar arrollarlo y causarle la muerte. Pese a que la conducción de vehículos encierra cierta probabilidad de lesionar bienes como la vida, dicha conducta está permitida siempre y cuando se observen las reglas dispuestas en el Reglamento de tránsito, de tal suerte que ese riesgo, bajo ciertos parámetros de realización, está permitido y por tanto impide su imputación al tipo objetivo, de lo cual se puede afirmar la atipicidad del conductor de nuestro supuesto.

Se deben excluir de este criterio los supuestos de causas de justificación en las cuales la conducta fue imputada al tipo objetivo y subjetivo pero un posterior juicio general conforme al orden jurídico excluye su antijuridicidad, mientras que en los supuestos de riesgo permitido la

---

<sup>257</sup> Así, por ejemplo, MIR PUIG utiliza dicha denominación para referirse a los supuestos de exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido. Cfr. Del Autor citado. *Derecho Penal (p.g.)* esp. págs. 235 y sig.

<sup>258</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal.*, pág. 371.

conducta no se imputa al tipo objetivo. Amén de lo anterior, las causas de justificación requieren de una ponderación de bienes para su procedencia, por ejemplo, se requiere que el bien jurídico defendido sea de mayor valía que el lesionado para quedar amparada la conducta. Sin embargo, en los supuestos de riesgo permitido el sujeto que lesiona el bien puede no tener intereses superiores en la realización de la conducta, volviendo a nuestro ejemplo, que el conductor que conducía su auto pudo tener como interés llegar a la cita que tenía en unos momentos más tarde con su novia. Si quisiéramos llevar esto al terreno de las causas de justificación, tendríamos que concluir necesariamente que la vida de un niño es más importante a llegar a tiempo a una cita velada con la mujer amada y por tanto no tendríamos más remedio que confirmar la antijuridicidad de la conducta. El problema queda resuelto, en cambio, si desde el tipo objetivo se atiende a la permisión global de la conducta de conducir, observando todos los cuidados exigidos por el reglamento de tránsito, a pesar del peligro que encierra en sí misma la conducta para bienes jurídicos tutelados.

La razón política criminal para permitir globalmente conductas que entrañan riesgos para bienes jurídicos radica en lo insoportable que resultaría su prohibición para la vida en sociedad. Piénsese por ejemplo, lo insoportable que sería la prohibición de conducir vehículos de motor o lo difícil que sería prohibir la práctica de carreras de autos de fórmula uno, Dakar, Rallys<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> Cfr. ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva" esp. Págs. 139-141; FERRANTE, Marcelo. Introducción a la teoría..." esp. Págs. 25-26.

<sup>260</sup> En este sentido y con los criterios aquí sustentados se soluciona el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 18 de diciembre de 1989: "El procesado, J.L.S., conducía un coche durante la celebración de un rally del casco urbano, cerrado al público, cuando un niño de 11 años <...invadió la zona interfiriendo el área de marcha del coche lanzado a alta velocidad, planteando al conductor implicado una serísima opción de riesgos> En el lugar que se produjeron los hechos se <carecía de toda elemental protección, señales prohibitivas y medios humanos de vigilancia" cita en SILVA SÁNCHEZ, José María y otros. *Sistema de casos prácticos...* pág. 70. En el supuesto anterior la causa de la muerte del niño no se podría imputar al conductor de conducir en un rally, porque la elevación del riesgo, posteriormente materializado, estaba permitida por el permiso que el ayuntamiento debió expedir previamente para la realización de dicho evento.

o de deportes tan arraigados a la cultura mexicana como el box o la lucha libre, conductas que ciertamente implican un peligro de lesión de bienes jurídicamente tutelado y cuya inclusión dentro del ámbito de imputación al tipo dificultaría la exclusión de la responsabilidad penal al ser difícil encontrar alguna causa de justificación que amparara dichas conductas.

Conforme a lo anterior, en el supuesto del luchador quien durante la función de lucha libre se lanza desde la tercer cuerda hacia fuera del cuadrilátero para hacer impacto con su contrincante, el cual resulta proyectado por la fuerza del impacto contra las gradas causándole lesiones cerebrales que desembocan en su muerte. Pese a que las estadísticas demuestran que la practica de dicho deporte encierra un peligro de lesiones e incluso la muerte, dichas conductas se encuentran en general permitidas y por tanto la lesión de esos bienes jurídicos no se puede imputar al tipo objetivo. Conviene dejar claro que para llegar a esta conclusión ha sido importante que el sujeto haya desarrollado su conducta observando todos los deberes de cuidado impuestos por el ordenamiento aplicable. De tal suerte que la conducta de dicho luchador no quedaría abarcada dentro de las conductas permitidas si las lesiones fueron producidas por la aplicación de una llave prohibida como lo es el <<martinete>><sup>261</sup>

## ii) REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO

### EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN POR FALTA DE REALIZACIÓN DEL PELIGRO

---

<sup>261</sup> El luchador coloca boca abajo a su contrincante y lo deja caer desde determinada distancia de cabeza, lo cual puede provocar lesiones en las vértebras cervicales e incluso la muerte.

Existen supuestos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero la lesión de dicho bien se debe a otro curso causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original. Ilustra claramente lo anterior el supuesto de quien dispara su víctima (conducta peligrosa para el bien jurídico vida) pero la bala sólo la hiere por lo que ésta es trasladada al hospital donde posteriormente ocurre un incendio en el cual perece dicho herido (resultado derivado de un curso causal distinto al original). O bien la muerte del herido puede ser causada por una intervención quirúrgica realizada con un bisturí infectado<sup>262</sup> o por una infección posterior derivada de la omisión de la enfermera al dejar gases en el cuerpo del herido al suturar.

En los supuestos anteriores, pese a que el peligro de la conducta coincide con el resultado final, no se puede imputar el resultado muerte por quemaduras en un hospital incendiado, o la infección, a la conducta de disparar una pistola, cuyo peligro es distinto al del incendio en el hospital<sup>263</sup> o la infección por conductas negligentes del personal sanitario<sup>264</sup>. Pero lo anterior

<sup>262</sup> En este sentido el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de junio de 1927: "Resultando que la tarde del 4 de abril de 1927, en el pueblo de Collote (Oviedo) con motivo del deslinde de una finca se promovió una disputa entre Claudio y el procesado Rafael, durante la cual, secundo éste un arma de fuego hizo varios disparos contra Claudio, causándole una lesión en la región paratiroidea izquierda, que interesó la laringe y el cuerpo tiroideo e hizo precisa la intervención quirúrgica practicándole a las pocas la traqueotomía en el hospital Provincial de Oviedo, sobreviniendo más tarde una bronconeumonía de naturaleza infecciosa ocasionada por no hallarse en la debida asepsia el bisturí utilizado, con el cual se había operado un acceso al pecho enfermo, y que determinó el fallecimiento, ocurrido al día siguiente. De no haber surgido la expresada infección la herida sufrida hubiera curado sin defecto ni deformidad a los cuarenta días de asistencia facultativa" citada por SILVA SÁNCHEZ, José María y otros. *Sistema de casos prácticos...* págs. 71-72.

<sup>263</sup> Cfr. ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva"... esp. Págs. 132 y sig.

<sup>264</sup> Ciertamente la doctrina discute actualmente sobre la responsabilidad del médico o de la enfermera o de ambos. Sin embargo siguiendo el criterio de la división de funciones en una intervención quirúrgica, el foco de responsabilidad está a cargo de la enfermera, a quien corresponde <hacer la cuenta de gases> antes de suturar. Cfr. GIMBERG, Enrique. "Algunos aspectos...". También se ha propuesto el criterio de "la atribución a la esfera de responsabilidad ajena" como vía para solucionar estos supuestos, en los cuales el fin de protección del tipo

excluye el peligro de la conducta de quien ha disparado con la intención de matar, por lo cual se puede imputar dicha conducta en el tipo de homicidio tentado.

Con lo anterior no estamos siguiendo los mismos planteamientos de WELZEL, para quien si el curso causal era distinto al que se había representado el autor, entonces la finalidad dejaba de ser rectora del acontecer causal y daba lugar a la exclusión del dolo<sup>265</sup>. El criterio aquí sostenido es independiente de la representación que haya tenido el autor sobre el acontecer causal, basta con que la conducta aparezca como peligrosa y que el resultado sea efecto del peligro que, desde una perspectiva *ex ante*, entrañaba la conducta para poder ser imputada al autor.

Así quien arroja a su víctima desde el décimo piso de un edificio con el fin de que ésta se impacte en el piso, la conducta encierra ya un peligro de muerte por el impacto del cuerpo contra una superficie sólida. De tal suerte si la víctima antes de llegar al piso tiene un primer impacto con una ventana de metal que se encontraba abierta en el tercer piso, la cual le provoca lesiones en la cabeza que le provocan la muerte instantánea y por tanto al llegar el cuerpo al piso ya estaba sin vida. La verificación de un proceso causal diverso al representado por el autor no excluye la imputación del resultado a su conducta, por el contrario, sí que se le puede imputar el resultado porque es producto de la realización de un peligro creado por su conducta.

---

abarca la evitación de resultados que se encontraban bajo la esfera de responsabilidad de otro. Pues desde el momento en que el herido llega al hospital, el personal sanitario del mismo asume la responsabilidad de curación y la inobservancia de ese deber le es imputable a ellos mismos y no a quien disparó el arma. Para más, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs. 398-402.

<sup>265</sup> Incluso, con posterioridad, Armin KAUFMANN intentó solucionar el problema a través de las causas objetivas de punibilidad y dejar intacto el dolo, pero con ello llega a sostener el dolo y deja hasta después del análisis de las tres categorías del delito la procedencia de la pena cuando el problema debió haber sido solucionado desde el mismo tipo en razón de que la conducta en sí misma no genera, de acuerdo con los conocimientos generales,

La diversidad de casos que se pueden presentar en la realidad, recomienda su análisis cuidadoso antes de proceder a la aplicación de este criterio. Por ello en el caso jurisprudencial en el cual una persona llegó al “hospital con un envenenamiento vitamínico causado imprudentemente por su farmacéutico y allí muere por una infección gripal de la que no es responsable el hospital (OLG Köln NJW 1956, 1848), la imputación del resultado depende de si la infección y la muerte por gripe son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el envenenamiento. En caso afirmativo, se habrá realizado el peligro creado por el farmacéutico y debe castigarse a éste por homicidio imprudente. Por otro cambio, si la gripe ha conducido a la muerte independientemente del debilitamiento por el envenenamiento vitamínico, en el primer causante sólo concurren unas lesiones imprudentes”<sup>266</sup>

## \*\* EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI FALTA LA REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO

Como sabemos ciertas conductas están debidamente reguladas e imponen deberes específicos a quienes las realizan, pues su inobservancia presupone la generación de riesgos que pueden desembocar en la lesión de bienes jurídicos. Pero estos riesgos están previamente determinados y precisamente en función de ellos se han establecido los deberes que debe observar el autor

---

*...peligro jurídico relevante alguno* Sobre esta discusión, *cf.* ROXIN, Claus. “Finalidad e imputación objetiva” Págs. 134-135.

por el contrario éste no observa dichos deberes y, por tanto eleva el riesgo, pero si el resultado de todas formas se habría producido aunque el autor hubiese observado dicho deber, entonces ese resultado no se puede imputar a su conducta.

Piénsese en la obligación que tienen los hospitales de analizar la sangre donada para determinar si está libre del virus del SIDA (VIH), si el encargado de realizar dichas pruebas las omitiera y entregará la sangre para realizar una transfusión al paciente, quien resulta contagiado con dicho virus. En principio podríamos imputar la conducta de omitir la criba de la sangre al tipo objetivo de lesiones o incluso de homicidio culposo<sup>267</sup>, ello es así porque la imposición del deber de realizar las pruebas esta dirigido a evitar ese resultado y la omisión elevó el riesgo posteriormente materializado en la lesión del bien jurídico. No obstante, si se demostrara que aún cuando el omitente hubiese realizado las pruebas ordenadas no se habría detectado la presencia del VIH debido a que el virus se encontraba dentro de los primeros cuatro meses de incubación (periodo ventana). En este supuesto el cumplimiento del deber habría resultado

---

<sup>266</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* págs. 374-375.

<sup>267</sup> A esta solución de llega porque el C.p.m. dentro de los delitos "Del Peligro de contagio" sólo contempla la conducta del infectado quien transmite la enfermedad. (art. 199 bis). Con lo cual el único camino es imputar es aconducta a tipo objetivo de lesiones o de homicidio (arts. 293 o 302 del C.p.m). Sobre esta problemática, con un amplia exposición sobre el problema de la causalidad y la imputación, *gr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Problemas de la transmisión.... esp. Págs 13 y sigs.

Por otra parte, para sancionare la transmisión del SIDA, un grupo de dogmáticos alemanes y españoles ha propuesto el siguiente tipo:

El que expusiere a otro sin su consentimiento al peligro de infección del virus de inmunodeficiencia humana (puede añadirse: u otro enfermedad que entrañe un análogo riesgo de producir la muerte), conociendo el riesgo existente o teniéndolo por posible, será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo (de dos años, cuatro mese y un día a seis años).

Si de ese modo le transmitiere el virus de inmunodeficiencia humana (puede añadirse: u otra enfermedad que entrañe un análogo riesgo de producir muerte), se impondrá la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años).

El que, en el caso del párrafo anterior, obrase sólo de forma imprudente, será castigado con arreglo a lo dispuesto en los arts. 565 ó 586 bis.

Podrán imponerse las penas inferiores en grado a las señaladas en los números anteriores si el sujeto fuere portador del virus de inmunodeficiencia humana.

Lo previsto en los números anteriores se entenderá sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudiera incurrir el sujeto por tales conductas.

inútil y se puede negar la imputación del resultado a la conducta, pues si bien es cierto omisión elevó el riesgo de contagio, el resultado no se habría podido impedir aún observando el deber de realizar las pruebas<sup>268</sup>.

A la misma conclusión llega ROXIN en el caso de los pelos de cabras chinas, en el que el fabricante entrega dichos pelos a sus trabajadoras para producir pinceles, haciendo caso omiso de su obligación de desinfectarlos previamente, resultando infectadas cuatro trabajadoras por *bacilos de carbunco* los cuales provocan, posteriormente, su muerte. En dicho supuesto, ROXIN comprobó que la desinfección ordenada generalmente habría resultado inútil, pues ese procedimiento era desconocido en Europa. De ahí que la conducta del fabricante pese a elevar el riesgo de lesión, no se le puede imputar el posterior resultado porque éste no se habría podido evitar observando la conducta debida<sup>269</sup>.

## \*\* EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI EL RESULTADO NO ESTÁ CUBIERTO POR EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO

Ciertas normas imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos, sin embargo, cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer

Cita en: MIR PUIG, Santiago y Otros. *Problemas jurídico penales del suda...* pág. 175.

<sup>268</sup> Para un amplio análisis de este supuesto y la problemática de la omisión, *cf.* GIMBERNAT C. Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia".

<sup>269</sup> *Cfr.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* págs. 373-374.

deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se puede negar la imputación de la conducta al tipo<sup>270</sup>.

Ello queda claramente expuesto por GIMBERNAT ORDEIG en el supuesto de quien conduce por una zona escolar a 60 km/h a las 24:00 horas, siendo que un suicida, quien se encontraba en el lugar, se lanza a las ruedas del vehículo sin que el conductor pueda evitar arrollarlo, pues no pudo frenar a tiempo<sup>271</sup>. En este supuesto, el conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad máxima de 20 km/h en zona escolar y por tanto se puede decir que elevó el riesgo de provocar lesiones a quien se le cruzara en el camino e incluso se podría demostrar que en caso de haber conducido sólo a 20 km/h hubiese podido frenar a tiempo y evitar atropellar al suicida.

Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar, es precisamente, proteger a los escolares en horas de clase, no para proteger a suicidas que a media noche buscan a un causante de su muerte. Por ello si la velocidad de 60 km/h es en general permitida en la vía sobre la cual se produce en accidente y sólo se restringe en la zona en que se encuentra la escuela, no se puede imputar la conducta al tipo objetivo de homicidio por causar la muerte de un suicida a media noche. Diferente sería si en general en esa vía la velocidad máxima es de 40 km/h, la cual se restringe todavía más en la zona escolar (20 km/h), pues si bien este segundo deber de cuidado queda excluido, sigue vigente el primero cuyo fin es proteger a todos los peatones, igual si son suicidas o no o si realizan su intento de cruzarse a media noche o medio día.

---

<sup>270</sup> Para más, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs. 377-379.

<sup>271</sup> *Cf.* Del Autor citado. ¿Qué es la imputación objetiva?... esp. Pág. 216-217.

## \*\* CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO Y TEORÍA INCREMENTO DEL RIESGO

Bajo este criterio se encuadran los supuestos en los cuales el autor desobedece un deber de cuidado, eleva el riesgo, y lesiona un bien jurídico tutelado, resultando que de haber realizado la conducta debida probable o posiblemente habría evitado el resultado.

“Ejemplo BGHSt 11,1): El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al intentar hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm del mismo. Durante el adelantamiento, el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta hacia la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiese guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico”<sup>272</sup>

En supuestos como el anterior <<sí>> se debe sostener la imputación del resultado de resultado a la conducta imprudente del conductor, pues la <<posibilidad>> de evitar el resultado mediante la conducta debida es suficiente para considerar la conducta del autor como causa de un riesgo a cuya evitación estaba dirigida la norma.

Conviene aclarar que no estamos en el supuesto en el cual la conducta debida habría causado de todas formas el resultado típico, en cuyos casos habíamos concluido la exclusión de la imputación por la falta de la realización del riesgo no permitido, debido a que la posibilidad de salvar el bien con la conducta debida es probadamente nula. En cambio en lo supuestos incluidos bajo este rubro, la conducta debida <<posiblemente>> o <<probablemente>> hubiese evitado el riesgo, lo cual visto desde otra perspectiva significa que la conducta indebida elevó efectivamente el riesgo que se materializó en la lesión del bien jurídico y de ahí su imputación al tipo objetivo.

### iii) EL ALCANCE DEL TIPO

Como se ha expuesto, la elevación de un peligro por encima del riesgo permitido da lugar a la imputación al tipo objetivo, sin embargo, aún ello tiene ciertas excepciones en los cuales es la propia víctima la que se pone en peligro con la participación de otros (autolesión) u otorga su consentimiento para que sea otro quien realice la conducta que le causará daño (heterolesión)<sup>273</sup>, de las cuales paso a ocuparme a continuación

### \*\* LA COOPERACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO DOLOSA

---

<sup>272</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 379.

<sup>273</sup> Los criterios que a continuación se exponen sirven para solucionar los supuestos de la vieja teoría de la prohibición de regreso. Para su estudio, *cf.*: ROXIN, Claus. "Observaciones a la <prohibición de regreso>" en *Dogmática...* págs, 47-82.

A estos supuestos en los cuales la propia víctima se pone en peligro concurriendo cooperación o participación de terceros, se les ha denominado también como supuesto de autolesión y, recientemente CANCIO MELIA, bajo el rubro de imputación a la víctima<sup>274</sup>.

La imputación a la víctima o imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima conforma de un conjunto de criterios normativos a través de los cuales se intenta determinar los supuestos en los cuales el resultado lesivo le es imputable a la propia víctima y no al sujeto activo, dando lugar a la exclusión de la tipicidad de la conducta de este último y por tanto a la impunidad.

Bajo estos presupuestos se encuentran los supuestos de autorriesgo asumidos por la propia víctima quien durante la conducta riesgosa cuenta con la participación de terceros. Para ejemplificar gráficamente lo anterior podemos atender a la masiva concurrencia de vacacionistas quienes viajan el fin de año a la región de los Alpes para esquiar en nieve. Conociendo el elevado número de lesionados durante la práctica de dicho deporte, en particular quien se inscribe en un curso para aprender a esquiar, conoce del riesgo que asume al iniciar dicha práctica. Así, el vacacionista matriculado, quien al tercer día del curso y bajo la supervisión del instructor, realiza las practicas en la montaña de Gaisberg, ubicada en el Estado austríaco de Kirchberg, y al escuchar la orden del instructor, intenta el descenso por una

---

<sup>274</sup> Para un amplio estudio Cfr. CANCIO MELÍA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal (estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas...* 423 págs. Del mismo Autor. *Exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")* en *Estudios...* págs. 100-110.

la inclinadas laderas, siendo presa de un miedo incontrolable que le hace olvidar lo aprendido en días anteriores en la parte baja de la montaña sin poder detener su veloz deslizamiento cuesta abajo impactándose en un árbol, resultando lesionado en diferentes partes del cuerpo ¿Será responsable el instructor de dichas lesiones?

Es indudable que quien ha desencadenado el proceso causal en el supuesto anterior es la propia víctima y, por tanto, la responsabilidad del instructor sólo podría establecerse sobre la base de la teoría de la omisión. Ciertamente el instructor tiene un deber de garante sobre sus alumnos, pero dicho deber no abarca todos los riesgos posibles, pues en el supuesto anterior el instructor ha enseñado en días anteriores al alumno las posiciones y maniobras corporales básicas para el deslizamiento y frenado al esquiar en nieve, cuya correcta aplicación por el alumno debe haber sido evaluada positivamente el instructor al estar en la parte baja de la montaña. De esta suerte, el peligro de lesiones ha sido disminuido al mínimo a través de dicha enseñanza, la cual continúa bajo su supervisión, ahora en la parte alta de la montaña, con ello el instructor ha cumplido con su deber de garante como controlador de los posibles focos de peligro que le son atribuibles<sup>275</sup>.

Por el contrario, las posibles reacciones psicológicas del alumno como el miedo, angustia o pánico, que antes no había demostrado y que le impidieron realizar las maniobras para

---

El mismo trabajo ha sido publicado por la Universidad Externado de Colombia. *Vid. Infra*. Bibliografía. Sigue a CANCIO MELIA: FERRANTE, Marcelo. "Una introducción a la teoría..." esp. Págs. 30-31.

<sup>275</sup> Claro es que el supuesto anterior puede variar si el instructor no cumplió debidamente con su deber de garantía, por ejemplo, si no dió las enseñanzas previas al alumno, si observó previamente la gran inseguridad del alumno, si al estar en lo alto de la montaña lo abandonó sin causa justificada, etc. Aquí lo que ha interesado es un supuesto en el cual la propia víctima es la autorresponsable de su lesión.

detenerse a tiempo, quedan fuera del control del instructor y, en consecuencia, no se le puede imputar el resultado de lesiones, las cuales son imputables a la propia víctima .

También se incluyen bajo este rubro autopuestas en peligro de la víctima cuyo riesgo sumamente elevado. „Ejemplo (BGHSt 17, 359): El médico A regresó de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se sentía muy enfermo, se puso a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena<sup>276</sup>.

En el supuesto anterior no hay duda sobre la imputación del resultado de lesiones y homicidio imprudentes a la conducta del médico respecto de las personas infectadas sin saberlo. Pero lo que nos interesa analizar es si también se le puede imputar la infección del sacerdote, pues este último quien se puso a sí mismo dolosamente en peligro. No se puede acudir a las faltas del consentimiento para resolver este supuesto, puesto que el sacerdote no ha consentido en las lesiones provocadas por la infección, sino que se ha expuesto dolosamente a un peligro cuya protección no está abarcado por el tipo de homicidio<sup>277</sup>.

## \*\* LA PUESTA EN PELIGRO DE UN TERCERO ACEPTADA POR ÉSTE

<sup>276</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 388.

<sup>277</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs 387-393.

Diferentes son los supuestos denominados de heterolesión, en los cuales la víctima también participa, pero su lesión sí le es atribuible al sujeto activo. Para seguir con los ejemplos de los Alpes austríacos, a fines de diciembre de 1998 tres jóvenes vecinos del pueblo de Kitzbühel, decidieron realizar una conducta arriesgada: viajar en auto sobre la superficie gélida del lago de Walchsee. Al llegar a la parte media del lago la capa de hielo se quebró y se hundió el auto, afortunadamente los tres jóvenes lograron salir del vehículo a tiempo sin sufrir lesión alguna, si variáramos lo acontecido y supusiéramos que el copiloto no hubiese podido salir a tiempo muriendo ahogado ¿responderá el conductor del auto por un delito de homicidio?

La respuesta a supuestos como el anterior se ha querido encontrar en el consentimiento del sujeto pasivo e incluso reconduciendo el problema hacia los terrenos del suicidio. Empero, éste último debe quedar descartado como vía de análisis, pues el copiloto no ha realizado una conducta para morir, aunque sí se ha sometido a una situación demasiado arriesgada<sup>278</sup>. En el mismo sentido no se puede afirmar que el copiloto haya dado su consentimiento para morir. De lo anterior se deduce que se le podría imputar al conductor la muerte del copiloto<sup>279</sup>.

Es menester señalar que el desarrollo de los criterios normativos sobre los cuales se delimita la imputación a la víctima están en sus inicios y, seguramente, serán materia de análisis y discusión dogmática en los años porvenir<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Sobre la problemática de supuestos en los cuales el sujeto se somete a un alto riesgo para su vida y que no pueden ser considerados como suicidio: huelga de hambre reivindicativa y negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, me ocupé en mi libro: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*. Esp. Págs. 240-255. Sobre el consentimiento, *cf. Ibid.*, esp. Págs. 191-201 y mi artículo "el consentimiento en el Derecho Penal mexicano". Llega a las mismas conclusiones CANCIO MELIA, Manuel. "la exclusión de la tipicidad... esp. Págs. 108-111.

<sup>279</sup> Para un desarrollo más amplio, *cf. ROXIN, Claus. Derecho Penal...* esp. págs. 393-398.

<sup>280</sup> Sobre el particular *cf. ROXIN, Claus. "Kausalität und Zurechnung: Fahrlässigkeit"* en *Höchststrichterliche Rechtsprechung...* esp. Págs. 1-7.

Respecto al ámbito de protección de la víctima existe también una muy sugerente propuesta de SCHÜNEMANN: la victimodogmática<sup>281</sup>. Esta teoría parte de los presupuestos que rigen el Derecho Penal: protección de bienes jurídicos fundamentales, fragmentariedad y *ultima ratio*, a partir de los cuales se puede llegar a sostener que ciertos sujetos pasivos tienen la posibilidad fáctica de autoprotección y, por tanto, no necesitan de la protección penal y pueden quedar fuera del ámbito de protección de la norma penal que le asiste a la mayoría de la sociedad. La victimodogmática, término que ha sido criticado, también está en sus albores y habrá que seguir de cerca su desarrollo para determinar si puede quedar inserta dentro de la dogmática jurídicopenal o si se erige como una teoría aparte o si sólo queda como un frustrado intento para esclarecer la problemática ofrecida por la víctima del delito.

Como anuncié al inicio de este apartado, la teoría de la imputación al tipo objetivo está en pleno proceso de desarrollo, cuyo análisis y discusión está muy por encima de la exposición aquí realizada<sup>282</sup>, la cual constituye apenas una visión demasiado genérica que nos servirá posteriormente como punto de referencia para ofrecer una propuesta de interpretación de la reciente reforma legislativa de 1998-1999 en México.

## b) TIPO SUBJETIVO

<sup>281</sup> Cfr. Por todos, CANCIO MELIA, Manuel. "La exclusión de la tipicidad..." esp. Págs. 117-119.

<sup>282</sup> Para referirnos sólo a algunos de los múltiples trabajos sobre la materia, distintos de los citados en esta investigación: JAKOBS, Günter. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Melia. Madrid:

Como adelanté, el tipo subjetivo en el sistema funcionalista se conforma tanto del dolo como de los elementos subjetivos distintos del dolo. Al primero dedicaré todo el segundo capítulo, mientras que respecto de los segundos no encuentro nada más que decir a lo ya expuesto antes y por tanto remito al lector esa sección<sup>283</sup>.

### c) ¿EXISTE PRELACIÓN LÓGICA ENTRE TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO?

Uno de los problemas que llama la atención es el referente a la prelación lógica entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Es decir, si se debe partir de los mismo principios sistemáticos válidos para la teoría del delito, en el sentido de que las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o responsabilidad, deben tener ese orden de análisis, de tal suerte que no se debe iniciar el análisis dogmático de una conducta en la antijuridicidad o en la culpabilidad, porque para llegar a esas dos categorías es necesario haber realizado previamente el análisis de su tipicidad.

Si bien es cierto que el análisis sistemático del delito debe obedecer a esa orden de prelación, ello no significa que ese principio valga necesariamente para el análisis interno de cada una de esas categorías.

---

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid. Edersa. 1992. 385 págs. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Santa Fé de Bogotá, Colombia. Ed. Temis. 1994.

Así, por ejemplo, quien analiza la antijuridicidad de una conducta típica, no está obligado a realizar primero el análisis de la legítima defensa para después poder pasar al estado de necesidad y seguir con el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. Es indistinto por cuál de esas causas de justificación se inicie.

Por cuanto hace al tipo objetivo y el tipo subjetivo, si quisiéramos establecer una relación de supra-subordinación crearíamos problemas sistemáticos al analizar supuestos concretos. En este sentido, el análisis de un tipo objetivo delimitado a través de los criterios de la imputación objetiva puede dar como resultado que una conducta en general está permitida y, sin embargo, los conocimientos especiales del autor pueden abrir ese cerco previamente trazado del tipo para imputar dicha conducta como prohibida.

Por ejemplo, la conducta de dar un puñetazo en la boca de la víctima, aparece desde un punto de vista de análisis objetivo-normativo como imputable a título de lesiones típicas pero no de muerte. De esta suerte, si la víctima muere posteriormente debido a que la hemofilia que padece le impidió que la hemorragia se detuviera con la coagulación de la sangre, ese resultado, conforme al tipo objetivo ya delimitado, no podría ser imputado al sujeto activo en función de que la mayoría de los seres humanos no son hemofílicos.

No obstante, si el sujeto activo conocía de la hemopatía de su víctima, entonces no podría excluir la imputación del resultado muerte, pero, ello ha supuesto volver a abrir el radio de aplicación de un tipo objetivo supuestamente ya delimitado.

---

<sup>283</sup> *Vid. supra.* Cap. Pro. III. A. 3. b), i)

Para seguir con la casuística, al analizar el caso de los pelos de cabra china, habíamos concluido la exclusión de la imputación del resultado de muerte a la conducta de omitir la desinfección de dichos pelos, debido a que la conducta debida no habría excluido el riesgo de los bacilos hasta entonces desconocidos en Europa. Sin embargo, lo que quedó excluido fue la imputación del resultado, pero si el dueño de la fábrica había omitido la conducta debida con el fin de que murieran esas trabajadoras, quienes le estaban creando muchos problemas por sus ideales sindicalistas, entonces el desvalor de la conducta subsiste, pues entrañó por si mismo la creación de un riesgo no permitido, lo cual nos lleva a los terrenos de la formula de ampliación del tipo de la tentativa de homicidio<sup>284</sup>.

Para resolver este problema se debe partir de la idea básica de que la conducta típica es una <unidad> de factores internos y externos, cuya relación es de coordinación y no de supra-subordinación. Por ello, la correlación existente entre tipo objetivo y subjetivo obliga a tener ambos presentes para determinar la imputación del resultado o peligro a la conducta del autor.

#### 4. RESPONSABILIDAD

„Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un

---

<sup>284</sup> En este sentido, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp Pág. 383.

injusto realizado por él<sup>285</sup> haciéndose „acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, una pena<sup>286</sup>. Son pues dos los elementos que conforman a la categoría de la responsabilidad en el sistema funcionalista: culpabilidad y necesidad de la pena.

#### a) CULPABILIDAD

Ya he dado cuenta antes de la evolución y problemas que ha enfrentado el concepto de culpabilidad, en aquello que de relevante tenía para el dolo, en cada uno de los sistemas de delito<sup>287</sup>. Por ende, en este apartado me limitaré a transcribir la concepción de ésta dada por ROXIN: „El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho<sup>288</sup>

#### b) NECESIDAD DE LA PENA

<sup>285</sup> ROXIN, Claus. “Acerca de la consolidación político-criminal... pág. 32.

<sup>286</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 791. Para una amplia exposición *ifr.* Del mismo Autor. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid, España. Ed. Reus. 1981. 200 págs.

<sup>287</sup> *Vid. Supra.* Para el sistema clásico: Cap. Pro. II. A. 4 y B. 2. Respecto al sistema neoclásico, cap. Pro. III. A. B. 2. Sobre el finalismo, cap. Pro. IV. A. 5 y B. 3.

<sup>288</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 792.

Indudablemente las mayores aportaciones de la teoría funcional es la dirección política criminal que ha dado a la pena, la cual marca la directriz de la interpretación dogmática jurídica y no al revés como se venía realizando. Es decir, si antes importaba más el análisis de los elementos del delito y la determinación de la pena era una cuestión secundaria<sup>289</sup>, ahora se debe tener en cuenta primero cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde en sus resultados con dichos fines.

Con respecto a las teorías de la pena, la comisión de un hecho doloso o culposo suponía, en los sistemas clásico y neoclásico del delito, su punibilidad y ello también era así en el finalismo cuando la conducta además de típica era antijurídica y culpable.

No obstante, los replanteamientos del funcionalismo han conllevado a concebir a los fines de la pena como un criterio de determinación junto con la culpabilidad. Por ello se habla ya de <<responsabilidad>> y no sólo de culpabilidad<sup>290</sup>.

La culpabilidad sirvió hasta antes del sistema funcional como criterio de medición de la pena hacia arriba (el monto máximo de merecimiento de la pena) y hacia abajo (el mínimo a imponer). Pero ello suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque ésta fuera mínima.

---

<sup>289</sup> Este criterio se basaba en un criterio puramente retribucionista, de acuerdo con el cual el sentido de la pena radica exclusivamente en la compensación de la culpabilidad. Cfr. ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal..." esp. Págs. 32-33.

<sup>290</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. págs. 788 y sigs.

Con el funcionalismo, en cambio, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (no puede pasar del máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo. En todo caso, explícito, una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y sin embargo no ser punible cuando los fines de la pena así lo indican, quedando excluida, por tanto, la responsabilidad penal como categoría del delito.

Así por ejemplo, cuando se trata de un pequeño robo, de un sujeto quien no necesita ser resocializado, es más su reclusión crearía más perjuicio que beneficio tanto a él como a la sociedad, resultaría que la prevención especial quedaría excluida y también lo sería la prevención general negativa si esa conducta, además, no causa alarma social y por tanto resulta necesaria su sanción para confirmar la observancia de dicha norma por el resto de la sociedad. Ante supuestos como este, el sistema funcional opta por acudir a otro tipo de penas como pudieran ser las económicas o administrativas, y reducir al máximo la imposición de penas penales<sup>291</sup>.

Señalados los parámetros anteriores, no puedo dejar de realizar algunas consideraciones sobre la orientación político-criminal que debe guiar a la aplicación de la pena y la supeditación de la dogmática a ésta. Por ejemplo, si al realizar una interpretación dogmática los resultados que se alcanzan no son acordes con el principio de justicia material, por más perfecto que pueda ser ese análisis dogmático, éste deberá replantearse hasta que sus resultados sean acordes con dicho principio.

---

<sup>291</sup> Para una amplia exposición, *gr.* ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal..." esp. Pág. 44.

Cabría hacer una precisión, pues si el fin del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho es prevenir las lesiones graves a bienes jurídicos fundamentales, ello no significa que todas esas lesiones se deban prevenir a través de la imposición de sanciones penales. Pues, como recordaremos la aplicación de una sanción penal supone una lesión a un bien jurídico fundamental: libertad, el cual, después de la vida, es el bien más valioso para el ser humano. En consecuencia, se deben preferir otros medios para prevenir esas conductas antes de echar mano del Derecho penal, por ejemplo: medidas de política social, sanciones civiles o administrativas. Esa restricción del uso del Derecho penal obedece al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*.

Además, la pena a imponer a quien ha cometido un delito deberá estar sujeta a otro principio básico: proporcionalidad. A través de la historia de la humanidad se ha impuesto la pena de muerte, penas corporales (marcas, azotes) y la pena privativa de la libertad, sólo esta última obedece al principio de humanidad de las penas y de dignidad del individuo. Por ello la pena debe ser proporcional al hecho cometido atendiendo a la nocividad social de la conducta, de ello se deduce un abuso del Derecho penal si se quisiera sancionar al individuo con pena de muerte al tercer robo.

Lo antes dicho conlleva a otro principio que es el de resocialización de las penas: evitar la marginación del sujeto que es sancionado, pues su Derecho a la participación de todos los ciudadanos en la vida social no se pierde al cometer un delito, sólo se suspende y una vez cumplida la pena se debe dar una nueva oportunidad.

Aunque la tendencia moderna apunta hacia la imposición de penas cortas, mejores para alcanzar la resocialización del individuo. En México, pese a que la Constitución establece expresamente en el art. 18 que el fin de la pena es la resocialización a través del trabajo y educación, la política criminal ofrecida por el Código Penal ha adoptado el camino de las penas largas incrementando la pena máxima de treinta a cuarenta años y, actualmente, llega hasta cincuenta años de prisión. Existiendo ya propuestas de llegar hasta los sesenta años de prisión.

Esta desproporcionada duración de las penas prevista en el C.p.m. aunada a la sobrepoblación de los centros de reclusión y la falta de un efectivo programa de resocialización<sup>292</sup> conlleva hoy más que nunca, a replantear cuál es el camino del Derecho penal en nuestro país. Pues ¿cómo pretendemos reinsertar a un individuo sustrayéndolo hasta cincuenta años del núcleo social? ¿serán centros de reclusión con una población que triplica a su capacidad los adecuados para resocializar? ¿atiende lo anterior al mandato constitucional del art. 18 sobre los fines de la pena?

No es la <<previsión de penas largas en el Código penal>> lo que motiva al delincuente a cometer el ilícito penal sino el hecho de observar la efectiva aplicación de la norma penal y la consecuente sanción de las conductas delictivas. Para decirlo en palabras claras, si el sujeto puede observar que <<quien la hace la paga>>, en ese grado se abstendrá de cometer delictos por el temor a sufrir las consecuencias: privación de su libertad.

## B. CRITICAS AL SISTEMA FUNCIONALISTA

HIRSCH afirma que „a la reestructuración sistemática ocasionada por WELZEL no han seguido nuevas concepciones dogmáticas que sean convincentes“<sup>293</sup> Sin embargo, toda la exposición precedente tan sólo de algunos de los conceptos trastocados en la teoría del delito a partir del sistema funcional, ponen de relieve lo desafortunado de esta afirmación.

### 1. ¿ES INNECESARIA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA?

Nuevamente HIRSCH critica la indeterminación de los criterios o reglas de la imputación al tipo objetivo<sup>294</sup>. Contra ello, se debe recordar que precisamente esta teoría está en pleno desarrollo y la fijación de definiciones precisas y sistematizadas no tardará mucho debido a la gran cantidad de estudios que se desarrollan para alcanzar ese objetivo.

Como quiera que sea la productividad de los criterios o reglas ya existentes para imputar la conducta al tipo objetivo, se ha puesto de relieve al permitir solucionar satisfactoriamente los

---

<sup>292</sup> Cfr. PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes. “Algunas reflexiones sobre la readaptación social” págs. 97-109.

<sup>293</sup> HIRSCH. LH. A la Universidad de Colonia. 1988. Pág. 399 y sigs. Cita en ROXIN, Claus. “Acerca de la consolidación político-criminal..” pág. 30.

<sup>294</sup> HIRSCH. “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht” en: HIRSCH/WEIGEN (edit) *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. 1989. Págs. 69 y sigs. Cita en ROXIN, Claus. “Acerca de la consolidación político-criminal..” pág. 31.

Para adentrarnos en la conceptualización del dolo en el sistema funcionalista conviene recordar algunas premisas que han quedado debidamente demostradas a lo largo del capítulo anterior.

La primera es la ya indiscutible ubicación del dolo en el tipo y no en la culpabilidad, lo cual conlleva a la exclusión de la conciencia de la antijuridicidad<sup>1</sup> y, por ende, el concepto del dolo debe ser avalorado: dolo neutro

El dolo típico se conforma, en segundo término, con el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado. No obstante, la

---

<sup>1</sup> Baste recordar que para LISZT <<el dolo es el querer actuar con el conocimiento de todos los elementos pertenecientes al injusto>> (Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände" LISZT, FRANZ von. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. S. 163. Traducción propia. Mientras que para MEZGER "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado" MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. pág. 91. Y la misma idea reitera MEZGER en su libro: *Derecho Penal...* pág. 228. Por supuesto aquí sólo he citado a los autores representativos del sistema clásico y neoclásico, para amplios desarrollos y críticas, *vid. supra*. Cap. Pro. II y III.

fundamentación de lo anterior no puede darse sobre base de procesos causales guiados por una voluntad final, lo cual excluiría los supuestos de omisión<sup>2</sup>.

A las anteriores premisas demostradas se deben agregar otras por demostrar, pero que deben adelantar desde ahora para perfilar una *conceptuación del dolo* dentro de los lineamientos del *funcionalismo*

En primer lugar, la concepción del dolo se debe establecer como una interacción causal normativa-final que concurre en el autor al momento de realizar su conducta.

Segundo, el conocimiento que sustenta a la voluntad dolosa del autor debe *aparecer desde una perspectiva ex ante* como una conducta *prohibida* por la norma penal, sea porque lesiona (consumación), pone en peligro (tentativa) o no evita la lesión (omisión) del bien jurídico tutelado<sup>3</sup>.

El resultado, y termino por ahora con las premisas, debe aparecer como muy probable desde una perspectiva *ex ante*, pero su materialización o ausencia *ex post*, como producto del peligro intrínseco de la conducta prohibida, determinará si estamos ante un delito consumado o

<sup>2</sup> *Vid. supra*, Cap. Pro. IV.

<sup>3</sup> Sobre el particular HASSEMER señala "el sujeto debe no sólo <<poseer>> la información sobre el peligro del bien jurídico, sino <<aceptarla>>, <<admitirla>>, hacerla el fundamento de <<su>>acción y esto significa <<quererla>>. Una <<decisión>> a favor del hecho injusto, su <<asunción personal>> no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo" Cita en HASSEMER, Winfried, "Los elementos característicos del dolo"... pág. 918.

tentado, sin que sea relevante si los procesos causales o el resultado mismo son o no idénticos a los representados o queridos por el autor<sup>4</sup>.

Dicho lo anterior podemos pasar a citar algunos conceptos del dolo.

## I. CONCEPTO

Desde ahora adelante que el problema de establecer un concepto general de dolo tiene como problema fundamental su ámbito de validez conceptual, es decir, dicho concepto debe ser válido tanto para un supuesto de dolo directo de primer grado como uno de dolo directo de segundo grado y, he aquí el mayor problema, para uno de dolo eventual<sup>5</sup>.

ROXIN defiende "la opinión de que <la realización del plan> constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva"<sup>6</sup> Siendo definido el dolo como la "decisión en contra del bien jurídico tutelado"<sup>7</sup>, concepto compartido por FRISCH<sup>8</sup> al paso que SCHROT

---

<sup>4</sup> En este sentido ROXIN manifiesta: "el dolo no precisa abarcar el curso causal, ni en los detalles ni <<a grandes rasgos>>. Antes bien, es suficiente que éste se dirija al resultado típico que está incluido en la acción planeada. Los desvíos causales, a diferencia de lo que habían asumido las teorías de la acción causal y final, son, en gran medida, un problema de tipo objetivo y no del tipo subjetivo o incluso de la culpa" Cita en ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva"... pág. 133.

<sup>5</sup> Sobre esta problemática, cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* esp. p. 264.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* págs. 416-417.

<sup>7</sup> ROXIN, C. "Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, en *Strafrechtliche Grundlagentheorie*. Berlin. 1973. pp. 222 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko...* pág. 482.

considera que el dolo es la “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”<sup>9</sup> o, en el mismo Autor, como “negación explícita que realiza el individuo agente de una situación de riesgo protegida por una norma jurídico-penal”<sup>10</sup>. HASSEMER concluye: “el dolo es decisión a favor del injusto”<sup>11</sup>

Por otra parte, los problemas planteados por el dolo eventual, el cual difícilmente puede quedar encuadrado dentro de un concepto general de dolo, han llevado a la formulación de conceptos creados *ad hoc*. Así PHILLIPS lo concibe como una “decisión adoptada en una situación de riesgo”<sup>12</sup>. Incluso la Gran Comisión de Derecho Penal lo definió como “conformarse con la realización del tipo considerada como posible”<sup>13</sup>

Desde mi punto de vista, se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma que define el tipo penal.

El concepto antes propuesto requiere ser aclarado en su dimensión, lo cual realizaré a través de una exposición general sobre el contenido y los criterios de interpretación de los elementos del dolo: conocimiento y voluntad.

<sup>9</sup>SCHROTH. "Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des <<dolus eventualis>>". *NSZ*. 1990, p. 325, cita en DÍAZ PITA, Ma. del Mar. *Dolo eventual...*

<sup>10</sup> SCHROTH *Theorie des straflichen Vorsatzes*. Escrito de habilitación inédito. Munich. 1986. Cap. 5.8. (Cita en) HASSEMER, Wulfried. "Los elementos..." pág. 916.

<sup>11</sup> HASSEMER, Wulfried. "Los elementos característicos del dolo"... pág. 931 Para la cita de los criterios ofrecidos por STRATENWERTH y KÖHLER *cf. ibid.* Págs. 916-917.

<sup>12</sup>PHILLIPS. "Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko" en *ZStW* 85 (1973). p. 38, cita en) DÍAZ PITA, Ma. del Mar. *op. cit.*

<sup>13</sup>WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Pág. 85.

Para proceder a lo anterior conviene preguntarnos ¿cómo se determina el conocimiento del autor? ¿qué grado de conocimientos se requiere para imputar la comisión del delito doloso? ¿se requerirá siempre de la voluntad dolosa del sujeto activo de alcanzar el resultado lesivo del bien jurídico tutelado? ¿ha querido el resultado quien ha obrado con dolo eventual? o ¿bastará con que el autor conozca el elevado peligro de lesión para el bien jurídico que representa su conducta y, pese a ello, querer seguir adelante?

Estos y otros tantos planteamientos trataré de resolver a continuación.

## II. ELEMENTOS

Existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad. En lo que no existe acuerdo es la determinación del contenido de uno y otro y cuál de ellos debe prevalecer. De ello me ocupo a continuación,

### A. CONOCIMIENTO

El conocimiento es el <<presupuesto>> de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, como señala HASSEMER “no se puede concebir una voluntad vacía de

contenido”<sup>14</sup>. Por ello se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento dolo.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el conocimiento es definido como “acción y efecto de conocer // entendimiento, inteligencia, razón natural...” De ello se deduce que todo conocimiento supone un conocer, lo cual implica grabar en la <<consciencia>> palabras, ideas, conceptos y experiencias que <<inconscientemente>> se tienen disponibles en la memoria. Retomando nuevamente lo establecido en el Diccionario de la Lengua Española, conocer proviene del latín *cognocere* y significa: “averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas // percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él // presumir o conjeturar lo que puede suceder. Conocer que ha de llover presto por la disposición del aire”.

De este guisa, el conocimiento presupone una serie de conocimientos particulares sean sobre la naturaleza, la vida, la ciencia, el arte, etc., los cuales se han adquirido a través de un proceso intelectual.

La concepción hasta ahora planteada de conocimiento hace mención en general a todos los conocimientos, tanto aquellos que adquirimos en la vida diaria producto de nuestra experiencia, como aquellos que requieren de un aprendizaje especial. No es lo mismo saber que la existencia de nubes oscuras en el cielo y la presencia de rayos o relámpagos presagian que va a llover, a saber por qué se manifiesta ese fenómeno de la naturaleza. Para saber que va a llover,

<sup>14</sup> Del Autor citado. *Los elementos característicos del dolo*.p. 927. En el mismo sentido, *cf.* MAURACH/ZIPF. *Tratado de Derecho Penal*... T. I. esp. p. 380.

basta con la experiencia general de la vida cotidiana en periodos de lluvia. Por el contrario, para saber por qué llueve y por qué pueden existir descargas eléctricas entre las nubes o entre las nubes y la tierra, para eso se necesita de conocimientos especiales, que han supuesto su estudio sea en la escuela, a través de la lectura de libros sobre la materia, vía internet, etc.

Concebido el conocimiento en los términos anteriores surgen los interrogantes sobre el conocimiento que resulta relevante para el Derecho Penal, de ello me ocupo a continuación.

En 1927 TARANOWSKI sostuvo que el dolo del autor sólo se confirma cuando éste se ha representado el concurso causal que conduce a la producción del resultado<sup>15</sup>. MEZGER complementa lo anterior señalando que, al efecto, “es necesaria y suficiente la <<valoración paralela en la esfera del profano>><sup>16</sup> En este sentido, por profano se debe entender al hombre medio dentro del entorno social y cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho.

CÓRDOBA RODA va más allá y dice: “el dolo no se contenta sin embargo con el conocimiento del *producir externo de la acción*, sino que debe extenderse por exigencia normativa a *todos* los elementos del tipo”<sup>17</sup> Al efecto JESCHECK manifiesta que: “debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. I. pág. 234.

<sup>16</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* pág. 241. En el mismo sentido: Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Esp. Pág. 91.

<sup>17</sup> CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción...* pág. 79.

<sup>18</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* pp. 265-266.

Sirvan las citas anteriores para determinar que el conocimiento de quien obra dolosamente en torno a dos elementos del tipo objetivo: descriptivos y normativos. Identificados dichos elementos procede establecer los criterios para su interpretación dogmática.

## 1. CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO OBJETIVO

Se entiende por elementos descriptivos del tipo objetivo aquellos cuya percepción se realiza a través de los sentidos, es decir, “aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez<sup>19</sup>”.

Pero lo anterior no nos dice mucho, se necesitan establecer criterios que nos ayuden a comprender cómo es que se determina la existencia de dichos conocimientos relevantes para el Derecho Penal y que son el sustento para imputar el obrar doloso del autor.

Como sabemos, los tipos penales describen conductas y resultados a los cuales les vinculan la pena.

Mientras que la descripción de la conducta es genérica, el resultado, en cambio, es preciso y explícito, la conducta de matar ofrece una multiplicidad de posibilidades en la realidad. Decirlo así, hay mil y un formas de matar! Pero sería imposible describir previamente todas en un Código Penal, por lo cual la técnica legislativa seguida es la de referirse en el tipo

conducta de matar, la cual dentro de su generalidad es suficientemente precisa para no violar la garantía de legalidad impuesta por la Carta Magna. El resultado, por el contrario, está claramente identificado: sólo hay una muerte en el sentido jurídico penal.

Conforme a los lineamientos anteriores, el ciudadano conoce la prohibición de matar y por tanto, su obligación de abstenerse de realizar aquellas conductas que ponen en grave peligro la vida de otro. Sobre estas descripciones tanto de la conducta como del resultado prohibido recaen los conocimientos de quien obra dolosamente.

Habiendo aclarado qué se entiende por conocimientos descriptivos del tipo objetivo, procede señalar los criterios para determinar su concurrencia en una conducta dolosa.

#### a) CONOCIMIENTOS ONTOLÓGICOS Y NOMOLÓGICOS

Desde mi punto de vista, la exposición hecha por GIMBERNAT ORDEIG de las teorías de von KRIES, pese a que su formulación data de más de un siglo atrás, sigue vigente como criterios para determinar los conocimientos requeridos por el Derecho Penal para imputar al sujeto la realización de una conducta dolosa.

Inicialmente debemos diferenciar entre los conocimientos derivados de un juicio de necesidad y los de un juicio de probabilidad.

---

<sup>19</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Pág. 306.

El juicio de necesidad se conforma de conocimientos nomológicos y ontológicos “el primero es <un conocimiento general de la experiencia, un conocimiento sobre las leyes de relación de un acontecimiento>; comprende los <conocimientos de las leyes de la naturaleza>. El sabiduría ontológica se limita al conocimiento de los hechos. El juicio de que una piedra arrojada al aire volverá a caer, descansa en; primero; nuestro conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada (conocimiento ontológico) y segundo: nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza de la fuerza de gravedad (conocimiento nomológico). Si nuestros conocimientos de los dos campos fuesen perfectos, sólo podríamos emitir juicios de necesidad: <Desde un punto de vista de la omnisciencia, habría que eliminar por ejemplo el azar>; jurídicopenalmente, ello significaría que un ser que poseyese en el momento de la acción ambos saberes sin ninguna clase de lagunas <sólo podría obrar dolosamente>”<sup>20</sup>

Indudablemente no es factible al ser humano poseer todos los conocimientos ontológicos y nomológicos y, por tanto, no es posible a éste emitir juicios de necesidad, quien los tuviera sabría necesariamente no sólo los hechos que ocurren (presente) sino que además podría conocer todas las consecuencias por venir (futuro). En otras palabras, quien pudiera emitir juicios de necesidad podría saber exactamente lo que ocurrirá en el futuro a partir de hechos presentes, ello expresado en términos de dogmática jurídica significaría que el sujeto de derecho antes de actuar (perspectiva *ex ante*) ya tiene el conocimiento preciso de los resultados de su actuar (hechos *ex post*), quien pudiera hacer eso, en el lenguaje común y corriente, no sólo sería un adivino, sino un vidente certero cercano a la concepción de un dios quien todo lo sabe.

En cambio, en el juicio de probabilidad los conocimientos ontológicos y nomológicos son menores a los del juicio de necesidad. En los juicios de probabilidad “se distingue entre probabilidad subjetiva y probabilidad con validez general (= posibilidad objetiva):

- La probabilidad subjetiva se constituye <en base al conocimiento experimental y fáctico de un individuo determinado>; estos juicios, por consiguiente, <tienen validez sólo respecto de un juicio determinado; <un acontecimiento me puede parecer a mi muy probable; a otro que sepa más sobre sus condiciones, improbable>
- Si <toda probabilidad es subjetiva> - <en el acontecer positivo no existe el azar> si sólo es imaginable porque nuestro saber es limitado ¿cómo podemos hablar entonces de la posibilidad *objetiva* o de probabilidad con *validez general*? V. KRIES justifica estas expresiones, porque para la formación de un juicio de posibilidad objetiva presupone un conocimiento nomológico que, sin ser perfecto (para que fuese perfecto tendría que comprender todas las leyes de la naturaleza – las ya descubiertas y las que todavía no lo han sido-), abarca, sin embargo, el conocimiento experimental total de la humanidad, De tales juicios se puede decir que son objetivos porque <poseen validez general para todos los hombres> Hasta aquí los conocimientos nomológicos.
- Por lo que se refiere al conocimiento ontológico, la probabilidad se caracteriza por <que no conocemos exactamente la relación de las condiciones en el caso concreto>; por consiguiente, y otra vez en oposición a la necesidad donde no existe circunstancia que no sea conocida, para emitir juicio de probabilidad procedemos del siguiente modo: <una

---

<sup>20</sup> Von KRIES. *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12. 1888. Págs. 181 y 189. TRAEGER. *Kausalbegriff*. Pág. 122. RADBRUCH. *Die Lehre von der adäquaten Verrichtung*. Pág. 10. Citas en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados...* pág. 19.

parte de las condiciones esenciales para el suceso la dejamos determinada, y otra parte indeterminada <incluye la totalidad de circunstancias que podrían surgir>

V. KRIES ilustra el mecanismo de los juicios de posibilidad -juicios que constituyen el objeto del cálculo de probabilidades- con ejemplos tomados de los juegos de azar. En el juicio de que al arrojar un dado salga el número 1, las condiciones vienen dadas (la construcción del dado no contiene ninguna irregularidad, las caras tienen del número 1 al 6 etc.); la circunstancia de arrojar el dado, en cambio, que es la que es indeterminada: esta acción es <susceptible de adoptar las más diversas variaciones>, por ejemplo <hay una variedad infinita de formas de tirar el dado en lo que se refiere al modo de cogerlo, de sostenerlo, de arrojarlo, etc.>; <que las que tengan lugar sea precisamente estas o aquellas determinadas circunstancias, no es más que un caso especial dentro de una gran generalidad>

Aunque, como he dicho, los enunciados de von KRIES datan del siglo pasado, los recientes descubrimientos de la física cuántica, como ciencia cuyo objeto de conocimiento son las ondas y las partículas en el campo atómico, así como la teoría de la relatividad, confirman que la previsión de procesos causales tanto en el tiempo como en la materia misma que ocupa un espacio, es bastante limitada y sólo permiten una predicción de probabilidad<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> TRAEGER. *Kausalbegriff*. Pág. 118, Von KRIES. *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*. 12. 1888. 180, 181, 187, 188 y 189. RADBRUCH. *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*. Pág. 10. Citas en GIMBERG. ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados...* págs. 20-21.

<sup>22</sup> Sobre el particular, basado en las investigaciones de HEISENBERG y EINSTEIN, *cf.* ROXIN, Claus. *Penal.* . esp. pág. 346.

Estos parámetros para determinar la existencia o inexistencia del conocimiento son altamente productivos para la determinación de una conducta dolosa o imprudente y, de igual forma, valen para los delitos dolosos de acción como los de omisión<sup>23</sup>.

Comenzando por los delitos de acción, si el ser humano sólo puede realizar juicios de probabilidad, los cuales se realizan a partir de un conocimiento general nomológico y ontológico, la pregunta es ¿cómo se presentan éstos?

Quien decide realizar una conducta encaminada hacia un fin, sea delictivo o no, desarrolla un plan para su consecución. La elaboración de ese plan supone un retroceso del fin hacia el inicio de las actividades para llegar hasta éste. En toda esa planeación el sujeto ha acudido a sus conocimientos nomológicos generales, es decir aquellos comunes a todos los hombres, en ese sentido selecciona los medios y la forma de alcanzar ese fin.

Llevado lo anterior al Derecho Penal, quien quiere privar de la vida a otro, una vez decidido el fin tiene que planear cómo llegar hasta ese resultado (retroceso) en ese momento debe decidir el ¿cómo? y ¿cuándo? Ello lo realizará acudiendo a sus conocimientos generales, sabe, por

---

<sup>23</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ se refiere a la tesis de "la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica", *cf.* Del Autor citado y Otros. *Sistema de casos...* pág. 73. Otra vía es seguida por Günther JAKOBS, quien atiende a las expectativas cotidianas derivadas de los contactos sociales que dan lugar a un *ml*, *cf.* Del Autor citado. "Sobre la función de la parte subjetiva... esp. Pág. 636 y sigs. Por su parte Marcelo FERRANTE, sostiene: "en un mundo desmitificado como el moderno, la producción voluntaria de consecuencias en la realidad sólo es posible con base en un juicio racional sobre la causalidad; y éste presupone el correcto manejo de un cierto mínimo de información que el autor del caso sólo posee en la variante... la conducta de quien pretende provocar un resultado con base en un juicio tan torpe como el del caso [de enviar a otro por leños durante una tormenta para que muera] no puede ser aprehendida como dirigida finalmente a su producción, aun cuando el resultado efectivamente se produzca" si bien es cierto que, como lo hace el autor, ese es un problema que concierne a la teoría de la imputación al tipo objetivo de una conducta peligrosa para un bien jurídico, también lo es que sus postulados se deben tener también presentes en el análisis del dolo del autor, *cf.* Del Autor citado. "Una introducción a la teoría... págs. 19-20.

ejemplo, que es más seguro matar a alguien con una pistola que con un madero. Una vez que ha escogido los medios, traza un plan para alcanzar el fin querido,

Una vez que el sujeto ha determinado el fin por alcanzar y el plan mediante el cual habrá alcanzarlo tendrá completa la primera parte de los conocimientos nomológicos, la cual se desarrolla en el plano puramente intelectual, es decir sólo en el pensamiento del sujeto.

Posteriormente vendrán los actos preparatorios y de ejecución, los cuales se materializan ya en la realidad y dan lugar al inicio de los conocimientos ontológicos (sobre los hechos) si el sujeto se dirige hacia la dirección de quien vende armas y al llegar al lugar inicia la transacción de compra, en ese momento conoce de los hechos que está realizando tanto en el momento que se sube al medio de transporte para ir hasta el vendedor, como en el momento en que examina el arma que va a comprar. Pero al mismo tiempo está aplicando sus conocimientos nomológicos, sabe que se ha subido a un microbús (hechos) el cual lo llevará hasta la casa de los doctores (nomológico). Sabe que tiene frente a él un arma (hechos) la cual es calibre 45 y una de utilería o de salva (conocimientos nomológicos).

Una vez culminados los actos preparatorios, con independencia de su punibilidad o no, pasa a la ejecución. Conforme a su plan se presenta en la oficina de la víctima y al estar frente a ella sabe que si dispara a la cabeza las probabilidades de muerte son altas (conocimientos nomológicos) y sabe que tiene frente a él a su víctima y que cuenta con una pistola cargada (conocimientos ontológicos). Sabe por tanto que las probabilidades de conseguir su objetivo son muy altas. Lo que no sabe el sujeto es si efectivamente se dará el resultado, esto sólo podrá saber después de haber disparado y no antes.

Las probabilidades después del disparo son múltiples, puede ser que el sujeto se agache rápidamente y lo haga errar en el blanco, puede ser que la víctima no se mueva pero él no logre dar en el blanco, puede ser que alguien intervenga y desvíe su disparo, puede ser que en ese momento se aparezca un elemento del cuerpo de seguridad de la oficina y dispare y lo lesione o lo mate antes de que el pudiera privar de la vida a su víctima, etc. Todo lo anterior, como he señalado, no lo sabe el autor antes de disparar.

Hasta aquí se puede pensar que he tomado algunos de los postulados de la teoría de la adecuación y del finalismo para mezclarlos y ofrecer una solución: esto es cierto. La razón de esta combinación obedece a que no todos los postulados de esas teorías fueron erróneos, por el contrario, su seguimiento durante tantos años se debe a su acierto para resolver satisfactoriamente diversos supuestos de hecho y su abandono se debió a la existencia de otros tantos a los cuales no pudieron dar respuesta convincente. Por ello nada impide tomar aquello de bueno que tuvieron dichas teorías y reinterpretarlas para llegar a una solución dogmática acorde con los fines de la pena en un Estado Social y democrático de Derecho.

Para establecer las diferencias entre nuestro planteamiento y el finalismo conviene recordar algunas características de éste último. Dentro de los planteamiento de la doctrina final de acción existen dos puntos de relevancia: el conocimiento y la voluntad. El conocimiento fue planteado conforme a una <representación> que tiene el autor sobre los resultados sean principales (fin) necesarios o concomitantes. Pero eso supone una presunción insostenible, pues el autor no siempre se puede representar todos los resultados derivados de su actuar. Así por, ejemplo, si el autor quiere privar de la vida a un sujeto y sabe que el domingo éste asiste a su oficina para

trabajar a solas y conforme a ello se apostó en el edificio del frente para desde allí disparar a la víctima, siendo que ese día la víctima se encuentra sentado en su sillón dando la espalda hacia la ventana y al tenerlo en el punto de mira dispara y efectivamente priva de la vida al oficinista hasta ahí ha cubierto con su conocimiento el resultado. Empero lo que no sabía es que dicho oficinista había llevado ese día a su hijo de apenas unos meses a la oficina y que al momento del disparo se encontraba cargándolo, por lo que al producirse su muerte cayó sobre el niño y le provocó también la muerte. Conforme con la teoría finalista como el homicida no se representó ese resultado, entonces, faltaba el conocimiento y la voluntad final, por lo cual no se podía imputar la muerte de ese niño a quien disparó, dado que el proceso causal que desembocó en la muerte del infante sería ciego y, dichos procesos, son irrelevantes para el Derecho Penal dentro del sistema final de acción.

Si para el finalismo el punto relevante del conocimiento del autor giraba en torno a la <<representación>> del sujeto de los posibles efectos necesarios o concomitantes derivados de su actuar (probabilidad subjetiva), para nosotros, en cambio, la representación es un dato a tomar en consideración, pero el centro de la imputación de la conducta radica en el elevado peligro que representa para bienes jurídicos tutelados conforme a una valoración sustentada en los conocimientos nomológicos y ontológicos generales que <<concurrieron> en el autor <<debieron> concurrir en el momento de actuar, ello por ser éstos del dominio de la mayoría de los seres humanos que se encuentran en su mundo circundante: juicio de probabilidad.

De esta guisa, en tratándose de los delitos dolosos si el sujeto conforme a sus juicios de probabilidad ha desencadenado un proceso causal cuyos resultados fueron los previstos, no habría problema para imputar su comisión dolosa, pero, y he aquí la diferencia, si el sujeto

desencadenado un proceso causal que para la mayoría es claro que eleva el riesgo de provocar diversos resultados típicos, pues el disparar un arma puede provocar la muerte del oficinista si se da en el blanco, pero también existe una alta probabilidad de lesionar otros bienes: la vida de otra persona y no el oficinista, los daños materiales, etc. Así, aunque el autor no se haya representado *ex ante* todos los resultados que *ex post* se produjeron, el desencadenar un proceso causal, cuya probabilidad de lesión de bienes jurídicos es alta, ello es suficiente para fundamentar la imputación de todos esos resultados a su conducta, en el supuesto en análisis tanto la muerte del oficinista como la del niño.

Dependiendo del grado de probabilidad que exista entre la conducta realizada y el resultado producido podremos determinar el título de imputación que le corresponde.

Siguiendo con los ejemplos, si Samuel en una fiesta concurrida ve a Teodoro, a quien no había conseguido localizar desde hacía meses para matarlo, y al tenerlo a tres metros de distancia saca la pistola sin más y dispara, resultando que Teodoro se agacha y mata a Alfonso quien se encontraba detrás de Teodoro. Valorado el hecho anterior conforme a un juicio de probabilidad, podemos decir que es de conocimiento general que al disparar en una fiesta concurrida se puede matar a alguien, sea la persona contra quien se dirige la acción de matar u otra cercana. El juicio de probabilidad es alto y por tanto el conocimiento corresponde al título de comisión doloso. En esta solución, no importó, como lo hacía el finalismo, si Samuel se representó o no ese resultado, es más Samuel no se representó jamás que podía matar a alguien distinto de Teodoro dada la rapidez de su valoración de la situación, decisión y acción y mucho menos se pudo representar que el muerto sería Alfonso, a quien desconocía, y no Teodoro.

Respecto a los delitos de omisión, el finalismo enfrentó problemas insuperables para imputar un resultado a una conducta que no había desencadenado el proceso causal. En cambio, desde la perspectiva aquí propuesta en la que se interrelacionan tipo objetivo y tipo subjetivo, de suerte que la imputación de un resultado a la conducta omisiva no recaerá en la causación del resultado (inexistente en la omisión) sino en el deber normativo de actuar, pero ese actuar es un actuar cualquiera, sino debe ser un actuar que conforme a los conocimientos ontológicos y nomológicos del autor aparezca como muy probable para la salvación del bien jurídico. Dice que aparezca como muy probable de éxito la acción salvadora porque nada nos garantiza que efectivamente se hubiese podido llegar a salvar el bien jurídico y, por tanto, el sancionar un hacer como si fuera un hacer debe estar limitado al máximo .

Para volver a nuestro ejemplo, quien escucha la llamada de auxilio del bañista que se está ahogando en la playa del Club Maeva en Manzanillo y, sin embargo, omite prestarle ayuda resultando la muerte del bañista. Nada nos garantiza que la intervención del sujeto hubiese salvado la vida del bañista, por ejemplo, si el sujeto hubiese rápidamente llamado al salvavidas del Club o al cuerpo de rescate de Manzanillo, no es seguro que estos hubiesen llegado a tiempo para salvarlo, de igual forma el salvavidas podría llegar a sufrir un calambre al nadar hacia el desafortunado bañista, etc.

Por otra parte, la obligación de intervención directa de quien escucha la llamada de auxilio sólo está supeditada a una posición de garante, sino también a sus conocimientos y habilidades especiales. Si quien omite tiene los conocimientos necesarios y las habilidades para nadar y salvar la vida de un sujeto que se está ahogando, podrá imputarse ese resultado al tipo obje

de que se trate según tenga posición de garante (homicidio) o no (omisión del deber de socorro).

Para ello, el juez deberá situarse hipotéticamente en la posición del omitente para desde una perspectiva *ex ante* y conforme a los conocimientos y habilidades especiales del autor, determinar en qué medida podía intervenir para salvar la vida del bañista, por ejemplo, si bastaba con que llamara al salvavidas del Club quien se encontraba no muy lejos del lugar charlando con una chica o si, incluso, el omitente era salvavidas de profesión y, por tanto, tenía las habilidades necesarias para intentar el rescate, aunque claro esto último no justificaría llegar a imponerle un deber de garante dado que no se trataba del salvavidas del Club.

De esta suerte la elevada probabilidad de salvación de la acción omitida serviría de sustento para imputarle el resultado acaecido en el caso del garante o para subsumir su conducta en el tipo de omisión del deber de socorro. Empero, si después se demostrara que en esa playa, como lo es, existe una zona con una corriente que hace difícil salir de ella e intentar salvar la vida de quien queda atrapado, en ese supuesto la imputación del tipo objetivo por un delito de omisión quedaría excluida<sup>24</sup>.

Con respecto a la culpa, al no ser determinante si el sujeto se representó (culpa consciente) o no (culpa inconsciente) la provocación de un resultado, sino solamente el riesgo de lesión de un bien jurídicamente tutelado conforme a un juicio de probabilidad general, ello nos permite sustentar la culpa en supuestos en los que el sujeto actúa infringiendo un deber de cuidado, el

---

<sup>24</sup> Sobre la necesidad de restringir al máximo la imputación del resultado a la omisión, *cf.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia" en proceso de publicación.

cual, es de conocimiento general para quienes desempeñan esa actividad que, se debe observar para evitar lesión alguna a bienes jurídicos tutelados.

Por ello, quien provoca la muerte de otro al conducir su vehículo con exceso de velocidad ciertamente ha infringido un deber de cuidado, pero para establecer el juicio de probabilidad no basta con saber que se condujo con exceso de velocidad, es necesario saber en qué circunstancias se desarrolló dicha conducta para establecer el riesgo que había de lesión a bienes jurídicamente tutelados y así determinar si corresponde un título de imputación dolosa culposo o incluso impune.

Si la conducción con exceso de velocidad se realizó en una zona escolar precisamente a la hora de salida de los niños, entonces la violación del deber de cuidado, valorado conforme a un juicio de probabilidad, eleva altamente la posibilidad de provocar la muerte de alguno de esos niños. Ese elevado riesgo servirá para imputar los resultados de muerte a título de dolo eventual..

En cambio, si el exceso de velocidad se dio durante la conducción en el periférico su riesgo de colisionar con otro auto, entonces, si bien es cierto que conforme a un juicio de probabilidad existe un riesgo de lesión de bienes jurídicos, también lo es que ese riesgo no es tan elevado pues por la experiencia general se pueden observar diariamente, en las vías rápidas de la Ciudad de México, gran cantidad de autos conducidos a exceso de velocidad, pero sólo unos cuantos de ellos tienen algún accidente. En función de ese riesgo intermedio y del fin de protección de la norma que impone un límite de velocidad se puede sustentar la imputación de los resultados producidos a título de culpa.

Por otra parte, la pura violación de un deber de cuidado no es suficiente para sostener la imputación de resultados a la conducta. Volviendo al supuesto de quien conduce con exceso de velocidad en el periférico, si al salir de una de las curvas encuentra de frente a un peatón que estaba cruzando indebidamente dicha arteria. Procede atender al juicio de probabilidad general del riesgo, pues si bien es cierto que el sujeto ha infringido un deber de cuidado y ha elevado el riesgo de lesión de algún bien jurídico tutelado, también lo es que conforme a un juicio de probabilidad general, en el periférico no es común, cuando menos en ciertos puntos, el cruce de peatones, es más dicho cruce está prohibido. Por ello el juicio de probabilidad nos indica en este supuesto la elevación del riesgo con respecto a la muerte de peatones en el periférico es ínfimo y por ello queda cuestionada la imputación de la muerte del peatón a la conducta del conductor. Atendiendo nuevamente a la relación de estos criterios con el tipo objetivo, encontramos la solución al supuesto anterior en el fin de protección de la norma, pues la prohibición de elevar la velocidad por encima de lo permitido en el Periférico (80 km/h) no tiene como fin proteger a peatones que cruzan indebidamente dicha vía, por la cual los conocimientos generales del autor le indica que sólo circulan automóviles.

Por tanto, reitero, la determinación del conocimiento del autor se debe sustentar en un juicio de probabilidad general, en el cual se atenderán a los conocimientos nomológicos y ontológicos que poseen la mayoría de los hombres (hombre medio) dentro del entorno sociocultural del autor.

#### b) CONOCIMIENTOS SUPERIORES O ESPECIALES

Hasta ahora habíamos partido de juicios de probabilidad general los cuales poseen la mayoría de los seres humanos, mas si el sujeto tiene conocimientos superiores o especiales, entonces no procede valorar sus actos dentro de una mayoría a la cual no pertenece sino precisamente conforme a esa minoría en que lo sitúan sus conocimientos. Retomando el ejemplo del puñetazo al hemofílico, si bien es cierto que desde un punto de vista *ex ante* esa conducta aparece como peligrosa para el bien jurídico vida y conforme a ese conocimiento general valoraría la conducta del autor, en cambio, si éste supiera con anterioridad del padecimiento su víctima, entonces, su juicio de probabilidad sobre la posibilidad de provocar su muerte decididamente distinto al de la mayoría, y por ello su conducta desde una perspectiva *ex ante* debe valorarse en la misma medida, apareciendo como altamente peligrosa para la vida.

Lo mismo vale para el supuesto del sobrino quien regala al tío rico un billete de avión para unas vacaciones a Cancún, si el sujeto sólo tiene la esperanza de un posible accidente aéreo y poder heredar, como el juicio de probabilidad de que esa conducta provoque el resultado desde una perspectiva *ex ante*, es muy remota de acuerdo con las estadísticas de accidentes aéreos, no podrá considerarse como una conducta de riesgo de lesión de un bien jurídico tutelado y por tanto el conocimiento que lo sustenta no será ni de dolo ni de culpa. No obstante, el juicio de probabilidad sería otro si el sobrino sabía que en ese avión había sido instalada una bomba por un comando terrorista y que haría explosión precisamente durante el vuelo.

vuelo a Cancún, en cuyo caso sí se puede sostener el conocimiento doloso de lesión del bien jurídico vida e imputar su comisión a título de dolo<sup>25</sup>.

De igual forma quien invita a su competidor comercial a tomar el té en casa para llegar a un acuerdo sobre el precio de un producto, con la esperanza de que al subir las escaleras el competidor se resbala y muera, lo cual ocurre, su conducta no será imputable al tipo objetivo porque invitar a otro a toma el té en casa, de acuerdo con los conocimientos generales, no genera un peligro de muerte. Pero, si el sujeto sabe que unos minutos antes la lavadora del vecino de junto tuvo una gran fuga de agua jabonada que llegó hasta las escaleras dejándolas sumamente resbaladizas, entonces la conducta del anfitrión vuelve a entrar dentro de las conductas imputables al tipo objetivo y ello ha sido como resultado de evaluar los conocimientos especiales del autor.

En este sentido, comparto la afirmación de SILVA SÁNCHEZ “la presencia del dolo influye sobre la imputación objetiva, de manera que, dado un riesgo que un hecho no doloso no sería suficiente para la imputación del resultado, cabe que concurriendo dolo, ese mismo riesgo sí pueda resultar suficiente para la imputación del resultado”<sup>26</sup>, aunque esta formulación la realizó para analizar supuestos distintos de los conocimientos especiales.

Desde mi punto de vista, los conocimientos especiales pueden dar lugar a habilidades especiales, que de igual forma se deben tomar en consideración. Digo que los conocimientos especiales << pueden >> dar lugar a habilidades especiales porque ello no siempre es así. Por

<sup>25</sup> Cfr. MIR PIUG, Santiago. Derecho Penal (p.g.) pág. 228-229.

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María y Otros. *Sistema de casos...* pág. 73.

ejemplo, un sujeto puede tener muchos conocimientos sobre artes marciales: posiciones básicas; formas de defensa y lucha; nombres de las llaves, etc. sin embargo, ello necesariamente presupone que él pueda aplicar esos conocimientos, pues puede tratarse de un lector aficionado pero no de un karateca en el sentido real. Por el contrario, quien no solo conoce de las artes marciales, sino que además las practica, en ese momento sus habilidades sustentadas en conocimientos especiales, deben ser tomadas en consideración para establecer el peligro que puede generar con su conducta el cual es más elevado que el de la generalidad.

Por otra parte, mientras que los conocimientos especiales suponen que el sujeto puede emitir juicios de probabilidad más certeros a los de la mayoría, existen conocimientos que el sujeto puede poseer: conocimientos potenciales.

### c) CONOCIMIENTOS POTENCIALES

Así como los juicios de probabilidad se sustentan en conocimientos ontológicos y nomológicos generales que se pueden imputar al autor por ser del dominio de todos, por el contrario, es opinión dominante excluir los conocimientos potenciales, es decir, aquellos que el sujeto no tenía ni debía tener en el momento de realizar su conducta, por lo cual no puede prever, conforme a un juicio de probabilidad general, el resultado. De esta guisa, no se puede

considerar que obra dolosamente quien ignoraba las consecuencias de su acto cuando no <debió> ni <pudo> saberlas<sup>27</sup>.

Sobre el particular ya MEZGER había manifestado: “el resultado no es adecuado cuando el curso causal realmente producido era totalmente imprevisible para el juicio normal del hombre en el momento de realizarse el hecho, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en la vida de relación”<sup>28</sup>.

Lo anterior explica por qué se debe tomar en cuenta el mundo circundante del sujeto al cual se le imputa un resultado a partir de la base de los conocimientos que le deben asistir por ser del dominio común. Me explico con un ejemplo, en algunas autopistas alemanas no existe límite de velocidad, sin embargo, durante las nevadas invernales, los conductores saben que deben extremar sus precauciones al máximo pues, sobre todo, cuando la superficie está helada (Glatteis) es difícil frenar y controlar el auto, de tal suerte si un conductor alemán causa un accidente al no poder frenar debido a que la capa de hielo le impidió frenar y disminuir la velocidad de 100 km/h con la que conducía, no le sería válido el argumento de que en esa autopista no hay límite de velocidad y por tanto no violó deber de cuidado alguno. Dicho argumento no le es válido porque la permisión de conducir con velocidad sin límite, en determinadas autopistas, está supeditada a lo establecido por el párrafo primero de las reglas generales del Código de Circulación, el cual ordena a los conductores prudencia permanente y

---

<sup>27</sup> Cfr. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. pág. 87; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito p. 61. En contra, PLATZGUMMER.

<sup>28</sup> MEZGER, Edmund. Tratado... T. I. págs. 235-236.

el cuidado de los demás, realizando la conducción de tal forma tal que no provoquen daño o peligro o perturben a los demás, a menos que ello fuese inevitable según las circunstancias<sup>29</sup>.

En cambio, el conocimiento exigible a un conductor en Alemania de extremar sus precauciones al máximo cuando la superficie de la carretera está helada, puede no serlo para un conductor en México, así, si por el fenómeno climático: el niño, llegara a caer una fuerte nevada en México y durante el primer día un conductor provocara un accidente al conducir su vehículo a 70 km/h en una zona en la cual el límite estaba fijado en 80 km/h, pero la superficie helada le impidió frenar a tiempo y controlar su vehículo causando daños y lesiones. Si llegara a comprobar que en condiciones de lluvia, de las cuales sí que se conoce en México, el conductor habría podido frenar y evitar el accidente, entonces su responsabilidad quedaría excluida porque su conducta *no está dentro* del radio de prohibición del tipo objetivo y es conforme a que no se le podía exigir conocimientos que en su mundo circundante no podía adquirir (conocimientos potenciales).

## 2. CONOCIMIENTOS NORMATIVOS DEL TIPO OBJETIVO

A la pregunta ¿qué debe conocer el autor en tipos básicos como el de homicidio? se puede responder con gran facilidad, pues basta con que el sujeto sepa que está prohibido privar d

<sup>29</sup> Strassenverkehrs-Ordnung.  
Allgemeine Verkehrsregeln

Pgfo. 1. Grundregeln. Die Teilnahme am Strassenverkehr erfordert standige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht-

vida a otro. En este sentido, el conocimiento de los elementos normativos representa mayores problemas en comparación con el conocimiento de los elementos descriptivos. Pues, es más fácil que el hombre medio tenga conocimiento sobre la prohibición de privar de la vida a otro que saber quién, a efectos de responsabilidad penal, tiene la calidad de servidor público o qué se debe entender por ajeno, falso, documento o lascivo, todos ellos son conceptos que requieren de un conocimiento más elaborado dado que requieren de una comprensión espiritual<sup>30</sup>.

Desde el descubrimiento de los elementos normativos por MAYER<sup>31</sup>, su existencia se ha ido reforzando cada vez más al grado de llegar a la conclusión de que incluso aquellos elementos considerados como puramente descriptivos, tienen también un contenido normativo. Por ejemplo, la determinación de la muerte a efectos penales no corresponde al concepto de muerte biológica, sino que ha ido cambiando hasta llegar a su determinación a partir de criterios biológico-normativo-valorativos<sup>32</sup>.

Posteriormente Erik WOLF desarrolló este planteamiento hasta el extremo de sostener que incluso el mismo concepto de ser humano o de cosa requieren de un juicio normativo que se debe realizar en el tipo<sup>33</sup>.

---

Jeder Verkehrsteilnehmer hat sich so zu verhalten, dass kein Anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird.

<sup>30</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Pág. 306. En el mismo sentido cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "El dolo...." esp. Págs. 38-40.

<sup>31</sup> *Vid. Supra*. Cap. Pro. III. A. 3. a) i).

<sup>32</sup> Sobre esta problemática. Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dogmática del suicidio...* esp. Págs 119-124.

<sup>33</sup> Cfr. ROXIN, Claus *Derecho penal...* pág. 282.

Hoy en día se considera que no existen elementos normativos ni descriptivos puros, pues mismo elemento normativo puede requerir, para su constatación, de un substrato descriptivo "así, por ejemplo, una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de fijación en un objeto"<sup>34</sup>.

De todas formas, se sigue manteniendo la separación entre elementos descriptivos y normativos a efectos didácticos, teniendo siempre presente que en la mayoría de los elementos del tipo objetivo están presentes ambos y para su distinción se puede atender a lo establecido por ENGISCH, para quien los elementos normativos son aquellos "que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma"<sup>35</sup> por ejemplo: ajenas a las buenas costumbres, reprochable, injuria, etc, son elementos que requieren acudir a una norma jurídica o social para determinar su significado y, en consecuencia, deben ser considerados como elementos normativos. Sin embargo, no importa tanto la separación entre elementos descriptivos y normativos porque la mayoría de tipos los entremezclan dominando en algunos casos el elemento normativo y en otros el descriptivo<sup>36</sup>.

Conforme a lo anterior, para constatar el conocimiento de los elementos normativos del tipo basta con que el sujeto "tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos"<sup>37</sup>

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* pág. 307.

<sup>35</sup> Del Autor citado. *Mexger (Festschrift)*. 1954. Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 307.

<sup>36</sup> En este sentido, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Pág. 307

<sup>37</sup> *Cfr.* WIELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. esp. págs. 90 y sigs. Más tarde FRANK disintió al considerar que suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de reflexionado, el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo, debe haberlos conocido o saberlos. FRANK. *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907. p. 29 cita en DÍAZ PITA, p. 56.

### 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONOCIMIENTO

a) ¿SE REQUIERE DEL CONOCIMIENTO DE TODOS LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL TIPO?

Existen tipos cuyos elementos son más complejos y el análisis de su comisión dolosa da lugar a la pregunta ¿se requiere del conocimiento de todos los elementos del tipo o sólo se requiere el conocimiento de los elementos esenciales?

Un sector de la doctrina sostiene que el dolo debe abarcar el conocimiento de <<todos>> los elementos del tipo objetivo, tanto los esenciales como los accidentales. Si esto fuera así la falta de un elemento esencial o accidental excluiría el dolo, sin embargo, ello no es así, pues sólo la ausencia de un elemento esencial da lugar a la aplicación de las reglas del error de tipo, según las cuales si el error es vencible podemos atribuirlo a título de culpa, siempre y cuando el delito acepte dicha forma de comisión, o dejarlo impune si el error es invencible. En cambio, la falta de elementos accidentales no impide la fundamentación del tipo doloso base<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup>Cfr. BELING, Ernst von. *Lehrbuch*... esp. pp. 82 y ss. En contra GÓMEZ BENITEZ quien considera que se deben conocer <<todos>> los elementos del tipo. Cfr. del autor citado. *Teoría jurídica*... esp. pp. 205 y ss.

En efecto debemos tener presente que de los elementos esenciales depende la existencia del delito, al paso que los accidentales sólo determinan la concurrencia de la agravación o atenuación del delito base. Por ello el desconocimiento de los elementos accidentales no excluye la tipicidad dolosa de la conducta, pues como he señalado, dicho desconocimiento sólo se refiere a circunstancias generales (elementos típicos accidentales) o bien circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (circunstancias atenuantes o agravantes). De esta guisa, el desconocimiento de una circunstancia general sólo conlleva a la subsunción de la conducta en otro tipo penal, por ejemplo, si el autor dispara a otro, tiene el conocimiento de que está cometiendo un homicidio, pero si el muerto resulta ser su progenitor, lo que desconocía, ese desconocimiento afectará el título de imputación de parricidio para subsumir la conducta en el homicidio o en todo caso, según la corriente doctrinal que se siga, un concurso de homicidio tentado con un parricidio imprudencial.

Surge un problema interesante ¿cuál será el título de imputación si el dolo no abarca elementos accidentales del hecho típico? No podemos acudir a las reglas del error de tipo, según las cuales si el error es vencible podemos atribuirlo a título de culpa, siempre y cuando el delito acepte dicha forma de comisión, o dejarlo impune si el error es invencible. Como dije antes, esas reglas no son aplicables porque sigue presente el dolo sobre los elementos esenciales y ello es suficiente para fundamentar el tipo doloso base.

En resumen, desde *BELING* se ha puesto de manifiesto que no se puede exigir al sujeto actor el conocimiento especializado de un tipo penal como lo sería para un abogado, por ello sólo requiere del conocimiento de las <<circunstancias del hecho>> que contempla jurídicamente, reproducen la imagen de la descripción típica.

## b) CONOCIMIENTOS ACTUALES Y ACTUALIZABLES

Inicialmente el elemento intelectual sólo comprendía “el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal”<sup>39</sup> esta es la llamada <<consciencia actual>> que consiste en la representación, percepción o pensamiento del agente sobre las <circunstancias> y las <consecuencias> de su actuar, por ejemplo saber que se está disparando contra un hombre al realizar la acción homicida<sup>40</sup> o que la persona con que se tiene cópula es menor de 18 años en el delito de estupro.

Conforme a lo aquí sostenido, el conocimiento requerido por el dolo en la <<consciencia actual>> del autor requiere sólo de las <circunstancias> y las <consecuencias> que previsiblemente tendrá su comportamiento. Siguiendo a FRANK “es suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de reflexionado, en el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo, debe haberlos conocido o sabido”<sup>41</sup>

Todo lo anterior supone un conocimiento general sobre una prohibición de realizar cierta conducta, el cual está presente de forma consciente tanto en el momento de planeación como

---

<sup>39</sup>WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. pág. 78.

<sup>40</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II. esp. pág. 98

en el de ejecución de la conducta. Empero, actualmente también se incluyen los conocimientos actualizables, es decir, aquellos que pese a no estar presentes en el momento de realización de la acción, sí son conocidos por el autor porque se encuentran en el co-consciente, esto significa que el autor no necesita estar pensando mientras roba los faros de un coche que esa conducta está prohibida, puesto que ese conocimiento está en su co-consciente y podía actualizarse, lo cual no podrá alegar válidamente que en ese momento no pensó en dicha prohibición.

Cabe aclarar que la calificación jurídica errónea de los hechos en el entorno social del autor es trascendente para la integración del dolo. Pero sí lo es cuando impide la comprensión de la esfera del profano, por ejemplo, cuando cree erróneamente que un objeto le es propio simplemente de acuerdo con la ley, ajeno.

### c) CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA IMPUTABILIDAD

No se requiere para fundamentar el dolo que el sujeto conozca o desconozca su propia imputabilidad, en este sentido, el sujeto que dispara contra otro con la intención de matarlo creyendo que su minoría de edad le hace inimputable, siendo que en la realidad es inimputable por haber cumplido los dieciocho años establecidos en el Código Penal Mexicano, ese

<sup>41</sup> FRANK *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907. p. 29. cita en DÍAZ PITA, p. 56. Mas, para WELZEL el conocimiento debe ser "real, presente y actual" en el momento de la comisión del hecho. WELZEL *Das Strafrecht*. 11a ed. Berlín. 1969. pp. 60 y 145

sobre su edad no excluye su conducta dolosa<sup>42</sup> y, cabe decir que tampoco podrá ser considerado como un supuesto de error de prohibición.

Dicho sea de paso, tampoco se requiere para sustentar el dolo el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad<sup>43</sup>.

## B. VOLITIVO

El contenido de la voluntad como elemento del dolo es el punto más controvertido<sup>44</sup>.

De acuerdo con la concepción psicológica de la culpabilidad propia del sistema clásico, esa voluntad debía ser la de provocar un resultado típico y antijurídico. Con la inclusión de elementos normativos en la culpabilidad por el sistema neoclásico surgieron los primeros problemas de la voluntad como elemento rector del dolo, pues ya no era tan trascendente el nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico sino la valoración normativa sobre el reproche que se podía realizar al autor por su conducta. De todas formas, el dolo mantuvo su componente psicológico y, aunque atenuado en su importancia, la voluntad siguió desempeñando su función de elemento que abarcaba tanto la conducta como la provocación de un resultado típico y antijurídico.

---

<sup>42</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II, esp. págs. 98-99.

<sup>43</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado...* T. II, esp. pág. 99. En el mismo sentido Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (parte general)*. Esp pág. 240

<sup>44</sup> En este sentido cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 415, nota 1.

El problema se planteó de otra forma a partir de la teoría final de acción, pues concebido el dolo como “la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”<sup>45</sup>, la voluntad perdía su, hasta entonces, tradicional sentido de *dolus malus* porque ya no era el querer realizar una conducta con un resultado típico y antijurídico, sino que era suficiente con que el autor dirigiera su conducta con la voluntad de realizar un resultado típico. De tal suerte que si ese resultado típico, por ejemplo, privar de la vida a una persona, estaba amparado por una causa de justificación como la legítima defensa, ello era irrelevante para sostener la existencia de una voluntad dolosa de realizar tanto la conducta como el resultado típico.

El problema de la teoría final radicó en la inclusión del resultado como elemento de la voluntad dolosa, dado que ello presupone el haberlo previsto como fin de la conducta, como una consecuencia necesaria o como un resultado concomitante.

Empero, el autor puede desarrollar una conducta y no necesariamente haberse representado uno o varios resultados típicos, los cuales suceden después de su actuar. Esa falta de previsión excluía la voluntad como factor de dirección de procesos causales y por tanto el dolo del autor.

En contrapartida, puede ser que el autor se haya representado el resultado y, pese a ello, cualquiera, es más repudie que ello suceda y con esa esperanza actúe, resultando que ese resultado no querido o deplorado se verifica en la realidad. En estos supuestos el sistema finalista vol-

<sup>45</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. pág. 77. En el mismo sentido, cfr. ANTOLISEI, Francesco. *Manual...* Págs. 243-246.

a tener dificultades para establecer cuándo estamos ante un supuesto de dolo eventual y cuándo ante una culpa consciente.

Para solucionar los problemas anteriores se debe acudir a un concepto de voluntad funcionalista para el cual parto de los siguientes interrogantes ¿la voluntad dolosa abarca tanto la realización de una conducta como el provocar un resultado típico? o ¿basta con querer realizar una conducta peligrosa para un bien jurídico tutelado para integrar la voluntad dolosa?

## 1. ¿QUERER LA CONDUCTA Y EL RESULTADO?

Si la voluntad consiste en la <<determinación de realizar una conducta>>, la dirección que el autor da hacia la consecución de un resultado que posteriormente se verifica servirá para determinar la existencia de un dolo directo de primer grado, pero si ese resultado no se verifica o se provocan otros no previstos ello no afecta la constatación de la voluntad y sólo dará lugar a la ubicación de esa voluntad dentro del dolo directo de segundo grado o del dolo eventual.

De acuerdo con lo anterior podemos empezar por desentrañar a qué se refiere el legislador penal mexicano cuando se refiere a la conducta dolosa como aquella en la cual el sujeto activo quiere o acepta el resultado típico.

Al hacer referencia al querer o aceptar el legislador penal mexicano no sólo abarca en el dolo a la voluntad en el sentido de <<querer el resultado típico>> <<desear>> <<perseguir>>

<<aprobar>> o <<consentir con agrado>> sino también quien acepta, aunque sea con disgusto. En otras palabras, también obra dolosamente quien se conforma o se resigna a llevar adelante la conducta que, estadísticamente y de acuerdo con el pronóstico concreto del autor, probablemente puede causar el resultado<sup>46</sup>.

Por ello, los términos *querer* o *aceptar* contenidos en el art. 9 del C.p.m. se deben interpretar como un comportamiento humano voluntario, entendido como voluntariedad general que implica la no concurrencia de algunas de las causas de ausencia de conducta, por ejemplo sueño o sonambulismo<sup>47</sup>. Si dicha <<voluntariedad general>> del comportamiento se suma al <<conocimiento de la realización del hecho típico>>, entonces estaremos ante una conducta típica dolosa y no se requiere acreditar la existencia de una actitud interna de desaprobar, consentimiento o aceptación del resultado.

## 2. LA INDEMOSTRABILIDAD CIENTÍFICA DEL QUERER

La voluntad como elemento del dolo, con independencia de los elementos que la conforman, enfrenta un grave problema: su indemostrabilidad científica.

<sup>46</sup>Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. esp. págs. 80 y sigs.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* esp. págs. 80 y sigs.

<sup>47</sup>Sobre el concepto de conducta voluntaria, Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Panorama del delito (nullum crimen sine conducta)*. México. Imprenta Universitaria. 1950. págs. 11-22; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celeste. *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal*. I. Undécima edición. México Ed. Porrúa. 1987. págs. 317-330.

Lo realmente querido por el sujeto activo, como afirma MUÑOZ CONDE: “nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede <<saber con certeza>> cuál es su exacto contenido. Cuando se dice, por ejemplo, que alguien actuó con dolo, se está, en realidad, presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso en concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”<sup>48</sup>

Efectivamente las cuestiones psicológicas son indemostrables científicamente, de ahí que la parte subjetiva del tipo observe hoy en día una creciente intromisión de conceptos puramente normativos desplazando a los psicológicos.

Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 14 de junio de 1991 establece: “el elemento subjetivo no se exterioriza de la misma forma que el objetivo. Ha de deducirse del comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”

De este guisa, la existencia del componente volitivo se determina en función de las circunstancias objetivas que rodean al hecho las cuales, sumadas al elemento cognitivo, lo hacen insostenible para el Derecho penal y legitiman su punibilidad a título de dolo manteniendo la orientación de un Derecho penal de prevención general.

---

<sup>48</sup> Prologo del Autor citado en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*. Valencia, España. Ed. Tirant lo blanch. 1990. Pág. 10.

Lo desarrollado hasta aquí ha puesto de manifiesto la necesidad de recurrir a la perspectiva *ex ante*, de la concepción de ésta y sus diferencias respecto a la perspectiva *ex post* paso a ocuparme a continuación.

### III. LA PERSPECTIVA *EX ANTE* Y *EX POST*

La valoración *ex ante* consiste en realizar un ejercicio mental en el cual quien ha de evaluar, por ejemplo el juez o el Ministerio Público, se debe colocar en el momento previo a la realización de la conducta del autor para tomar en cuenta el fin del autor, su plan, contexto circundante, los medios con los que contó, conforme a ello se podrá realizar un pronóstico sustentado en un juicio de probabilidad general (conocimientos nomológicos y ontológicos) sobre el peligro que encerraba esa conducta para el bien jurídico.

A diferencia de la valoración *ex ante* se encuentra la perspectiva *ex post*, ésta consiste en la valoración realizada sobre los resultados provocados por una conducta, ya no se trata de un pronóstico sobre cuáles *podrán ser* los resultados de dicha conducta (perspectiva *ex ante*) sino de cuáles fueron realmente esos resultados (*ex post*).

Atento a lo anterior, mientras que la valoración *ex ante* supone el empleo de un conocimiento ontológico de una conducta y conforme a ella un pronóstico sustentado en los conocimientos

nomológicos, en la perspectiva *ex post* ya se sabe cuál fue ese resultado y por tanto los conocimientos empleados son ontológicos porque recaen sobre hechos consumados<sup>49</sup>.

Así, por ejemplo, en el caso del sujeto quien da un puñetazo a su víctima quien al ser trasladado al hospital muere al colisionar la ambulancia con otro vehículo. De acuerdo con una valoración *ex ante* no puede ser considerado como causante de una muerte aunque la valoración *ex post* de los procesos causales así nos lo indique y no lo es porque desde una perspectiva *ex ante* el dar un puñetazo no aparece como causalmente adecuada para provocar la muerte derivada de un accidente de ambulancia. A ello claro se podrían agregar los criterios dados por la teoría de la imputación al tipo objetivo.

Lo mismo sucederá en los supuestos de condiciones especiales del sujeto pasivo, como sería el supuesto del hemofílico quien muere a consecuencia de la hemorragia sanguínea provocada por la herida causada por el puñetazo. En ese supuesto como la mayoría de los seres humanos no son hemofílicos el juicio de probabilidad desde una perspectiva *ex ante* es que el sujeto activo no pudo tener el conocimiento de un resultado de muerte al realizar su conducta y por tanto queda excluido el conocimiento doloso de un delito de homicidio, aunque subsiste el de lesiones. Empero, como he dicho, el juicio de probabilidad será otro si el autor tenía conocimientos especiales sobre las condiciones especiales de la víctima: hemofilia.

Por ello el juez una vez que conoce del hecho (*ex post*) debe colocarse mentalmente en el lugar del autor (*ex ante*) para establecer un pronóstico sobre las capacidades del autor al momento de realizar la conducta<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* (p.g.), pág. 216.

Por lo anterior, FRISCH manifiesta que el dolo se refiere única y exclusivamente a la <<parte externa de la conducta>> no abarca el resultado *ex post*, particularmente en los delitos de resultado, si quisiéramos incluir el resultado *ex post* dentro del conocimiento del tipo objetivo tendríamos que preguntarnos *¿cómo podemos constatar un conocimiento ex ante de un resultado que se verifica ex post?* Para decirlo en otras palabras *¿cómo se puede pedir al sujeto que conozca el resultado antes de emprender su acción si será hasta después de realizarlo cuando lo sepa?* A ello se debe suma que el sujeto activo no siempre se plantea si su conducta producirá el resultado delictivo. En conclusión el dolo no abarca el conocimiento del resultado *ex post*.

#### IV. CLASES

##### A. DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO Y DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO

La doctrina ha distinguido tres clases de dolo, a saber: dolo directo de primer grado, también llamado dolo directo; dolo directo de segundo grado, también denominado dolo indirecto o dolo eventual.

<sup>50</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Pág. 360.

De acuerdo con ROXIN el dolo directo de primer grado se puede asimilar con la intención y “bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”<sup>51</sup>.

En España MIR PUIG ha expuesto con gran claridad las diferentes clases de dolo, presentando simultáneamente los problemas que ofrecen:

“a) En el dolo directo de primer grado el autor persigue la realización del delito. Por eso se designa también a esta clase de delito como <intención>. En cambio, es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir delito; 2) que ello sea el único fin que mueve su actuación; el delito puede <perseguirse> sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.

b) En el dolo directo de segundo grado el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a <perseguir> la comisión del delito, sino que ésta se le presenta como consecuencia necesaria (o prácticamente necesaria). Pero no bastaría un <saber> no actualizado en la conciencia del sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar.

Ejemplo: En el famoso caso Thomas, sucedido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía ningún

---

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* pág. 415.

interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo.

¿Deben incluirse también en el dolo directo de segundo grado las consecuencias necesariamente unidas a la consecución de una meta que se persigue pero que no es segura, se alcanza dicha meta y con ella sus consecuencias necesarias? Aunque aquí las consecuencias no son seguras, puesto que dependen de una meta incierta, como el autor persigue esta meta a conciencia de que conlleva a aquellas consecuencias, éstas han de considerarse sin duda abarcadas por la voluntad. Sin embargo, no puede decirse ni que el sujeto las persiga (dolo de primer grado) ni que sepa seguro o prácticamente seguro que van a tener lugar (dolo directo de segundo grado). Se trata, en puridad, de un caso de dolo eventual.

c) Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece como resultado posible (eventual). En esto hay acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se separan profusamente a la hora de precisar este punto de partida, de modo que sea posible distinguir el dolo eventual de la culpa consciente (modalidad de imprudencia). Como se verá al estudiar el tipo de imprudente, esta clase de culpa supone también que el autor se representa el delito como resultado posible. Nótese, pues, que el dolo eventual y la culpa consciente parten de una estructura común que hace defectuosa su neta diferenciación: A) en ninguno de ambos conceptos el autor desea el resultado; B) en ambos reconoce el autor la posibilidad de que produzca el resultado.

Las citas anteriores aclaran suficientemente las diferentes clases de dolo y su problemática, a la cual se soluciona, en los supuestos de dolo directo de primer grado y de dolo directo de segundo grado.

<sup>52</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*

segundo grado, con los desarrollos del concepto y elementos del dolo. Queda pendiente el dolo eventual.

## B. DOLO EVENTUAL

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la aparición del libro de FRISCH “dolo y riesgo” en 1983<sup>53</sup>, la dogmática contemporánea ha dedicado importantes esfuerzos para desarrollar criterios que permitan determinar si un supuesto es de dolo eventual o de culpa consciente. La trascendencia práctica de establecer nítidamente dicha frontera radica fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto activo del delito.

Por cuanto hace a las cuestiones dogmáticas, la problemática de los supuestos de dolo eventual inicia desde el mismo concepto general del dolo, pues si este abarca tanto el conocimiento como la voluntad de realizar una conducta de riesgo para el bien jurídico tutelado ¿caso no será eso mismo lo que identifica a la culpa consciente?

---

<sup>53</sup> Cfr. FRISCH, Wolfgang. “Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhalten und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung auferatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen). Berlin, Alemania. Carl Heymanns Verlag K.G. 1983. 545 págs..

Por cuanto hace a los problemas prácticos, éstos no sólo se refieren a la importante reducción de pena cuando se imputa un resultado a título de culpa consciente y no de dolo eventual, sino que además en legislaciones penales en las cuales se adopta el sistema de *numerus clausus*, como se dispone en el pfo. 2º del art. 60 del C.p.m., la imputación de una conducta a título de culpa consciente puede derivar en su impunidad si dicho supuesto no está dentro del listado de delitos culposos.

Así, una misma conducta, dependiendo de los criterios aplicados, se puede llegar a sancionar con la pena prevista para el delito doloso de que se trate o sólo con la pena atenuada prevista para su comisión culposa o incluso quedar impune!

Lo anterior pone de manifiesto que el desarrollo dogmático del dolo eventual requiere de una amplia investigación que sobrepasa los límites de la presente obra, en la cual se busca esclarecer una cuestión previa: la dogmática general del dolo, desde su evolución hasta su conceptualización y su aplicación a la legislación mexicana.

Pese a lo anterior, también sería imperdonable que en una obra sobre el dolo se hiciera un omiso al dolo eventual. Ante esta disyuntiva, realizaré una breve exposición de dicha temática con la advertencia de que sólo constituye una primera aproximación<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> De todas formas esta aproximación, se puede complementar con otro de mis trabajos Cfr. DÍAZ ARANDA Enrique, "Teorías del dolo eventual" en *Criminalia*. N° 2, año LXIII mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. Págs. 47-64.

Para establecer los criterios de diferencia entre las conductas doloso eventuales y las realizadas con culpa consciente se han elaborado las llamadas teorías cognitivas y las teorías volitivas, de las cuales paso a ocuparme.

## 2. TEORÍAS

### a) TEORÍAS VOLITIVAS

Llevado más allá los planteamientos hasta ahora realizados sobre lo que se debe entender por voluntad<sup>55</sup>, existe acuerdo en entender que es el <<querer>> empleado en sentido coloquial, tiene tres rasgos:

- Un factor de orientación hacia lo inminente
- Un factor que se refiere a lo que se quiere hacer
- Un objetivo que tiene ese querer.

Lo anterior coincide con la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual señala "la voluntad consiste en la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa". No obstante, la voluntad a la que se refieren estas teorías no sólo es la voluntad de realizar una conducta sino la voluntad que abarca, en el sentido de desear el resultado. De tal suerte que si el sujeto en el momento de realizar su acción no desea el posible

resultado que después se verifica, ello excluiría su obrar doloso eventual y dejaría subsistir sólo la culpa consciente.

Recordemos que el concepto final de acción encontró en el dolo eventual su piedra de toque, pues la acción desplegada por el sujeto con el fin de alcanzar un objetivo va unida a las consecuencias que no siempre son reconocidas por el mismo y por tanto no son queridas. Luego entonces ¿cómo es que se le van a imputar al sujeto esas lesiones a bienes jurídicos tutelados que se derivan de las consecuencias concomitantes y que no corresponden al objetivo o fin que el autor quería alcanzar con su actuación?

Pero sin adelantar juicios, sigamos con el análisis de las teorías volitivas, de las cuales las más conocidas son las del consentimiento y las del sentimiento.

### i) TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

Las teorías del consentimiento afirman, en términos generales, que para imputar al sujeto una conducta a título de dolo eventual debe "no sólo representarse la posibilidad de realización de ese tipo sino que, además, asiente anteriormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta". Así, para la jurisprudencia alemana y la española actúa con dolo eventual quien <<consiente>> en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto

---

<sup>55</sup> *Vid. Supra.* Cap. Segundo, II. B.

probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación o de aprobación.

Esta teoría, sin embargo, hace equivalente el consentimiento en la producción del resultado con la finalidad del autor, pero en tratándose del dolo eventual el sujeto no persigue directamente la consecución del resultado lesivo.

Además, esa mera postura emocional del sujeto en el sentido de aceptar o alejarse de la producción del resultado no justifica la aplicación de una pena mayor porque implicaría en el fondo sancionar una conducta interna.

En este sentido, podemos citar el Amparo en revisión 381/95, de 22 de noviembre de 1995, se estableció: Si en el caso el procesado tenía en mente como posible que al imprimir mayor velocidad al vehículo que conducía, podría atropellar a alguna de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, celebrando el resultado de un partido de fútbol, y causarle lesiones o incluso, la muerte, tal y como ocurrió; y a pesar de ello el sujeto activo no renunció a la ejecución de su conducta aceptando sus consecuencias, debe estimarse que actuó con dolo eventual porque al proceder de la manera en que lo hizo, conocía el resultado y admitió el riesgo de su comportamiento, por lo que no puede considerarse su conducta como culposa.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup>Novena Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; T. II, Diciembre de 1995  
Tesis: VI.2o.38. P. 517

En palabras de FRANK "si el autor se dice: suceda así o de otra manera, en cualquier caso actuó, su culpabilidad es dolosa"<sup>57</sup> se complementa su fórmula con el postulado aplicable al dolo eventual si el sujeto dice "si lo que parece probable (es decir la producción del resultado lesivo) fuese seguro, no obstante actuaría" mientras que existiría culpa consciente bajo el enunciado si lo que me parece posible fuera seguro no actuaría<sup>58</sup>

Pero, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG ¿cómo demostrar que el autor había preferido el resultado antijurídico producido antes que renunciar a su comportamiento? cómo demostrar un dato que no se da en la realidad, es decir la conciencia del autor, como decir "imaginar el resultado muerte como seguro, no obstante lo prefiero (o no lo prefiero) antes de ser apresado"<sup>59</sup> Así, como es improbable saber si el sujeto, de todas formas, hubiera preferido el resultado, el juez sólo puede inferir dicho consentimiento a partir de un estudio de la personalidad del sujeto, lo cual nos lleva a los terrenos del Derecho penal de autor y no del Derecho penal de culpabilidad por el hecho, donde lo importante es si el sujeto tiene características de delincuente o, en contrapartida, de buena persona.

En efecto, en supuestos como el de los mendigos rusos, en los cuales una pareja se dedicaba a secuestrar niños para posteriormente mutilarlos y obligarlos a pedir limosna, siendo que las mutilaciones realizadas llegaron a provocar la muerte de esos infantes. La pregunta es si la pareja debía responder por la muerte de los menores a título de dolo eventual o de culpa consciente. Conforme a las teorías del consentimiento sólo podían ser sancionados por

<sup>57</sup>FRANK, "Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz" 18ª ed. Tübingen p. 190.

<sup>58</sup>FRANK, "Das Strafgesetzbuch...." p. 200

<sup>59</sup>GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Acerca del dolo eventual..." pp. 252-253.

homicidio culposo, pues si dicha pareja se hubiese representado que aquello que parecía probable fuera seguro (muerte de los menores) evidentemente no realizaría la mutilación y ello es así simple y sencillamente porque un niño muerto no les servía para pedir limosna, sólo un niño vivo y mutilado.

Estos son los extremos a los que se puede llegar con el seguimiento de la teoría del consentimiento.

Pero sigamos a las diferentes teorías volitivas.

## ii) TEORÍA DEL SENTIMIENTO

Por último, la teoría del sentimiento o de la indiferencia, sostenida por ENGISCH a partir de 1930, "hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que puedan resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia"<sup>60</sup> y, en consecuencia, desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el Derecho penal. Pero, este criterio no sirve de mucho, pues quien actúa con culpa consciente también actúa con indiferencia y, por otra, si el sujeto actúa sin indiferencia ello no necesariamente conlleva a la exclusión del dolo.

Esta parece ser la postura en la tesis jurisprudencial: Amparo directo 8935/84. Apolonio Díaz Aguilar. de 29 de mayo de 1985. Ponente: Fernando Castellanos Tena.

DOLO EVENTUAL. Si el activo disparó su arma con la voluntad dirigida precisamente a realizar una acción antijurídica, al hacerlo sobre una casa con el pleno conocimiento de que se encontraba habitada, es inobjetable que si se produjo un homicidio, se realizó ante la presencia del dolo eventual. Si la más segura consecuencia era la de lesionar o matar a alguien que se encontrara en la casa, ese resultado lo representó el activo por ser efecto normal o de alta probabilidad de realización, y ante tal situación debió abstenerse de ejecutar la acción, pero si por el contrario, ratificó su voluntad de disparar, asumiendo <<indiferencia respecto del resultado letal finalmente producido>>, el homicidio imputado a título de dolo no le viola garantía alguna que deba ser reparada en el juicio constitucional.<sup>61</sup>

## b) TEORÍAS COGNITIVAS

Las teorías cognitivas ofrecen la facilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento al momento en que el autor realiza la conducta. Por ende, para estas teorías no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado. Lo anterior tiene como virtud que "no confronta al sujeto con algo que <<no>> tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real, es decir: lo peligroso que al suj

<sup>60</sup> ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, p. 95.

<sup>61</sup> Séptima Época; Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; T. 193-198 Segunda Parte, P. 21.

le parecía el comportamiento que llevaba a cabo<sup>62</sup> Las teorías cognitivas más conocidas son la de la representación y la de la probabilidad.

### i) TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

La teoría de la representación parte del elemento puramente cognitivo: la mera representación por parte del sujeto de la <<posibilidad>> de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo es suficiente para afirmar el dolo. Pero, si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo<sup>63</sup>.

Se trata, pues, de teorías de contenido puramente intelectual. La cual encuentra graves problemas al establecer la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente, pues la primera requiere necesariamente que el sujeto haya previsto un resultado, en otras palabras necesita que el sujeto se lo haya representado y esta representación también es propia del dolo eventual, de ahí que SCHRÖDER tenga que afirmar que toda culpa es inconsciente.

### ii) TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

---

<sup>62</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Acerca del dolo eventual". pág. 254.

<sup>63</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. pág. 90.

MAYER, quien fue su precursor, señalaba: "determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no"<sup>64</sup> Así en palabras de GIMBERNAT ORDEIG se puede afirmar la existencia de dolo eventual, [cuando] el agente "«cuenta con» la producción o concurrencia del elemento objetivo del tipo (la muerte, la edad inferior a los dieciséis años), cuando ello la parece «probable»"<sup>65</sup> En cambio hablamos de imprudencia cuando "el autor «confía en que» no se dará el elemento objetivo típico"<sup>66</sup>.

El juicio de probabilidad por desarrollar será tanto general como desde la probabilidad subjetiva, esta última se realizará de forma individualizada según las características y capacidades de cada individuo<sup>67</sup>. El juez deberá, por tanto, tomar en consideración los hechos objetivos y sus circunstancias que sean susceptibles de ser probadas para determinar si el resultado, desde un juicio de probabilidad general aparecía como probable y desde la probabilidad subjetiva del autor, éste se representó la materialización del resultado como probable.

Por tanto, no basta con que objetivamente aparezca como probable el resultado, se requiere además, el aspecto subjetivo del autor.

---

<sup>64</sup>DÍAZ PITA, p. 96.

<sup>65</sup>GIMBERNAT, *Estudios...* p. 244

<sup>66</sup>GIMBERNAT, *Estudios...* p. 244.

<sup>67</sup> Del desarrollo de estos criterios ya me he ocupado, *cf.* Cap. Segundo, II, A.

El problema es ¿cómo determinar el título de imputación cuando la probabilidad no es muy alta pero tampoco muy baja? ¿cómo determinar los porcentajes? y ¿hasta cuál de ellos llega la culpa consciente para empezar el dolo eventual? estos son algunos de los interrogantes a los que no puede dar solución satisfactoria la teoría de la probabilidad que, además, supone una gran ampliación del ámbito de los delitos dolosos.

### c) LA TESIS DE ROXIN

ROXIN crítica a las teorías volitivas porque sustentan la constatación del dolo en la actitud del sujeto frente al resultado. Mientras que a las teorías cognitivas se les puede criticar que no resulta suficiente la valoración realizada por el sujeto sobre el previsible desarrollo de los hechos.

Así, las teorías volitivas hacen descansar la menor punibilidad de la conducta culposa en la confianza que tiene el sujeto de encontrar una salida airosa. Empero ¿será suficiente esa actitud del sujeto frente al resultado lo que justifique la menor penalidad? La respuesta es negativa, porque al Derecho penal le importa la evitación de lesiones a bienes jurídicos no evitar actitudes internas del sujeto frente a resultados.

Con respecto a las teorías cognitivas si el sujeto valora mal la posible producción de las consecuencias accesorias y por ello creyó innecesario tomarlas en consideración, eso le salva de una pena sustancialmente más grave.

Las críticas realizadas a las teorías volitivas han llevado a un replanteamiento que pasa por reinterpretar el elemento volitivo ya no desde la perspectiva estrictamente psicológica que lo caracterizaba sino, ahora, desde una óptica normativa. Por ello es que ROXIN considera que el elemento volitivo del dolo se debe entender como <<la decisión en contra del bien jurídico>>. Me explico, el dolo debe ser entendido como la realización del plan del sujeto y el resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto. Por ello "una diferencia fundamental que separa los hechos dolosos de los imprudentes radica en la comprobación de si el sujeto (siendo indiferente sus emociones, sus actitudes internas y sus deseos) se ha decidido (sigue adelante) o no (se abstiene) por la realización de un tipo penal<sup>68</sup>. Si ante la posibilidad de producción del resultado el sujeto se abstiene el Derecho penal cumple con su función preventiva, pero, si por el contrario, se decide por seguir adelante, su acción supone ir en contra del bien jurídico y, aunque internamente tenga la esperanza en que el resultado no produzca, ello no cambia la situación.

Para determinar concretamente cuándo el sujeto se ha decidido por ir en contra del bien jurídico y por tanto ha actuado con dolo eventual, se toma en cuenta si adoptó las medidas necesarias para evitar el resultado lesivo y, por otra parte, si tomó en serio la posibilidad de provocar el resultado. Por tanto, si el sujeto <<no>> tomó las medidas para evitar el resultado y tomó en serio la probabilidad de lesionar el bien jurídico, entonces se decidió a ir en contra de éste y su actuar es doloso.

---

<sup>68</sup>DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. pág. 186.

## I. LA REGULACIÓN DEL DOLO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

El dolo ha sido objeto de regulación jurídica en la historia legislativa de México, aunque, como veremos más adelante, es hasta 1983-84 cuando la discusión en torno a éste comienza a cobrar relevancia no por la vía de la doctrina penal si no como resultado de las reformas de ese año por las cuales se deja de presumir la intencionalidad del delito y se adopta el término "dolo" a nivel legislativo. La discusión cobra mayor fuerza a partir de las reformas de 1994 cuando a nivel de la Constitución y de los correspondientes códigos procesales se ordena la ubicación del dolo a nivel de tipo. Todo ello vuelve a ser materia de reformas a la Constitución en 1998.

Lo anterior aconseja una somera referencia a la evolución legislativa del dolo en los ordenamientos jurídicos de México, para establecer las diferentes líneas de política criminal que ha adoptado el legislador mexicano a través de nuestra historia.

## A. PROYECTO DE CÓDIGO CRIMINAL Y PENAL DE 1851-1852

El primer ordenamiento jurídico en la historia del México independiente en el cual encontramos regulado al dolo es el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852 elaborado por Antonio Corona, 14 de julio de 1853, en el cual se dispuso:

Artículo 1. Es delito la infracción voluntaria y deliberada de la ley. La ley se infringe, haciendo lo que ella prohíbe, ú omitiendo lo que ordena<sup>1</sup>

No obstante, la redacción final del artículo en dicho Proyecto quedó en los términos siguientes:

Artículo 1. Delito es la acción ú omisión voluntaria que tiene señalada por la ley penal propiamente dicha.

Llámense faltas, las infracciones de la ley que deben castigarse correccionalmente por la autoridad judicial ó por la gubernativa.

Artículo 2. Toda infracción de la ley se supone voluntaria, y sujeta á su autor y demás responsables á las penas que la misma establece, mientras no prueben excepción legal<sup>2</sup>

## B. CÓDIGO PENAL DE 1871

---

<sup>1</sup> Cfr. *Leyes Penales Mexicanas*. T. I. Pág. 111.

<sup>2</sup> Cfr. *Leyes Penales Mexicanas*. T. I. Pág. 189

Desde los trabajos legislativos de elaboración del Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871, más conocido como Código de Martínez de Castro, se puso de manifiesto la ideología liberal proveniente de la Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano que guió la política criminal de este ordenamiento<sup>3</sup>. Y en relación a la regulación de la intencionalidad, ésta no fue discutida por los miembros de la Comisión Redactora de Código penal<sup>4</sup> y sólo se hizo referencia a la presunción de inocencia del acusado "mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió"<sup>5</sup> ello con el fin de evitar la encarcelación de inocentes y para facilitar la libertad provisional en delitos levísimos.

Finalmente el Código dispuso:

Artículo. 6. Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo. 7. Llámese delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho ó la omisión en que consiste son punibles.

Artículo. 8. Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró.

---

<sup>3</sup> Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "La política penal legislativa en México"... esp. Págs. 210-212.

<sup>4</sup> Cfr. *Leyes Penales Mexicanas*. T. I. Págs. 269-274

<sup>5</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. I. Págs. 332-333.

Artículo 9. Siempre que á un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; á no ser que se averigüe lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

Artículo 10. La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

I. Que *no se propuso* ofender á determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño que resultó: si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho ú omisión en que consistió el delito: si el *reus* había previsto esa consecuencia, ó ella es efecto ordinario del hecho ú omisión y está al alcance del común de las *gentes*; ó si se resolvió á quebrantar la ley, fuer cual fuese el resultado;

II. Que ignoraba la ley:

III. Que creía que ésta era injusta, ó moralmente lícito violarla;

IV. Que erró sobre la persona ó cosa en que quiso cometer el delito, ó que es legítimo el error que se propuso:

V. Que obró de consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 261<sup>6</sup>.

### C. CÓDIGO PENAL DE 1929

El Código penal de 1929, más conocido como Código de Alamráz, dispuso:

Artículo 12. Los delitos se dividen en: intencionales y en imprudencias punibles.

Artículo 13. Se considera delito intencional: el que se comete con el fin de causar daño o de alcanzar un beneficio con violación de los preceptos que informan la ley penal.

Artículo 14. Todo delito se presume intencional, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley exija la dañada intención para que aquel exista.

Artículo 15. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito: si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado;

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 255<sup>7</sup>

#### D. CÓDIGO PENAL DE 1931

<sup>6</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. I. Págs. 372-373.

<sup>7</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. III. Pág. 122.

Con una enorme influencia de la corriente positivista italiana de corte autoritario<sup>8</sup>, el Código Penal de 1931 en su texto original, establecía:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional

Artículo 9. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo

En el texto original del Código penal de 1931 el elemento volitivo del dolo no importaba. Pues la intención del sujeto de causar el resultado se consideraba una presunción *iure et de iure*, es decir, no admitía prueba en contrario. De ahí que la fracción II del art. 9 establecía que la presunción de la intención de provoca el resultado permanecía aunque se demostrara que ese no fue su propósito.

#### E. CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave DE 1944

Es en el Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave de 1944 cuando por primera vez se encuentra el uso del vocablo <<dolo>> como sinónimo de intencionalidad.

Artículo 6. Infracción es el acto u omisión que sancionan las leyes de Defensa Social

Artículo 7. Las infracciones pueden ser:

I. Intencionales, y

II. De culpa.

Se obra con dolo previendo las consecuencias del acto u omisión y queriéndolas; o aceptando conscientemente la producción de las mismas.

---

<sup>8</sup> Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Orientaciones del nuevo Anteproyecto .. esp. Págs. 145-146.

<sup>9</sup> Leyes penales mexicanas. T. III. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1979. Pág. 306.

Se obra culposamente cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión, debiendo producirse el resultado o cuando habiéndolo previsto, se confía en que no sucederá; o cuando se cause daño por impericia o falta de aptitud.

Existe infracción preterintencional, cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo directo respecto del daño querido y con culpa con representación o con negligencia, con relación al daño causado.

Artículo 8. Las infracciones se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que una infracción es intencional, no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño, o si se resolvió a violar la ley fuera cual fuese el resultado;
- II. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;
- III. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;
- IV. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer la infracción.

Cuando alguien por error, cometa una infracción en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no serán puestas a su cargo las circunstancias que derivan de la cualidad del ofendido, siendo en cambio, valuadas a los efectos de la sanción, las circunstancias subjetivas, en las que deliberó y ejecutó la infracción, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que dirigía su acción<sup>10</sup>

En adelante los conceptos de dolo e intencionalidad se utilizaron indistintamente.

## F. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1949

No obstante el antecedente del Código Penal de Veracruz en el Anteproyecto de Código penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1949, se dispuso:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

I. Intencionales;

II. Culposos, o

III. Preterintencionales

El delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado.

El delito es culposo cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud.

Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado.

Artículo 8. La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

Artículo 9. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que era legítimo el fin que se propuso<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. III. Págs. 479-480.

<sup>11</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. IV. 9-10

## G. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1958

Es hasta el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958 en que por primera vez en referencia a los delitos intencionales cambian por el término más técnico de delito doloso. Con ello el legislador penal mexicano reflejaba su seguimiento de la doctrina alemana de la época, pues en el año 1935 WELZEL reconoció en su libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* la poca precisión del término <intencionalidad> y la mejor claridad del término <finalidad>, a la cual es a la que quiere hacer referencia el Legislador Penal.

La regulación fue la siguiente:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

II. Culposos, y

III. Preterintencionales.

Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente cuando se quiere al querer del agente.

Son culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud.

Son preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría<sup>12</sup>.

H. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO DE 1961.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México de 1961 se dispuso:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

I. Dolosos; y

II. Culposos.

El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

Artículo 8. El delito se presume doloso salvo prueba en contrario<sup>13</sup>

I. CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACAN DE 1962

---

<sup>12</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. IV, 214 -215.

<sup>13</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. IV. Pág. 256.

La nueva tendencia legislativa de utilizar el término dolo y ya no el de intencionalidad fue seguida en el Código Penal del Estado de Michoacán de 1962

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

II. Culposos, y

III. Preterintencionales.

Es doloso cuando se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo o aceptando resultado.

Es culposo cuando se causa un resultado punible por negligencia, imprudencia o impericia, falta de cuidado.

Es preterintencional cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría<sup>14</sup>.

## J. LA REFORMA DE 1983-84 AL CÓDIGO PENAL.

La reforma al Código Penal de 1984<sup>15</sup>, supuso muy significativos cambios, pues se dejó presumir la culpabilidad del autor y, por tanto, se adoptó el principio de presunción

---

<sup>14</sup> *Leyes Penales Mexicanas*. T. IV Págs. 299-300.

<sup>15</sup> D.O.F. de 13 de enero de 1984.

inocencia<sup>16</sup>, el *onus probandi* quedó a cargo del Estado y con ello se adoptó el principio de estar a lo más favorable al reo.

Con respecto a la concepción del delito intencional, éste quedó regulado como sigue:

Art. 9. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley<sup>17</sup>.

Con esta reforma el concepto tradicional de la intención fue mucho más allá, pues intención podía asociarse al *dolus directus* de primer grado, más conocido en nuestro país como dolo directo. En cambio, la concepción de intención que comprende al <<querer>> y, además, <<el aceptar>> abarcó tanto al dolo directo o, como dije, la intención, el *dolus directus* de segundo grado o dolo indirecto y el dolo eventual (*dolus eventualis*). Por ello podemos adelantar desde ahora que a partir de la reforma de 1984 nuestro Código penal acepta implícitamente las tres clases de dolo a las cuales me he referido<sup>18</sup>.

Posteriormente se elaboró en 1989-90 un Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal cuya orientación era acorde con los principios de un Estado Democrático de Derecho en el cual se regulaba “con mayor precisión lo que es una conducta dolosa, culposa y preterintencional”<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Cfr. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. “La reforma al artículo noveno... pág. 80; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Orientaciones del nuevo Anteproyecto... esp. Pág. 146.

<sup>17</sup> Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984. Pág. 5.

<sup>18</sup> Sobre la opinión de diversos autores mexicanos, quienes por otras vías de argumentación aceptaron la inclusión de las tres clases de dolo, informa ampliamente MARQUEZ PIÑERO, Rafael. “La reforma al artículo noveno... págs. 78-79.

<sup>19</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Orientaciones del nuevo Anteproyecto... pág. 155.

## K. LA REFORMA DE 1993-1994

Hasta antes de la reforma de 1994 sólo se hacía referencia expresa al dolo, en el sentido Derecho Penal<sup>20</sup>, en los Códigos Penales Mexicanos, fueran el Federal o Estatales, asumiendo como hemos visto, el término intención o propiamente el de dolo. Mas, a partir de la reforma de 10 de enero de 1994, se reformó el Código Penal para redefinir al dolo y en el Código Federal de Procedimientos Penales, al igual que su correlativo para el Distrito Federal, determinó que el dolo se debía acreditar como elemento del tipo penal. La que podemos llamar <<trilogía legislativa del dolo en México>> quedaba cerrada con una reforma anterior a los arts. 16 y 19 de la Constitución en los cuales se autorizó el otorgamiento de ordenes de aprehensión sólo cuando existan datos para acreditar el tipo penal y eso, conforme a la legislación procesal, suponía sólo cuando existieran datos, entre otros, que acreditaran el dolo la culpa del presunto responsable.

Pasemos a la reseña de las reformas referidas.

<sup>20</sup> Pues existen otros ordenamientos jurídicos que utilizan también el término dolo pero con otro sentido. Así, por ejemplo, el Código Civil se refiere al dolo de los daños causados por el cónyuge art. 218 o sobre los gastos que debe pagar en tutor cuando ha realizado la aneque de bienes con dolo en el art. 611 o la improcedencia del estado de interdicción y consecuente nulidad cuando el mismo menor ha presentado dolosamente certificados falsos del Registro Civil en el art. 640 y por el estilo los arts. 993, 1316 frac. X; 1417, 1487; 1549; 1577; 1670; 1815; 1816; 1817; 1821; 1822, 1823; 1898; 1927; 1952; 2106; 2140 frac. III; 2228; 2230; 2270; 2292; 2521; 2613

## 1. A LA CONSTITUCIÓN

De la reforma de 1993<sup>21</sup> interesan a nuestro estudio sólo aquellos apartados del art. 16 y 19 de la Constitución referentes al dolo, que son los siguientes.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y **existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal** y la probable responsabilidad.

...

..

Art. 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo **actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito** que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será

---

2711; 2889; 2950 frac. I; 2979, en todos estos artículos se emplea el termino dolo pero evidentemente en un sentido civil y no penal.

sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad.

La obligación de acreditar los elementos del tipo penal a que hacía referencia la Constitución no encontraba una clara correspondencia con lo dispuesto en el Código adjetivo, en el cual seguía haciendo referencia al cuerpo del delito y aunque ello podía ser objeto de discusión doctrinal sobre si eran equivalentes los términos cuerpo del delito y tipo penal a efectos procesales y cuáles eran sus elementos, el legislador mexicano optó por dejar claro cuáles son los elementos del tipo en el Código Federal de Procedimientos Penales y, al incluir entre éstos al dolo, pasó a redefinir su concepto en el Código Penal.

## 2. AL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Como anuncié antes la ubicación del análisis del dolo a nivel procedimental se estableció a partir de la reforma de 1994<sup>22</sup> al Código adjetivo, en los términos siguientes:

---

<sup>21</sup> D.O.F. de 3 de septiembre de 1993, con fe de erratas de 6 de septiembre de 1993.

<sup>22</sup> D.O.F. de 10 de enero de 1994. Como comentario adicional, hasta antes de la reforma, el término <dolo> se podía encontrar en el texto del Código Federal de Procedimientos Penales en el art. 110 cuando dolosamente se deja de realizar una notificación decretada.

Art. 168 El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

La forma de intervención de los sujetos activos; y

La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley<sup>23</sup>.

### 3. AL CÓDIGO PENAL

---

<sup>23</sup> *Compilación de Leyes...* págs. 232-233.

Al quedar establecido que el dolo era uno de los elementos del tipo, se consideró conveniente reformar también el Código Penal<sup>24</sup> para redefinir el concepto de dolo y de paso suprimir el título de imputación de la preterintencionalidad incluido en la reforma de 1984<sup>25</sup>, quedando la regulación como sigue:

Art. 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previsible confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía podían observar según las circunstancias y condiciones personales.

Sobre esta reforma se debe realizar una mención especial a la inclusión del sistema de *numerus clausus* en la culpa (art. 60 párrafo segundo<sup>26</sup>), lo cual tiene trascendencia en conductas que estén en la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente. Como hemos analizado anteriormente si calificáramos una conducta y la calificáramos de dolosa eventual, entonces la sanción sería la misma del dolo directo o del dolo indirecto. Pero si esa misma conducta después de su análisis resultara que fue cometida con culpa consciente, entonces tendríamos que acudir al art. 60 párrafo segundo del Código Penal para saber si está entre las conductas enumeradas, pues en caso de no estar en esa lista la conducta quedaría impune!

<sup>24</sup> 24 D.O.F. de 10 de enero de 1994

<sup>25</sup> Para un desarrollo más amplio, *cf.* MARQUEZ PIÑERO, Rafael. "La reforma al artículo noventa... esp. P= 88-91.

<sup>26</sup> Art. 60 ..

Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código)

Por ello, haber determinado claramente la conceptualización del dolo ha sido fundamental, porque es la única vía para sancionar adecuadamente una conducta como dolosa, culposa o, en el otro extremo, dejarla impune si no concurre el dolo y el título de imputación no acepta su comisión culposa. Si ello no lo tenemos claramente determinado o cuando menos no se conocen los criterios para ello, se puede cuestionar la certeza jurídica y la justicia misma, acarreado el descrédito del Derecho penal.

Hasta aquí la regulación jurídica del dolo en México podía estar acorde con una interpretación dogmática como la hasta ahora realizada, empero, el afán de buscar soluciones a problemas actuales a través de las reformas vuelve a originar una reforma más a la Constitución.

#### L. LA REFORMA DE 1998-99 A LA CONSTITUCIÓN

Pese a que sistemáticamente se debería continuar con la cita de la reforma de 1998 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, las trascendentes consecuencias que ésta tiene obligan a seguirnos ocupando de los antecedentes previos a dicha reforma, siendo el turno del análisis de la jurisprudencia. Con ello podremos contar con argumentos dogmáticos, legislativos y jurisprudenciales que nos ayuden a enfrentar los nuevos problemas que se presentan a raíz de la susodicha reforma de 1998.

## II. DIFERENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

### A. CRITERIO DE LA UBICACIÓN DEL DOLO EN LA CULPABILIDAD

El criterio más socorrido en la jurisprudencia mexicana es el de la concepción del dolo en su correspondiente ubicación en la culpabilidad, mas como hemos visto, ello lo sostuvo también el sistema clásico como el neoclásico del delito. Tanto uno como otro han sido aplicados en tesis que a modo de ejemplo paso a exponer.

Haciendo un poco de memoria sobre la base psicológica del sistema clásico que llevó a la concepción de una culpabilidad dolosa

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: CXX, Segunda Parte

Página: 24

**CULPA, MODALIDADES DE LA.** La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado,

ha confiado en que no se producir; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía. Amparo directo 3013/66. Germán Ramírez Lozano. 2 de junio de 1967. 5 votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Y en el mismo sentido la siguiente tesis.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 145-150 Segunda Parte

Página: 99

EBRIEDAD, HOMICIDIO INTENCIONAL COMETIDO EN ESTADO DE, AL DISPARARSE UN ARMA DE FUEGO EN LUGAR OCUPADO POR VARIAS PERSONAS. Cuando un acto se verifica y su efecto necesaria y notoriamente tiene que ser lesivo, aun cuando sea indeterminado, el delito resultante, cualquiera que sea su gravedad, es atribuible al agente a título de dolo y así sucede cuando alrededor de un sujeto se hallan varias personas y aquél dispara un arma de fuego hacia los lados, en repetidas ocasiones. No favorece al sujeto activo su embriaguez, porque si bien pudiera encontrarse en estado de inconsciencia, los actos lesivos que ejecute le son atribuibles como voluntarios, por ser voluntaria la forma en que se colocó en estado de ebriedad; y si voluntariamente dispara a su alrededor, donde se encuentran varias personas, voluntario es el resultado dañoso. Para ser considerado culposo el delito, se requeriría que el resultado no hubiere sido deseado, pero es evidente que quien dispara un arma de fuego contra un grupo de personas, no puede sostener que no quería

causar daño. En concreto, la embriaguez voluntaria no es factor decisivo para determinar si el delito es imprudencial o doloso, puesto que es factible que en ese estado incurra en una u otra forma de culpabilidad; pero como la ebriedad no hace desaparecer la voluntariedad de los actos que se realicen, no será culposo sino intencional el homicidio resultante de disparos efectuados contra un grupo de personas, aunque no se hiciera directamente contra alguien en especial.

Amparo directo 7214/80. Nerio Balán López. 27 de febrero de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor.

Séptima Época, Segunda Parte: Volumen 61, Pág. 23. Amparo directo 3448/73. María Hernández Pérez. 24 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

De igual forma se hace referencia a la culpabilidad a título de dolo en la siguiente tesis

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 19 Segunda Parte

Página: 34

**ERROR EN EL GOLPE EN EL HOMICIDIO.** El error en el golpe constituye un error en la fase de ejecución de la conducta, pero se dan absolutamente todos los elementos del delito entre ellos la culpabilidad a título de dolo, pues el activo tiene conocimiento de lo inculpa de su conducta, y quiere privar de la vida, lo que consigue, cambiando únicamente el sujeto pasivo; por lo que, si una persona afirma que le disparó a otra que estaba a tres met-

distancia y que en ese momento se atravesó su hija y le pegó, su responsabilidad existe plenamente.

Amparo directo 1129/70. Bernardo Herrera Moreno. 24 de julio de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Secretario: Fernando Labardini Méndez<sup>27</sup>.

En el mismo sentido la siguiente tesis jurisprudencial consideró al dolo y la culpa como la culpabilidad misma.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 83 Segunda Parte

Página: 15

CASO FORTUITO Y RIÑA. SE EXCLUYEN. Sabido es que conforme al artículo 8o. del Código Penal, los delitos sólo pueden ser intencionales o imprudenciales; de ahí que congruentemente resulte afirmar que **cuando no existen dolo ni culpa, no puede haber delito por la ausencia lógica de la culpabilidad**; luego legal y doctrinalmente se considera el caso fortuito o accidental, como el límite de la culpabilidad; cubriendo dentro de la terminología "mero accidente", que usa la fracción X del artículo 15 del mismo ordenamiento, todos los actos u omisiones causados por las fuerzas de la naturaleza, pesando sobre el agente, o también por fuerzas circunstanciales al hombre; y si bien la terminología se refiere a que el hecho ha de ser lícito y ejecutado con todas las precauciones debidas, en la primera fórmula

---

<sup>27</sup> En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase. Jurisprudencia No. 128, Pág. 263, Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, Segunda Parte".

legal, no debe entenderse en su literalidad, lo que la haría inaplicable, pues el obrar con todas las precauciones debidas, no puede nunca producir el resultado dañoso. Se trata, tan sólo, de las precauciones que son normales en hombres normales. Ahora bien, cuando el sujeto activo priva de la vida a su adversario en el forcejeo que se suscitó entre los contendientes, con una *dañada intención de causarse un daño recíproco*, tal circunstancia modificativa de riña es jurídicamente incompatible con la causa de justificación relativa al caso fortuito.

Amparo directo 2404/75. Alfonso Rodríguez Pérez. 27 de noviembre de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Nuevamente sobre la ubicación del dolo en la culpabilidad se encuentra en la tesis siguiente:

Séptima Época .

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 83 Segunda Parte

Página: 15

CASO FORTUITO Y RIÑA. SE EXCLUYEN. Sabido es que conforme al artículo 8o. del Código Penal, los delitos sólo pueden ser intencionales o imprudenciales; de ahí que congruentemente resulte afirmar que cuando no existen dolo ni culpa, no puede haber delito por la ausencia lógica de la culpabilidad; luego legal y doctrinalmente se considera el caso fortuito o accidental, como el límite de la culpabilidad; cubriendo dentro de la terminología "mero accidente", que usa la fracción X del artículo 15 del mismo ordenamiento, todos los actos u omisiones causados por las fuerzas de la naturaleza, pesando sobre el agente, o también por fuerzas circunstanciales al hombre; y si bien la terminología se refiere a que el hecho ha

ser lícito y ejecutado con todas las precauciones debidas, en la primera fórmula legal, no debe entenderse en su literalidad, lo que la haría inaplicable, pues el obrar con todas las precauciones debidas, no puede nunca producir el resultado dañoso. Se trata, tan sólo, de que las precauciones que son normales en hombres normales. Ahora bien, cuando el sujeto activo priva de la vida a su adversario en el forcejeo que se suscitó entre los contendientes, con dañada intención de causarse un daño recíproco, tal circunstancia modificativa de riña es jurídicamente incompatible con la causa de justificación relativa al caso fortuito.

Amparo directo 2404/75. Alfonso Rodríguez Pérez. 27 de noviembre de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Con referencia al sistema neoclásico, recordemos que éste considero al dolo como elementos de la culpabilidad y que éste a su vez se identificó en la legislación mexicana como intención, la cual hasta antes de la reforma de 1984 se presumía, todo ello queda de manifiesto en la tesis jurisprudencial siguiente:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 151-156 Segunda Parte

Página: 98

SALUD, DELITO CONTRA LA PRESUNCION DE DOLO INOPERANTE (TRANSPORTACION). Esta Sala ha sostenido el criterio de que la presunción de que un delito es intencional, contenida en varios códigos del país, es aplicable a aquellas figuras delictivas que admiten como forma de comisión tanto la dolosa como la culposa (en su caso

también la preterintencional), pero no cuando jurídicamente sólo puede constituirse el delito en forma *intencional*. Consecuentemente, si el delito contra la salud, en cualquiera de sus modalidades, sólo se entiende cometido en forma dolosa y si la presunción de intencionalidad sólo se produce en delitos que admiten también la forma culposa (o preterintencional en su caso), es indebido invocar el artículo 9o. del Código Penal Federal para considerar que, tratándose de la modalidad de transportación, el acusado, a pesar de su negativa no desvirtuada, conocía el contenido del recipiente en cuyo interior se localizó la droga. Consecuentemente, como el delito contra la salud es de comisión necesariamente *intencional*, en el caso se encuentra ausente ese elemento de la culpabilidad.

Amparo directo 2086/81. Francisco Ramírez Ramírez. 10 de agosto de 1981. Mayoría de votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

De igual forma tanto la ubicación del dolo como de la culpa a nivel de culpabilidad quedó manifiesto en la tesis jurisprudencial siguiente:

### Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 181-186 Segunda Parte

Página: 53

HOMICIDIO CULPOSO. SU NATURALEZA ES INCOMPATIBLE CON EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO. La existencia del homicidio culposo, es incompatible con el disparo de arma de fuego, ya que en orden a la culpabilidad, la naturaleza de éste se ubica dentro del campo del dolo; por ende, es imposible

conurrencia de ambos ilícitos derivados de una misma conducta, pues tal estimativa, conduciría al contrasentido de atribuir concomitantemente al mencionado elemento del delito, el carácter de doloso y culposo.

Amparo directo 387/84. Carmen Izquierdo Javier. 4 de junio de 1984. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal<sup>28</sup>

Como consecuencia sistemática de los criterios antes citados se estableció como necesaria la conciencia de la antijuridicidad en el dolo, la cual no existe en supuestos de legítima defensa putativa:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CI, Segunda Parte

Página: 36

**LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.** En la defensa putativa, existe un error esencial sobre la existencia de la agresión y el sujeto cree a virtud de dicho error esencial que esté rechazando una agresión que tiene todas las características de la que es supuesto de la defensa legítima; y a consecuencia de ello no existe dolo alguno en su acción porque falta la conciencia de la ilicitud, ya que precisamente a virtud del error esencial insuperable cree actuar dentro del supuesto de la defensa legítima.

Amparo directo 5310/63. Eufracio Rangel Delgadillo. 18 de noviembre de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Siguiendo la misma línea directriz anterior, se requirió la conciencia de la antijuridicidad para la imputación de un delito doloso de libramiento de cheques sin fondos en la tesis jurisprudencial siguiente:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 163-168 Segunda Parte

Página: 38

CHEQUES SIN FONDOS, LIBRAMIENTO DE Y FRAUDE. DIFERENCIAS. No es la verdad que la figura penal que contempla el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito corresponda a una especie en el género de los delitos de fraude, por sola circunstancia de que la propia ley remita para su sanción al Código Penal. El libramiento de cheques sin fondos no sólo es de naturaleza especial por estar previsto en una ley especial sino porque el bien jurídico tutelado también lo es. En efecto, la protección penal no tiene como finalidad el patrimonio de las personas, sino la seguridad de la circulación del cheque como instrumento de pago, concepto que requiere que la citada circulación se vea garantizada eficaz y severamente con disposiciones de carácter penal. En esta figura, no es menester demostrar el medio comisivo, como el aprovechamiento del error o el engaño previos que requiere, en cambio, el delito de fraude o algunas figuras equiparables a él. La hipótesis se suscita por la simple expedición del documento, la presentación de éste ante la institución libradora dentro de los quince días siguientes, su expedición y su impago por insuficiencia de fondos.

<sup>28</sup> Esta tesis también aparece en: Informe de 1984, Segunda Parte, Primera Sala. Tesis 30, página 26.

imputables al librador, el dolo en el delito del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito consiste simplemente en representarse y querer el propio libramiento del documento con conciencia plena del carácter ilícito del hecho. No se trata de un delito patrimonial, porque, por su comisión no procede la condena al pago de la reparación del daño, correspondiendo el cobro de ésta a un procedimiento diverso de carácter mercantil; en cambio, la figura del fraude, por antonomasia, es sancionada con la pena corporal relativa, pero además con el pago o devolución de lo defraudado.

Amparo directo 7875/81. Prisciliano García Rocha. 7 de julio de 1982. Unanimidad de 4 votos.  
Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Si como hemos visto la ubicación del dolo en la culpabilidad supone el conocimiento de la antijuridicidad, luego entonces la concurrencia de alguna causa de justificación excluiría dicha conciencia y por tanto el dolo. El anterior criterio sistemático se puede encontrar en la siguiente tesis jurisprudencial en el que se analizó la posible existencia de un de estado de necesidad en un de dichos supuestos de hecho.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 187-192 Segunda Parte

Página: 31

ESTADO DE NECESIDAD. La situación económica del autor de un delito no implica necesariamente que lo ampare la excluyente conocida como estado de necesidad, la que no implica una urgencia económica, sino la presencia de un peligro común a dos bienes jurídicos

que al ser resuelta por el particular trae aparejada la afectación de uno de los bienes conflictivos, y se trate de una inculpabilidad si es que se respeta la jerarquía, pues no le es exigible al particular sacrificar el bien propio para salvar el ajeno, siempre que se trate de bienes de igual entidad, o que el propio sea de mayor entidad que el ajeno; es decir en el estado de necesidad la excluyente opera si se afecta un bien de igual o menor entidad, y no puede hablarse de que exista dolo porque la decisión no se toma de propia voluntad sino que las circunstancias la imponen. Por lo tanto, si el delito imputado lo es la introducción al país de un enervante, no tiene por qué invocarse el estado de necesidad como excluyente aun suponiendo sin conceder que el demandante se encontrara en extrema necesidad económica y que fue por ello que aceptó la introducción ilegal de la sustracción de un territorio nacional.

Amparo directo 4598/84. Carlos Alberto Ramírez Salazar. 24 de octubre de 1984. 5 votos.

Ponente: Carlos de Silva Nava.

Por lo que podemos observar el seguimiento de sistema neoclásico del delito por el Poder Judicial en México queda reflejado en sus tesis. Para seguir con muestras de lo anterior podemos citar una tesis jurisprudencial en la cual se hace referencia a la culpabilidad como juicio de reproche y, sistemáticamente, el análisis del dolo se realiza después de establecer la antijuridicidad para establecer el reproche a título de dolo o culpa.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 169-174 Segunda Parte

Página: 37

CULPA O DOLO, REPROCHE A TITULO DE. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANIMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINARLO. El tribunal de alzada indebidamente estimó como simple intencional el homicidio atribuido al inculpada, a pesar de que debió reprocharlo a título de culpa, si el suceso ocurrió según se explica a continuación, no sin antes destacar que el caso a estudio es susceptible de ser examinado desde dos puntos de vista. Un primer enfoque consiste en apreciar el evento luctuoso únicamente en lo externo u objetivo y conduce a la conclusión inaceptable por cierto, como después se verá, de que pudiera entrar en juego la legítima defensa, ya que el ofendido sacó de la cintura una pistola y con ella apuntó al inculpada, pero éste, con un movimiento rápido, también desfundó su arma, produciéndose el disparo con el cual se privó de la vida al sujeto pasivo. Según se previno antes, esta solución es inaceptable por su expresión netamente objetiva, que desatiende los móviles o aspectos subjetivos que dan cabal significación al hecho y permiten valorarlo adecuadamente. De ahí la necesidad de investigar el significado real de las conductas al través de los fenómenos físicos o anímicos, sin que ello implique un abandono de los factores objetivos que constituyen el punto de partida para llegar al fuero interno de los protagonistas del suceso delictivo. Un segundo punto de vista, acorde con la evolución actual del derecho penal toma el fenómeno delictivo en su totalidad, esto es, como una unidad estructurada sobre elementos tanto objetivos como subjetivos. Así, los datos de índole externa, perceptibles en forma inmediata por los sentidos, son la plataforma de arranque para penetrar en las oscuras regiones anímicas del autor. Por esta vía, desarrollando la correspondiente labor de interpretación, se determina el título del juicio de reproche, con la precaución de no llevar la indagación de lo anímico hacia terrenos ajenos a lo normativo jurídico y que carezcan de vinculación con el concreto hecho típico enjuiciado. Supuesta la corrección del enfoque

anterior, en autos se comprobó que el ofendido, "como broma pesada", sacó de la cintura una pistola escuadra, apuntó al hoy inculpado y le dijo "ya te tengo", por lo que en un movimiento rápido el inculpado desenfundó su revolver y le contestó al sujeto pasivo "yo también tengo", produciéndose en esos momentos el disparo del arma. Ahora bien, el anterior cuadro delictivo revela un intercambio de bromas entre el ofendido y el acusado, del que se infiere que el hoy quejoso actuó con *animus glocandi o ludendi*, incompatible con el *animus necandi u occidendi* propio del elemento volitivo del dolo en el homicidio, como con el ánimo de deferencia característico de la excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 15, fracción III, del Código Penal. El acerto contenido en el párrafo anterior es fuente de las siguientes conclusiones: **Primera, en el caso a examen debe descartarse la legítima defensa,** por la atención a que el ofendido no agredió al acusado y éste no actuó con ánimo de legítima defensa. **Segunda, si el inculpado no tuvo en mente privar de la vida al ofendido,** lógicamente deja de estructurarse el dolo, por la falta de concurrencia de su elemento volitivo. **Tercera, el acusado incurrió en una grave imprudencia o negligencia,** al conducir su broma a tal grado de realidad --pero siempre sin querer causar la muerte-- que desembocó en el tártago luctuoso, reprochable a título de culpa.

Amparo directo 3876/82. Fernando Chincoya Naranjo. 7 de abril de 1983. Mayoría de 3 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Disidente: Mario G. Rebolledo.

Esta misma estructura de análisis en la cual se concibe a la culpabilidad como juicio de reproche con el elemento psicológico del dolo, se encuentra de manifiesto en el análisis del supuesto de error de prohibición, en el cual se expresó la necesidad de la conciencia de antijudicialidad para la imputación de un delito a título doloso, ello en los términos siguientes:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 193-198 Segunda Parte

Página: 27

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION, NO CONFIGURACION DE LAS EXCLUYENTES DE (DELITO CONTRA LA SALUD). El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad tanto el error de tipo como el llamado error de prohibición indirecto o error de permisión, hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. Tanto en uno como en el otro de los errores mencionados, según es de explorado derecho, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley. En tal hipótesis del error de permisión, como excluyente de responsabilidad, sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, según opina un amplio sector de la doctrina actual, lo cierto es que el invencible error en cuestión impide reprochar al autor su conducta típica y antijurídica. En un caso particular considerado, no opera en favor del inculpaado la excluyente de responsabilidad mencionada, si no ignoraba que las semillas del vegetal que sembró en un solar de su

propiedad fueran de marihuana, al reconocer desde su declaración ministerial la naturaleza de las referidas semillas; por consiguiente, al estar el procesado enterado de que las semillas sembró y el vegetal que poseyó eran marihuana, no pudo encontrarse inmerso en un error invencible respecto de la existencia de alguno de los elementos esenciales que integran el delito de cultivo de marihuana, contra la salud, en las modalidades de siembra y posesión de marihuana, como tampoco como consecuencia de un error por error insuperable, el acusado al actuar considerara lícita su conducta, si no existe base fáctica y jurídica, en las constancias de autos, para estimar factible que en su representación pudo haber estado inmerso en un error admitir, dadas las circunstancias que rodearon el hecho, que éste se encontrara autorizado en su conducta por la ley.

Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Luis Fernández Aguilar.<sup>29</sup>

En un supuesto de error en el golpe se sostuvo la culpabilidad del sujeto activo y en ese mismo nivel de análisis se hizo referencia al dolo como sigue

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 205-216 Segunda Parte

Página: 20

ERROR EN EL GOLPE. NO INVALIDA EL DOLO. Disparar un arma de fuego con el propósito de causar daño en diversa persona de la que resulte muerta, constituye un error

---

<sup>29</sup> Esta tesis también aparece en: Informe de 1985, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 30, página 21, con el título "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN"

carácter accidental, conocido bajo el nombre de "error en el golpe", mismo que resulta ineficaz para destruir la culpabilidad, y el homicidio, entonces, debe considerarse como doloso, toda vez que el resultado producido es típicamente equivalente al querido, o sea, el activo, al querer causar un daño en otra persona, lo produce en la persona del pasivo, lo cual no varía el sentido doloso de su conducta.

Amparo directo 620/86. Julio Hernández González. 14 de abril de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara<sup>30</sup>.

## B. CRITERIO DE LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO DEL DOLO

La voluntad de realizar determinada conducta ha sido determinante para la integración del dolo, según se desprende de diversas jurisprudencias.

Así, por ejemplo, la voluntad del sujeto fue trascendentes para determinar la exclusión del título de imputación de parricidio en un supuesto de error en el golpe en el cual el sujeto activo dirigió su conducta a la provocación de la muerte de su cónyuge pero no de uno de sus descendientes.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 205-216 Segunda Parte

Página: 29

PARRICIDIO, DOLO ESPECÍFICO NECESARIO PARA LA INTEGRACION DEL CASO DE ERROR EN EL GOLPE. El artículo 240 del Código Penal del Estado de México que regula el parricidio, lo tipifica como la privación de la vida, dolosamente, de cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco, o del cónyuge. Esto es, que tal ilícito requiere de dolo específico pues no basta la intención de matar, sino que la misma debe estar dirigida precisamente a una de las personas con las que se tenga un vínculo de los señalados. Ahora bien, si la intención del agente es privar de la vida a su cónyuge, pero por error en el golpe (*aberratio ictus*), a quien mata es a uno de sus descendientes ello no es suficiente para estimar que su conducta es adecuada a dicho tipo, pues falta la directa intención de privar de la vida al descendiente para que su actuar se amolde a la figura legal en mención, pues es palpable la ausencia del dolo dirigido a la víctima, y el delito *realmente integrado* viene a ser el de homicidio.

Amparo directo 7410/85. Felipe Soria Mondragón. 3 de marzo de 1986. 5 votos. Ponente: J. Fernández Doblado. Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

En un supuesto en el cual se condenó en primera instancia a los procesados por un concurso de violación tumultuaria y privación ilegal de la libertad, se otorgó el amparo, atendiendo a que la privación de esa libertad tenía como finalidad conducir a la víctima al lugar donde se violaba y no con la voluntad requerida en el tipo de privación ilegal de la libertad.

---

<sup>30</sup> En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, Jurisprudencia 107, página 226. Esta tesis también aparece en: Informe

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 217-228 Segunda Parte

Página: 78

VIOLACION TUMULTUARIA Y SECUESTRO. INCOEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE. Si la ofendida fue privada de su libertad para ser conducida sin su voluntad hacia otro sitio, y la privación momentánea de su libertad de movimientos tuvo como finalidad exclusiva trasladarla a un lugar propicio para llevar a cabo la comisión de un ilícito diverso, como lo es el de violación tumultuaria, por ello no puede admitirse la existencia del delito de secuestro, toda vez que el bien protegido por éste es la libertad externa de la persona, y el dolo o elemento psíquico se conforma con la conciencia y la voluntad del delincuente para privar de su libertad a alguien con el fin de pedir rescate o de causarle daño, por lo cual la detención de la víctima que sirve de medio para la comisión inmediata del delito de violación tumultuaria, no puede subsistir, como delito autónomo y con entidad jurídica propia, por haber sido utilizado por los activos como un simple medio para realizar el delito aludido.

Séptima Época, Segunda Parte.

Amparo directo 4766/86. Esteban Rubio Agustina. 10 de julio de 1987. 5 votos. Ponente:

Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

Amparo directo 3871/86. Ricardo Quiroz Olivares y Coags. 1o. de julio de 1987. 5 votos.

Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

Amparo directo 4764/86. Artemio Montañez Casillas. 1o. de julio de 1987. 5 votos. Ponente:

Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

Amparo directo 4765/86. Florencio Jacobo Mogollón. 1o. de julio de 1987. 5 votos. Ponente

Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

Amparo directo 7114/86. Martín Araujo Rocha. 1o. de julio de 1987. 5 votos. Ponente

Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte<sup>31</sup>.

### C. CRITERIOS SOBRE LA ACREDITACIÓN DEL DOLO

Aunque la mayoría de criterios jurisprudenciales apuntaban hacia la inclusión del dolo en la probable responsabilidad, también existen algunos criterios anteriores a la misma reforma de 1994 en los cuales se incluyó al dolo como parte del cuerpo del delito. De ello me ocuparé en la siguiente continuación

#### 1. EN EL CUERPO DEL DELITO

De singular interés es la tesis jurisprudencial siguiente, en la cual se determinó la que no integra el cuerpo del delito de secuestro si está ausente el dolo del autor.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 133-138 Segunda Parte

Página: 174

PLAGIO O SECUESTRO (ROBO DE INFANTE) NO CONFIGURADO (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERETARO). El artículo 336, del Código Penal del Estado de Querétaro, prevé el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia denotan lo mismo), que consiste en términos generales, en la privación ilegal de la libertad, acompañada de móviles o medios peligrosos, que fundamentan el grave aumento de penalidad. La fracción V de dicha disposición contempla el robo de infante. El núcleo del tipo penal lo constituye el apoderamiento de un infante menor de siete años, por un extraño al mismo o por un familiar del infante, con el propósito: a) de obtener dinero por su rescate; b) o bien, de causarle un daño o perjuicio cualquiera en su persona, en sus bienes, en su reputación, etc., c) o bien, de causar iguales daños a una persona cualquiera que esté en relaciones de cualquier especie con el plagiado. Así, si el bien protegido con el delito de secuestro es la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y moverse, por ende, **el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar daño en los términos anotados, y si no media ninguno de estos supuestos, no puede concluirse que se configure el cuerpo del delito de secuestro.**

Amparo directo 5163/78. Rubén Pérez Cárdenas. 3 de enero de 1980. Mayoría de 4 votos.

Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Disidente: Mario G. Rebolledo F.

---

<sup>31</sup> Esta tesis también aparece en: Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis, página 53. Reitera el criterio de la Jurisprudencia 213, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte,

No obstante la referencia al dolo, se trata propiamente de un supuesto en el cual falta elemento subjetivo del tipo y no propiamente del dolo, es de resaltar la directriz apuntada en esta tesis, debido a que concibe al cuerpo del delito no sólo como un conjunto de elementos objetivos, como lo ha entendido el legislador de 1998, sino como un concepto compuesto de elementos objetivos y subjetivos, más adelante veremos la posible trascendencia que ello tiene de cara a los falsos presupuestos de los cuales partió el legislador mexicano para la reforma de 1998-99.

En la misma línea argumentativa anterior se puede citar una tesis jurisprudencial más

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXXVI, Segunda Parte

Página: 13

BEBIDAS ALCOHOLICAS ADULTERADAS. SU VENTA Y DISTRIBUCION (INTERPRETACION DEL ARTICULO 296 DEL CODIGO SANITARIO). En el artículo 296 del Código Sanitario se dispone que: "Los que fabriquen bebidas alcohólicas con sustancias extrañas, o las agreguen a las genuinas, capaces de alterar la salud o producir la muerte, serán sancionados con prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá a los que con conocimiento de esta circunstancia las vendan o distribuyan". Los elementos del delito son, por tanto, son: a) que el sujeto venda bebidas alcohólicas, b) a sabiendas de que contenga sustancias extrañas capaces de alterar la salud o producir la muerte. Cabe observar que el -

es de dolo específico, en cuanto recoge en su descripción un elemento subjetivo del injusto. En efecto, no basta que el agente activo venda las bebidas adulteradas, sino es preciso que tenga conocimiento de que estas bebidas se han adulterado por sustancias capaces de alterar la salud o producir la muerte. Por ello, para tener por comprobado el cuerpo del delito, es requisito indispensable que se demuestre en autos que el inculpado vendió o distribuyó las bebidas alcohólicas con conocimiento de su adulteración por sustancias capaces de afectar la salud o causar la muerte.

Amparo directo 4903/67. Ranulfo Silva Cruz. 11 de octubre de 1968. 5 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Ferrera.

## 2. EN LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Por el momento, paso a citar sólo alguna de las tesis jurisprudenciales en las cuales se establece el análisis del dolo en la probable responsabilidad.

Así, por ejemplo, se determinó que la ausencia del dolo excluye la culpabilidad y por ende la responsabilidad en la tesis jurisprudencial siguiente.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 139-144 Segunda Parte

Página: 150

### VIOLACION POR EQUIPARACION. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL POR INculpABLE IGNORANCIA (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)

La circunstancia de que el procesado creyera fundadamente que la ofendida en el delito de violación por equiparación fuera varios años mayor a los catorce que la Legislación sustantiva penal del Estado de Nuevo León señala como máxima para la pasivo del delito, creencia obtenida principalmente por que físicamente ella aparentaba esa mayoría de edad, sin que tuviera referencia alguna que lo hiciera suponer lo contrario, lo coloca en el caso de excluyente de responsabilidad de inculpable ignorancia a que se refiere el artículo 12, fracción VI, del Código Penal del Estado de Nuevo León, que consiste en "ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar". La excluyente de responsabilidad referida, se sustenta en el principio adoptado por la ley penal, de que en los delitos que sólo admiten como forma de comisión la intencionalidad, la ausencia de dolo en el agente activo hacen que su conducta no es culpable y, por ende, excluye su responsabilidad penal.

Amparo directo 3686/80. Víctor Manuel Castillo Ortega. 13 de noviembre de 1980. 5 vo.

Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor<sup>32</sup>.

Este mismo criterio fue seguido en el análisis de un supuesto de concurso de delitos de participación, se determinó la inexistencia de la probable responsabilidad en atención al criterio en la tesis jurisprudencial siguiente.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 163-168 Segunda Parte

Página: 70

**PARTICIPACION Y DELITO EMERGENTE.** La regla genérica contenida en el artículo 14 del Código Penal del Distrito Federal indica que cuando varios delincuentes participan en la comisión de un delito determinado y uno de ellos comete otro diverso, aun cuando no haya concierto previo, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito; no obstante, tratándose de una regla general, debe ser motivo de análisis para su aplicación concreta; de manera que si el inculcado no estaba en posibilidad de impedir la ejecución del nuevo delito, que lo tomó por sorpresa, en cuanto a él estaba ausente el dolo que permitiera establecer su participación delictiva, que se establece en la ley de la aceptación tácita surgida por la no oposición a la realización del delito emergente, por lo que no se surten todos los elementos de la ley penal en el citado artículo 14, para determinar la responsabilidad del inculcado.

Amparo directo 7807/81. Juan Loera Díaz. 5 de julio de 1982. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

#### D. CRITERIO SOBRE LA PRUEBA DEL DOLO

---

<sup>32</sup> Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 91, página 47.

Después de la reforma de 1994 se empezaron a establecer los criterios sobre la forma en que podía acreditarse el dolo, al efecto es muy ilustrativa tesis jurisprudencial siguiente:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: 1a./J. 7/96

Página: 477

POSESION DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACION CON LA FINALIDAD. El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando la posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo, aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de haber efectivamente la poseído y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias

el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.

Contradicción de tesis 5/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de febrero de 1996. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

Tesis de jurisprudencia 7/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

La importancia de la tesis anterior la analizaremos en el contexto de la reforma de 1998-99 por ahora paso al siguiente punto de la investigación.

### III. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Llamaré la atención del lector, por qué habiendo presentado una exposición dogmática del dolo ahora presente una propuesta de interpretación del dolo en el Derecho Penal Mexicano,

qué a caso no valen los mismos principios dogmáticos? La respuesta: No exactamente como *han plantado*.

Me explico, hasta antes de la reforma de 1994 el legislador no se había pronunciado ni en favor ni en contra de corriente doctrinal alguna y por tanto había libertad para analizar al dolo *conforme* al sistema del delito que más convenciera, fuera el clásico, neoclásico, finalista o incluso funcionalista. Sin embargo, como hemos visto, después de dicha reforma el dolo debía *analizar* a nivel de tipo, con lo cual se podía aplicar el sistema final de acción, incluyendo seguir los autores neoclásicos que ubicaron al dolo en el tipo o, siguiendo la corriente moderna, conforme a los postulados del funcionalismo.

Empero, a partir de la reforma de 1998 a la Constitución la situación es distinta, pues el legislador ha puesto de manifiesto en la exposición de motivos su repudio al finalismo y ha retornado al concepto de <<cuerpo del delito>>, término que, según el legislador, ha sido ampliamente estudiado en México e incluso manifiesta que “antes de las reformas de 1992 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual <cuerpo del delito> se entendía el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”<sup>33</sup> Lo anterior plantea la duda sobre cómo debemos realizar el análisis sistemático de un delito dentro de los conceptos procesales de cuerpo del delito y probable responsabilidad a las cuales se refieren los arts. 16 y 19 de la Constitución y aunque el art. 168 del Código Federal de Procedimientos Penales sigue refiriéndose a los elementos del tipo y la probable responsabilidad y dentro de los primeros incluye al dolo, ello seguramente será en breve materia de reforma para volver

concepto de cuerpo del delito y evitar posibles contradicciones con la Constitución y lo mismo se puede anticipar que sucederá con los artículos 8 y 9 del Código Penal.

Tomando como sustento la citada reforma a la Constitución y anticipando las necesarias reformas tanto al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código Penal, cabe preguntarse ¿qué se debe entender actualmente como cuerpo del delito en México? ¿dónde se ubica al dolo? y ¿qué elementos conforman la responsabilidad penal?

Para responder a estas nuevas (a partir de 1998) –viejas (anteriores a la reforma de 1994) incógnitas es necesario acudir nuevamente a la dogmática juridicopenal.

En efecto, si no acudiéramos a la dogmática jurídica penal los términos procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad carecerían de sentido, en virtud de que su contenido se encuentra precisamente en la teoría del delito y ésta, como hemos puesto de manifiesto, obedece a una sistemática cuya estructura sirve para determinar si una conducta es o no delictiva. Sin dicha dogmática ¿cómo podríamos determinar si la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado es producto de la comisión de un delito o no? ¿cómo determinar qué conductas son penalmente relevantes? y todavía más, si no siguiéramos alguno de los sistemas ¿cómo sabríamos dónde y cómo analizar cada elemento del delito? ello sería un verdadero caos. Sentada pues la necesidad de acudir a la dogmática jurídica y realizar el análisis del delito

---

<sup>33</sup> Cfr. Anexo

conforme a una sistemática aplicada al Derecho Procesal Penal<sup>34</sup>, paso a la interpretación propuesta.

## A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De acuerdo con los postulados actuales de la Constitución la base del procedimiento penal descansa en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Con respecto al dolo surgen muchos interrogantes, a saber: ¿el dolo ha pasado a formar parte de la responsabilidad penal? ¿esto es así ¿cómo explicar y sustentar dicho cambio? ¿se debe acreditar el dolo al ejercicio de la acción penal? o ¿será el dolo materia de prueba sólo a partir del auto de radicación del juez? con una interpretación extrema, ¿el dolo ya no es materia procesal en México?

Para dar una contestación satisfactoria a todos estos interrogantes es necesario acudir a los antecedentes de esta reforma, los motivos que la originaron y el contexto en el cual se insertó. Sólo así se puede justificar una reinterpretación dogmática que sirva como guía teórica para intentar evitar los posibles efectos nocivos de la reforma a la Constitución de 1998.

## 1. VALORACIÓN DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

---

<sup>34</sup> Se pronuncia en favor de una interrelación entre dogmática penal y procesal penal. Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN. Cfr. Código Federal... esp. págs. 155-156. Aunque en relación al cuerpo del delito considera dicho autor que se trata de un término pramente procesal, ya en su análisis se denota la referencia inevitable a la dogmática *juridicopenal*.

De acuerdo con la legislación examinada, el dolo aparece en nuestros ordenamientos jurídico penales como intencionalidad, la cual en principio se presumía y generaba la inversión del principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) en contra del presunto responsable de la comisión de un delito<sup>35</sup>, quien debía demostrar que no había actuado intencionalmente<sup>36</sup>. De esta suerte, quien al manipular una pistola la disparaba y provocaba la muerte de otro, conforme a esa legislación, se podía presumir su intención de cometer homicidio y era el procesado quien debía demostrar, en su caso, si no tuvo esa intención (culpa) o incluso si había manipulado dicha arma porque le había dicho un tercero que estaba descargada o incluso que ésta era artificial.

---

35 En este sentido se puede citar la siguiente tesis jurisprudencial

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 109-114 Segunda Parte

Página: 47

HOMICIDIO, PRESUNCION DE DOLO EN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA) El dolo de homicidio no es de dolo específico (como el fraude, el parricidio y otros), por lo cual, de acuerdo con el artículo 7o del Código Penal del Estado de Sonora, tiene exacta aplicación la presunción *juris tantum* de dolo, de lo cual se sigue que la carga de probar contra esa presunción, corresponde al acusado y no al Ministerio Público.

Amparo directo 155/76. Alberto Gutiérrez Castro. 13 de enero de 1978. Unanímdad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebollo.

36 En este sentido la tesis jurisprudencial siguiente

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXIII, Segunda Parte

Página: 10

DOLO, CARGA DE LA PRUEBA CONTRA LA PRESUNCION DE El que afirma tiene la obligación de probar sus aseveraciones, sobre todo si éstas contradicen presunciones, como la de la intencionalidad delictuosa.

Amparo directo 4048/63. Jacinto López Lucero y coag. 8 de mayo de 1964. 5 votos. Ponente: Alberto R. Vela.

De igual criterio

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXII, Segunda Parte

Página: 27

DELITOS INTENCIONALES E IMPRUDENCIALES, SUS DIFERENCIAS. En los delitos de intención, el dolo se presume salvo prueba en contrario, mientras que en los imprudenciales, es necesario comprobar, primero, la existencia de un daño igual al que producen los delitos de intención, segundo, la conducta o proceder imprudencial con persona diversa del ofendido, y tercero, el nexo causal entre ambos elementos

Posteriormente se observa un avance con la reforma de 1983-84 por la cual deja de presumirse esa intencionalidad y pasa a ser una carga procesal del Estado, quien a través del Ministerio Público deberá acreditar la existencia del dolo para la imputación de un delito y, consecuencia éste deberá quedar debidamente probado en autos para la emisión de una sentencia condenatoria por el Juez.

## 2. LA BÚSQUEDA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA REFORMA DE 1993-94

Contrario a la opinión del legislador, hasta antes de 1994 no habían criterios unánimes sobre qué se debía acreditar en el cuerpo del delito<sup>37</sup> y cuál era el contenido de la prueba de responsabilidad, con las consecuentes dudas sobre en cuál de éstos dos apartados debería acreditarse el dolo<sup>38</sup>.

En efecto, como nos ilustra MANCERA ESPINOSA “originalmente se entendió al cuerpo del delito, como: *<la cosa en que o con que se ha cometido algún delito; como por ejemplo el cuerpo del inmueble>* así se tomó por nuestros Códigos Procesales, pues en 1880, el artículo 121 sólo requería *aprobación de hecho o de la omisión que la ley reputara como delito...* posteriormente en 1897 apuntaba que era necesario el *comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícito*

---

Amparo directo 852/61 Raúl Díaz González 11 de agosto de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto R. Vela.

<sup>37</sup> De opinión contraria es GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Una reforma consuetudinaria inquietante..” esp. Págs. 15-16.

<sup>38</sup> En este sentido, *cf.* DAZA GÓMEZ, Carlos. “Evolución doctrinal del finalismo”... esp. Págs. 67-68.

*presunción de dolo*, en 1909 para comprobar el cuerpo del delito se exigía el justificar los elementos del hecho delictuoso; en 1929 se dio preponderancia a las reglas especiales, y se decía que los delitos se justificarán por la **comprobación de sus elementos constitutivos**; en 1984 ... *la acreditación de los elementos que integran la descripción de la conducta o el hecho delictuoso según lo determina la ley penal*.<sup>39</sup>

Atento a lo anterior, en 1994 el legislador reformó tanto la Constitución como el Código Federal de Procedimientos Penales y el respectivo para el Distrito Federal, suprimiendo el concepto de cuerpo del delito y refiriéndose en su lugar a los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. También aclaró a nivel del Código adjetivo qué se debía acreditar en cada uno de estos apartados. Disponiendo que el dolo debía acreditarse como uno de los elementos del tipo penal. Por lo cual, se ha considerado que el legislador de 1994 se guió en los postulados sistemáticos de la doctrina final de acción y los elevó a nivel de ley, llevándolos incluso hasta la Constitución misma<sup>40</sup>.

Sin embargo, se debe atender a los motivos que llevaron al legislador a esta decisión, esos motivos fueron la búsqueda de unificar criterios y de esa forma tratar de dar vigencia al principio de certeza jurídica, requisito indispensable del Estado Social y Democrático de Derecho.

<sup>39</sup> MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?" ... pág. 6.

<sup>40</sup> Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Análisis de la iniciativa... esp. Pág. 86-87.

En efecto, con la reforma de 1994 se podía esperar una mayor certeza jurídica<sup>41</sup>. Pues tanto el Ministerio Público, el Juez y el abogado defensor sabían en dónde debían ubicar, entre otros elementos, al dolo y, en consecuencia, dónde hacer las argumentaciones tanto dogmáticas como probatorias referentes a éste. Así, el Ministerio Público sabía en dónde debía ubicar en el Pliego de Consignación al dolo y lo mismo en sus conclusiones acusatorias dentro del proceso penal. Para el Juez también significaba la guía para determinar, tanto en el Auto de Formación de Prisión como en la Sentencia, en dónde debía hacer referencia a las pruebas y argumentaciones referentes al dolo en que había sustentado su resolución. Asimismo, el abogado defensor sabía en dónde debía buscar todo lo referente al dolo y de la misma forma preparar sus contraargumentaciones y la defensa respectiva.

### 3. EL ORIGEN DE LA REFORMA DE 1998-99.

En el último informe de gobierno, el 1º de septiembre de 1998, el Presidente de la República dedicó un apartado especial al problema de seguridad pública que aqueja a la sociedad mexicana:

“Combate más amplio y eficiente a la impunidad y la inseguridad:

La seguridad pública y la justicia constituyen una obligación esencial del Estado. Por eso, hasta ahora hemos fallado, debemos hacer todo lo necesario para no fracasar.

---

<sup>41</sup> En el mismo sentido *cf.* MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?” pág. 8

Cada uno, las autoridades del Gobierno Federal, de los gobiernos estatales y del Distrito Federal, los legisladores y los miembros del Poder Judicial, debemos asumir la tarea que nos corresponde. La seguridad pública es una deuda del Estado con los ciudadanos.

Para dar un impulso firme al combate contra la delincuencia, el Presidente enviará al Congreso de la Unión nuevas iniciativas con reformas adicionales. Propondrá penas más severas para los delitos más frecuentes y más graves y propondrá nuevas reglas a fin de que las penas para una persona que ha cometido varios delitos se acumulen. Además propondrá que en los casos de los delitos de más peligrosidad y frecuencia, se supriman los beneficios de libertad preparatoria y de reducción parcial de penas.

No basta reformar las leyes para contar con la justicia y la seguridad pública que merecen los mexicanos. Por eso, hace unos días el Gobierno Federal convocó a una cruzada contra el crimen y la delincuencia como parte del Programa Nacional de Seguridad Pública. En 1998, el Gobierno Federal estará invirtiendo en seguridad pública dos veces más que en años pasados<sup>42</sup>

Es evidente la preocupación del Ejecutivo federal por el incremento desmesurado de la criminalidad en México, ello ha llevado a afirmar a GONZÁLEZ DE LA VEGA que “quien haya vivido durante los último treinta o cuarenta años, notará el cambio en su entorno. La criminalidad se ha hecho parte de nuestras vidas, de lo cotidiano; hemos aprendido, paulatinamente, a vivir con ella<sup>43</sup>. De ahí la intención de tomar distintas medidas para solucionar el problema. Los puntos centrales del proyecto son un programa de seguridad

---

<sup>42</sup> REFORMA. 2-9-1998. Sec. Editorial. Pág. 15-A

<sup>43</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. “La lucha contra la criminalidad en el siglo XX” ... pág. 38.

pública, el mejoramiento de la impartición de justicia y las reformas a la ley, de ellos me ocupo a continuación.

#### 4. ¿SE COMBATE LA CRIMINALIDAD A TRAVÉS DE UNA POLICIA MÁS EFECTIVA?

Se busca la seguridad pública con el Programa Nacional de Seguridad, si a través de este programa se busca la profesionalización y mayores recursos para los órganos policiales y la erradicación de la corrupción, sin duda alguna los resultados serán positivos.

“En Alemania, por ejemplo, el hecho de que Munich es la ciudad más segura, es decir la ciudad con menor criminalidad, se atribuye de manera general a que tiene la presencia policial más fuerte y con ello el control social más efectivo”<sup>44</sup> No obstante, la realidad mexicana es otra, así lo pone de manifiesto GARCÍA RAMÍREZ: “debemos preguntarnos el por qué de la desestabilización y el establecimiento y la casi inmediata destrucción de instituciones y programas destinados a la preparación de los cuerpos de policía y otros cuerpos de la procuración y administración de justicia. También debemos inquirir –haciendo una reflexión y casi un acto de contrición– por la revisión de las acciones de saneamiento institucional. ¿Qué paso con las muchas acciones emprendidas para el <saneamiento> de instituciones de seguridad pública? ¿por qué han fracasado y cuáles han sido los resultados de esas acciones y de esas reacciones? ¿Por qué recae la responsabilidad a quienes van a tener un desempeño tan delicado y tan importante como es la policía,

apoyo en relaciones personales, a veces muy negativas, y no en factores que acrediten una verdadera idoneidad para el servicio? Por otra parte, deberemos en este México nuestro, como en todos los países entender por fin, que la policía implica y desarrolla un auténtico servicio público profesional, de que debe ser reconocida como lo que es: un servicio público profesional que debe atenderse de esta suerte, reclutarse, prepararse, retribuirse y asegurar así su estabilidad en el empleo cuando lo merezca. Y Para esto se precisa de acciones a largo plazo, no de programas súbitos pronto cancelado, no de la alteración una vez más y también aquí de ese síndrome de Penélope al que ya me referí, que implica hoy hacer y deshacer mañana<sup>45</sup>. Como resultado de ello, señala GONZÁLEZ DE LA VEGA, “no se puede soslayar que las policías uniformadas mexicanas, tienen muy poco éxito en la detención de sospechosos en flagrancia o cuasiflagrancia, dados los precarios mecanismos de radiocomunicación y de patrullaje terrestre y aéreo. No se ha logrado coordinar la denuncia ciudadana mediante sistemas de telefonía o alarma eficaces y la coordinación de patrullas y helicópteros, en la persecución <<en caliente>> de delincuentes<sup>46</sup>. Esta es, sin duda, una de las causas del incremento de los índices de criminalidad, la violencia, la inseguridad e, incluso como señala MORENO HERNÁNDEZ la “visible tendencia desesperada de muchas personas de hacerse justicia por sí mismas o de pedir mayor represión del Estado<sup>47</sup>”

En este marco, la presencia policial debe estar encaminada actuación hacia la detención de delincuentes, no de ciudadanos inocentes o de simples sospechosos por su apariencia o

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. “El desarrollo...” pág. 444

<sup>45</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Algunos problemas actuales en la administración de justicia”... pág. 21. Se pronuncia en el mismo sentido MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?” ... esp. pág. 12.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. “La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI” ... pág. 43.

<sup>47</sup> Del Autor citado. “El sistema de justicia penal en México”... pág. 10

circunstancias<sup>48</sup>. Si se hiciera esto último se estaría pasando indefectiblemente de un Estado Derecho a un Estado autoritario, pues en palabras de ROXIN “el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad. Una cierta medida de criminalidad –que en algunos Estados actuales no obstante es demasiado elevada– es un fenómeno secundario necesario de una sociedad libre y lo seguirá siendo también en el futuro”<sup>49</sup>

Lamentablemente durante el proceso legislativo de la reforma de 1998 tanto el Ejecutivo como las respectivas Comisiones de la Cámara de Senadores han sostenido un criterio opuesto al anterior y en nombre del interés social y la “situación de emergencia que viven algunas partes del país” reconocen abiertamente estar restringido las garantías individuales con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad señalando abiertamente que al efecto han <flexibilizado los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión<sup>50</sup>.

En un Estado Social y Democrático de Derecho o, para usar los términos del mismo legislador: en un Estado de legalidad, la detención y consecuente privación de la libertad de persona es uno de los actos de autoridad sujeto a múltiples requisitos y para el ciudadano constituye una de las más importantes garantías y ello es así no para favorecer a delincuentes, sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son!

<sup>48</sup> En este sentido se pronuncia también: LÓPEZ, BETANCOURT, Eduardo. “Nueva orientación del Derecho Penal” pág. 178

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. “El desarrollo...” págs 445-446.

<sup>50</sup> Cfr. Proyecto csp. págs 14, 16, 17 y 20, del original. Vid. *Infra*. Anexo.

En particular, los motivos argüidos por el legislador para reformar el art. 16 de la Constitución son que a partir de la reforma de 1993-94 "...a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión...Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este proceso para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado..."<sup>51</sup>

De lo anterior se deduce que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo pretenden, a través de la reforma de 1998-99, disminuir la criminalidad en México mediante la consignación y procesamiento de más personas ¿será esa la vía idónea para combatir la criminalidad? ¿radica en la impartición de justicia el origen del incremento de la criminalidad en México? y todavía más ¿se mejorará esa situación con la reforma realizada?, de ello me ocupo a continuación.

## 5. ¿ES EL INCREMENTO DE LA CRIMINALIDAD UN PROBLEMA DERIVADO DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA?

---

<sup>51</sup> Proyecto págs. 19-20, del original. *Vid. Infra.* Anexo.

El problema de la administración de justicia en nuestro país es antiquísimo, así lo puso manifiesto en 1961 CARRANCÁ Y RIVAS: “podría decirse que a través de sus largos siglos de historia, México no ha contado jamás con una Administración de Justicia plenamente satisfactoria. No la tuvo en los tiempos precolombinos, cuando la justicia era el instrumento de la teocracia y de las clases privilegiadas. No la tuvo en la época colonial, cuando la justicia se basaba en las diferencias de castas. No la ha tenido en la época independiente porque la justicia ha carecido de adecuada organización, de adecuada selección, de medios materiales y humanos. Desde la independencia, todo lo cual la priva de respetabilidad social, signo revelador de la confianza del pueblo en la justicia. No puede, así, esperarse que en un breve lapso de nuestra historia, se haya logrado todo lo que a través de siglos nunca tuvimos”<sup>52</sup>. Recientemente MORENO HERNÁNDEZ, ha manifestado “desde hace ya muchos años se han venido escuchando las llamadas públicas, cada vez más desesperadas, por una mejor y más eficiente administración de la justicia penal, que se acondicione cada vez más y siempre a las necesidades y problemas especiales de la época y de la región. Así constantemente se escuchan tanto de los doctos como de los legos, sobre la innegable existencia de una crisis de la justicia penal; de que la administración de justicia penal ha fracasado, porque no ha resultado funcional, porque no ha logrado satisfacer las aspiraciones o reclamos de la colectividad porque, en lugar de proteger debidamente a los Derechos humanos, se ha convertido en un instrumento de dominación y de sujeción frente al Estado”<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raul. La Administración de Justicia. Págs. 105-106.

<sup>53</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “El sistema de justicia penal en México”... pág. 5. En el mismo artículo citado hace una serie de propuestas para mejorar dicho sistema, *cf.* *Ibid.* Esp. Págs. 16-25. Sobre una descripción de la impartición de justicia en la actualidad, *cf.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Breves consideraciones sobre temas de la justicia penal”. esp. Págs. 32-37.

Llevaba razón CARRANCA Y TRUJILLO, fueron necesarios muchos cambios para contar con un mejor Poder Judicial, el más importante fue su reestructuración e implantación del sistema de Carrera. Hoy en día se observa una mejoría para los servidores públicos del Poder Judicial y la situación ya no es tan precaria como la descrita por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su informe de 1959: “quienes hemos vivido la dura vida del funcionario judicial de la provincia sabemos cuántas son las dificultades con que éste se tropieza para cumplir con la misión que le está encomendada; dificultades que principian desde la carencia de locales adecuados para el desempeño del ministerio jurisdiccional y se prolongan a través del misérrimo presupuesto destinado al apego de sus servidores, hasta la ausencia de material físico en sus oficinas. En el Poder Judicial Federal debe decirse también de una vez que la situación no es muy diferente...Tenemos que pagar rentas por los locales impropios para el elevado ministerio que en ellos se va a ejercer...Del presupuesto de egresos de la Federación sólo recibimos para el desempeño de nuestro cometido el 0.43 por ciento aproximadamente. Es decir, menos de medio centavo por cada peso. Con una Justicia Federal en la que se gasta menos de medio centavo por cada peso del presupuesto, no puede calmarse el hambre y sed de justicia que padece el pueblo de México”<sup>54</sup>

Evidentemente todavía no son optimas las condiciones materiales y de capacitación de los servidores del Poder Judiciales, pero lo que sí se puede observar es un incremento cada vez mayor de las resoluciones que se ajustan a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ello, aunque son fundadas las afirmaciones de MORENO HERNÁNDEZ, se puede decir que el el Poder Judicial está en el camino de las directrices trazadas por el

---

<sup>54</sup> Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el señor Lic. Alfonso Guzmán Neyra, al terminar el año de 1959. Murguía. México. Págs. 32-34. Cita en CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. La

Ejecutivo, pues sólo se puede luchar contra la delincuencia cuando se puede garantizar el debido proceso penal.

No obstante, la existencia de la etapa de la averiguación previa dentro del procedimiento penal mexicano, conlleva a poner especial atención en la institución del Ministerio Público, la cual, en palabras de GARCÍA RAMÍREZ “en la actualidad esta institución enfrenta nuevas definiciones: es preciso que cumpla una honda revisión, depure su organización y funcionamiento, entienda las necesidades de la justicia, asuma una misión más amplia e intensa que garantice su presencia y grandeza en el porvenir”<sup>55</sup>. Empero, hoy por hoy se puede criticar al “ministerio público, al lado de su falta de liderazgo, es su nula especialización en la investigación de los delitos”<sup>56</sup> lo cual conlleva al fracaso de su función.

Efectivamente, un sistema de justicia penal en el cual desde la averiguación previa hasta el proceso penal se detenga y procese a personas en contra de las cuales existen pruebas fundadas de que han cometido una conducta típica y antijurídica y, de ser confirmada la responsabilidad, se imponga la sanción penal correspondiente es requisito indispensable en un Estado social y democrático de Derecho.

Un sistema de impartición de justicia penal regido bajo los lineamientos anteriores conlleva una efectiva lucha contra la delincuencia y a su correspondiente disminución<sup>57</sup>, pues cuando

---

Administración de Justicia. Págs. 102-103.

<sup>55</sup> En este sentido, *cf.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Justicia y ministerio público” ... esp. Págs. 9-11.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. “La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI” ... pág. 45.

<sup>57</sup> Sobre algunas propuestas para mejorar el sistema de impartición de justicia en México, *cf.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Algunos problemas actuales en la administración de justicia” ... págs. 19-20. En el mismo sentido, *cf.* ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “Comentarios a la iniciativa de decreto...” esp. Págs. 10-11 y sigs.

ciudadanos tienen consciencia de que <<quien la hace la paga>><sup>58</sup> se abstienen, generalmente, de la comisión de delitos. Pero al mismo tiempo, esos mismos principios debidamente observados en la realidad generan la tranquilidad de quienes no han cometido delito alguno, pues tendrán la confianza de que no serán privados de su libertad por simples sospechas o circunstancias.

Si lo anterior hubiese sido el sustento ideológico de la reforma de 1998-99, estaríamos en la vía correcta para aspirar a un Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la pretensión del legislador es otra: justificar la lucha contra la delincuencia y el <<mejoramiento>> de la impartición de justicia penal a través del incremento estadístico de sujetos detenidos y procesados penalmente!

## 6. LAS EQUIVOCADAS PREMISAS DEL LEGISLADOR MEXICANO EN LA REFORMA DE 1998-99.

La problemática antes descrita vuelve a llevar al legislador al vicio, desgraciadamente ya arraigado en México, de solucionar problemas sociales a través de la reforma legal, en palabras de GARCÍA RAMÍREZ “uno de los grandes asuntos de la justicia, hoy día y siempre, es la reforma de las leyes, en el entendido que he destacado que no confundimos Estado de Derecho con Estado de Leyes. No es la abundancia de leyes lo que constituye al Estado en un

---

<sup>58</sup> No obstante, de acuerdo con la encuesta realizada por el Diario *Reforma*, en octubre de 1997, la ciudadanía percibe impunidad y asociación de los delinquentes con la policía. *Cfr.* GARCÍA CORDERO, Fernando. “La

Estado de Derecho, o más todavía en un Estado de Derecho justo; es la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana”<sup>59</sup> Lo anterior es posible a través de críticas doctrinales y jurisprudenciales que conlleven a la interpretación e incluso reinterpretación de las leyes hacia los cánones del Estado Social y Democrático de Derecho y no la reforma continua sin sustento, pues esta última vía está en contra de la seguridad jurídica ya que el ciudadano no tiene certeza si lo que ayer era lícito hoy ya es ilícito o a la inversa.

Independientemente de la inseguridad jurídica derivada de la reforma continua de las leyes y su poca observancia, existen puntuales críticas a los presupuestos en los cuales se basó el legislador para la reforma, de ellos me ocupó a continuación.

#### a) ¿SE JUSTIFICA EL SISTEMA PENAL CON MAYORES DETENCIONES?

Ciertamente el inimaginable incremento de la criminalidad en México obliga a la toma de medidas tendentes a la sanción y, sobre todo, a la prevención del delito.

*Son alarmantes las cifras siguientes*

En 1996 a nivel Federal se iniciaron 74,030 Averiguaciones Previas de las cuales sólo se consignaron ante el Juez al 12% de indiciados, es decir a 8,940 probables responsables

---

iniciativa de reforma...” pág. 75.

<sup>59</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Algunos problemas actuales en la administración de justicia”... pág. 16.

En el mismo año en el Distrito Federal se iniciaron 232,821 Averiguaciones Previas, de las cuales sólo se pudieron consignar a un 10% (23,282) y de estos sólo un 3.8% fue condenado. Mientras tanto, en el resto del país se iniciaron 1,491,860 Averiguaciones Previas, de las cuales se consignaron a un 10% (149,186).

En 1997 se iniciaron 1,330,000 Averiguaciones Previas, de las cuales se consignaron a 249 mil, se libraron 149,000 ordenes de aprehensión y de ellas sólo se consiguió la detención de 85,000 personas<sup>60</sup>.

Indudablemente la cifras arrojan un gran número de averiguaciones previas, de las cuales muy pocas llegaron a reunir los requisitos necesarios establecidos con la reforma de 1994 para consignar a los indiciados ante el juez e iniciar el proceso penal.

La pregunta es si ese 90% de personas sometidas a averiguación previa merecían llegar a ser consignadas ante el Juez y a que se les sometiera a un proceso penal, el cual supone la privación de su libertad, cuando menos durante las setenta y dos horas previas al auto constitucional y, en caso de dictar el Juez Auto de Formal Prisión con sujeción a proceso, todo el tiempo que dure dicho proceso. A todo ello se debe sumar la elaboración de una ficha

---

<sup>60</sup> *Vid. Infra.* Anexo. Además, recientemente los Procuradores de justicia han reconocido que el 65% de las ordenes de aprehensión en el fuero común están pendientes de cumplimiento y el 75% de las del fuero federal tampoco se han cumplido. Cfr. GARCÍA COREDERO, Fernando. "La iniciativa de reforma... pág. 74.

sinaléctica, el ingreso del consignado en el Centro de Prevención y Readaptación (reclusorio) y la vejación que ello supone<sup>61</sup>.

No podemos saber ni comprobar si todas aquellas personas contra quienes se averiguación previa merecían ser procesadas. Lo que sí sabemos y así lo pone de manifiesto el legislador de 1998 es que la corrupción, los escasos medios con que cuenta el Ministerio Público y la Policía Judicial y la falta de preparación de éstos órganos, son factores que favorecen esta situación. Ese es el punto neurálgico en el cual se debe buscar una solución

Lo que también sabemos, y he aquí lo más grave, es que en el Distrito Federal de las 232 Averiguaciones Previas iniciadas, se llegó a consignar a un 10%, es decir, fueron detenidas y consignadas ante el juez y procesadas penalmente 23, 282 personas de las cuales sólo a 8,8 les dictó una sentencia condenatoria. Visto desde otro ángulo, lo anterior significa que 14,435 personas procesadas o eran inocentes o simplemente no se les pudo demostrar la comisión de un delito alguno, por lo cual, atendiendo al principio *in dubio pro reo*, se les debe considerar tan inocentes y por ello se puede afirmar que 14,435 inocentes fueron privados de su libertad y sometidos a un proceso penal cuya duración menor es de cuatro meses<sup>62</sup>. Y lo anterior o

<sup>61</sup> En este sentido FRANCO GUZMÁN manifiesta que “ha aumentado el número de personas que se encuentran detenidas en espera de sentencias y el de las que están cumpliendo penas de prisión. A pesar de lo que dicen las leyes de la materia, las cárceles continúan siendo enormes jaulas humanas y no centros de readaptación y resocialización de hombres. Si no hay medios económicos para lo indispensable, como es una celda decorada con alimentos esenciales y ropa mínima, cómo es posible pensar en una legión de hombres y mujeres que se adapten y vuelvan nuevo a los delincuentes de la sociedad” del autor citado. “Las tendencias actuales del Derecho Penal”. Pág. 7. Por su parte MORENO HERNÁNDEZ se refiere a las prisiones como lugares “donde además de la superpoblación carcelaria, es también observable abuso de poder, corrupción administrativa y desvinculación de los otros sectores del sistema de justicia penal. Abuso del recurso de la prisión preventiva, producto de la no observancia de las disposiciones constitucionales y de la falta de imaginación de (otras) alternativas mejores”. Autor citado. “El sistema de justicia penal en México”... pág. 7.

<sup>62</sup> Artículo 20 Constitucional

VIII Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la

con todo y la existencia de normas constitucionales y penales reformadas en 1994 cuyo fin era impedir al Ministerio Público consignar a inocentes. Ahora que se le ha allanado el camino al Ministerio Público para poder consignar si no a todos sí a la mayoría de esas 232, 821 personas, cuántos inocentes más serán privados de su libertad y sometidos a proceso penal?

Si ya la detención y procesamiento de 14,435 inocentes se acerca más a la concepción de un Estado totalitario y represivo, cómo es que ahora el inevitable incremento de esa cifra se trate de justificar con la bandera del bien social, la cultura de la legalidad y la búsqueda del Estado de Derecho<sup>63</sup>, como nos quieren hacer creer el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo<sup>64</sup>

Además, sólo se ha tomado el ejemplo de lo sucedido en un año en el Distrito Federal, si ello se proyecta a un periodo mayor y a nivel nacional, las consecuencias son desastrosas!

## b) LA ADOPCIÓN DE DOCTRINAS PENALES EN LA LEY

Según lo expuesto por el legislador de 1998<sup>65</sup>, la adopción de la doctrina finalista con la reforma de 1994 no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en México, por ello

---

pena excedere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa

<sup>63</sup> Cfr. Pág. 8 del Proyecto original. *Vid. Infra. Anexo.*

<sup>64</sup> En el mismo sentido, *gr.* MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Análisis de la iniciativa... esp. Pág. 85. Así también, lleva razón GARCÍA CORDERO cuando manifiesta que "en rigo, el modelo de Derecho Penal que hoy se imita está lleno de estas autoritarias, duras y rígidas flexibilidades: detenciones bajo sospecha, dilaciones anónimas, cateos sin orden jurisdiccional, intervención en los medios de comunicación, teléfonos, fax-modem, etc." Del Autor citado. "La iniciativa de reforma constitucional... pág. 72.

<sup>65</sup> *Vid. Infra. Anexo.*

crítica a su antecesor y se pronuncia, como lo hizo el legislador penal de 1931<sup>66</sup>, a favor de una legislación libre de dogmatismos.

No son nuevos los pronunciamientos de liberar a la legislación de la toma de posiciones dogmáticas, así, por ejemplo, en 1961 CARRANCÁ Y TRUJILLO analizó la tenencia histórica del legislador mexicano de definir al delito en el Código Penal y concluyó “por todo esto que la definición es inoperante y por ello mismo un estímulo a la construcción interpretativa como resulta siempre de preceptuar en las leyes lo que no es necesario” Uno de los pensamientos que más inspiraron a CARRANCÁ Y TRUJILLO fue el del autor español Joaquín Francisco PACHECO: “las leyes –escribe-, no son libros de doctrina sino reglamentos de práctica; y toda definición, peligrosa por lo común en ellas, debía limitarse al aspecto práctico externo, o sea a la reseña de las circunstancias evidentes y tangibles, que en la esfera fáctica distinguen y caracterizan lo que trata de explicarse”<sup>67</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO se basó en un autor español y sustentó parte de su análisis en la historia de la legislación española y latinoamericana así por la comunidad legislativa y cultural que une a México y España.

Aunque ha pasado más de un siglo desde que PACHECO escribiera lo anterior y casi cuarenta años de que CARRANCÁ Y TRUJILLO realizara ese estudio, los legisladores en ambos países siguen con los sectarismos doctrinales, así lo ha puesto de manifiesto recientemente GIMBERNAT ORDEIG al referirse al nuevo Código Penal Español de 1995<sup>68</sup> y

<sup>66</sup> Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. La política penal legislativa en México”... esp. Pág. 213.

<sup>67</sup> PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal concordado y comentado. 4a. ed. T. I Madrid. Tello. 1961. párr. 6 sobre el art. 1. Cita en CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “Interpretación dogmática...” pág. 7.

<sup>68</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Prólogo a la segunda edición del *Código Penal (Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre)*... esp. Págs. 20-29

encuentra hoy en día la situación en México con la definición del delito en casi todos los Códigos Penales del país y ahora con la reforma de 1998 a la Constitución.

Como señalé anteriormente, lleva razón el legislador mexicano al manifestar que la ley no debe tomar posturas doctrinales<sup>69</sup>, para eso está precisamente la dogmática jurídica. La crítica radica en que el legislador de 1998 ha vuelto a tomar posturas doctrinales partiendo de presupuestos dogmáticos falsos y ha observado falta de técnica legislativa.

Para comenzar con la falta de técnica legislativa, la Constitución no tiene por qué hacer referencia a los elementos que debe acreditar el Ministerio Público para poder consignar o solicitar una orden de aprehensión y lo mismo sucede con lo referente al auto de formal prisión y la sentencia del Juez, la Constitución debe contener las garantías fundamentales del procesado y las facultades de los órganos del Estado. Pero el listado de cómo deben ejercer esas funciones se debe dejar para la legislación secundaria, en este caso, procesal y en todo caso sustantiva, es decir, ello debe ser materia bien del Código Procesal Penal o del Código Penal y no convertir a la Constitución en un resumen apretado de los primeros<sup>70</sup>.

Con respecto a los falsos presupuestos dogmáticos que guiaron al legislador del 1998, si atendemos a su exposición de motivos, el legislador ha calificado expresamente a la reforma de 1994 como finalista, ello atendiendo fundamentalmente a la ubicación del dolo en el tipo. No obstante, como hemos analizado anteriormente, también algunos partidarios del sistema

---

<sup>69</sup> Contra esta idea se manifiesta MORENO HERNÁNDEZ quien considera que no se puede dar origen a ninguna legislación penal exenta de influencias ideológicas tanto de legislaciones anteriores como de doctrinas penales en boga. Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *La política penal legislativa en México*... esp. Pág. 213.

neoclásico han ubicado al dolo en el tipo y, después del finalismo, los actuales partidarios del funcionalismo siguen ubicando al dolo en el tipo. Por tanto, dicha ubicación del dolo no puede considerarse como exclusiva del sistema final de acción, es más en Europa ya no se discute que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo penal.

Tiene razón el legislador al manifestar que en la ley no se deben tomar posturas doctrinales en que las doctrinas penales deben interpretarse en su contexto social, cultural y legislativo, pues no se debe proceder a imitar lo que está de moda en Europa, por el simple hecho de proceder del viejo continente. Empero, en el otro extremo, tampoco se puede desecharse los argumentos y con palabras políticas fáciles y rimbombantes aquellos conocimientos y técnicas cuya aplicación ha conllevado a una mejor impartición de justicia tanto en su país de origen como en otros que las han seguido.

Sólo comprendiendo el significado y alcance de la dogmática europea se puede proceder a determinar si ésta puede o no ser aplicable a una sociedad como la mexicana. Para ello se necesita analizar qué parte de dichas teorías sí pueden seguirse y cuáles deben adecuarse o incluso cambiarse por otras distintas.

El legislador de 1998-99 parece haber olvidado varios antecedentes. Para comenzar, no se ha tomado en cuenta un presupuesto fundamental y es que a pesar de las diferencias entre México y Europa, nuestra tradición jurídica es romano-canónica-germanica. Es decir, las raíces

---

<sup>79</sup> Sobre otras críticas por la falta de técnica procesal del legislador, *cf.* GARCÍA CORFEDERO, Fernando. "Iniciativa de reforma.. pág. 82.

nuestro sistema jurídico está anclado en Europa y por ello es necesario el conocimiento de los desarrollos realizados en Alemania, España<sup>71</sup> e Italia.

Pero así como el legislador de 1998 ha criticado al de 1993-1994 por haber adoptado presupuestos metodológicos cuyo origen se puede atribuir al finalismo, dicha crítica se revierte contra él mismo. Al hacer resurgir a nivel de ley los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, el legislador ha olvidado que esos conceptos son dogmáticos. Por ejemplo, el término cuerpo del delito se le atribuye a FARINACCIO desde el s. XVI<sup>72</sup> y, posteriormente, lo adoptó la doctrina penal mexicana, la cual lo ha identificado con el comúnmente llamado causalismo, más cercano al sistema neoclásico del delito<sup>73</sup>. Lo anterior se confirma acudiendo a los dictámenes de la Cámara de Senadores referentes a la reforma de 1998, en los cuales se puso de manifiesto que “el cuerpo del delito se refiere al conjunto de elementos objetivo-descriptivos del tipo penal”. En conclusión el legislador de 1998-99 también tomó posturas doctrinales.

---

<sup>71</sup> Precisamente en España CÓRDOBA RODA, después de un análisis minucioso de la teoría de la acción final, estableció las diferencias entre el Código Penal Almenán y el Código Penal Español, llegando a la conclusión de que el finalismo encontraba obstáculos legislativos para ser, sin más aplicado, en el país ibérico. Así, mientras que para el finalismo la culpa debe ser analizada a nivel de dolo, de acuerdo con el sistema español concluye CÓRDOBA RODA “el juicio de que se ha ejecutado imprudentemente un hecho, significa sólo un juicio de antijuridicidad sin culpabilidad, pues para la formulación de aquel juicio basta con la apreciación de que se ha infringido una norma general y objetiva de cuidado, sin necesidad de exigir la reprochabilidad de esa infracción” y por lo que hace al dolo, existen tipos, dice CÓRDOBA RODA, en el Código Penal Español que requieren de la malicia la cual sólo puede ser interpretada como *dolus malus* y por ello no puede ser adoptada la doctrina finalista en España, pues: “la malicia constituye una figura compleja-voluntad del resultado de la acción con conciencia de su antijuridicidad-, en cuya formación intervienen elementos de acción y tipo (voluntad del resultado) a de culpabilidad (conciencia de la antijuridicidad)” CÓRDOBA RODA, Juan. Una nueva concepción... págs. 90 y 96 respectivamente.

<sup>72</sup> Cfr. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”....esp. pág. 6.

<sup>73</sup> Vid. *Supra*. Cap Pro. III

Lo anterior nos lleva a una primera conclusión y es que a partir de la reforma de 1998-99 el cuerpo del delito se debe entender tipo objetivo en sentido amplio<sup>74</sup> y no sólo como “aquella conducta que reúne los elementos objetivos, externos, materiales” como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 1894<sup>75</sup>.

Con esa solución pretende el legislador superar las dificultades del Ministerio Público para acreditar el dolo y los demás requisitos que le imponía la reforma de 1994<sup>76</sup>, los cuales están encaminados como hemos señalado anteriormente, encaminados hacia la vigencia del principio de seguridad jurídica y sí los órganos encargados de la administración de justicia no los habían alcanzado. Esta solución era una de política criminal y no de reforma constitucional, ello da la razón a MORENO HERNÁNDEZ cuando manifiesta: “tanto en México como en los demás países de América Latina, sobre todo, en la actualidad no se cuenta con una política criminal debidamente integrada, que haya sido producto de una debida planificación y que funcione coordinada y coherentemente, sino que con frecuencia los diferentes sectores que conforman esa política criminal, funcionan aisladamente y con criterios muchas veces diversos o incluso muchas veces contradictorias. Así, por ejemplo, no es extraño observar que en el ámbito legislativo, el órgano encargado de dar origen a la legislación penal procura, de alguna manera ajustarse a los lineamientos característicos de un sistema penal de un Estado de Derecho

<sup>74</sup> Adelanto desde ahora que este concepto amplio del tipo objetivo se refiere a éste delimitado por la teoría de la imputación, de ello me ocuparé más adelante. *Vid. Injha*. Cap. Tro III. B. 1.

<sup>75</sup> *Cfr.* MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?” ... pág. 6.

<sup>76</sup> Lo anterior vuelve a dar la razón a FRANCO GUZMÁN, quien manifiesta “Las tendencias actuales del Derecho penal objetivamente considerado, o sea la legislación penal, consiste en pretender abatir la delincuencia a través de la creación de nuevos tipos delictivos y del aumento de los años de prisión, soluciones absolutamente inapropiadas. Además, la elaboración de leyes penales se encomienda, en buena parte, a ignorantes en la materia que producen normas de pésima factura. El panorama no es halagüeño. Para obtener buenos resultados tod

cuanto a la forma y contenido de la ley que crea; pero sucede que quienes se encargan de la aplicación concreta de la ley, que es fundamentalmente el órgano judicial y el que, a su vez, constituye uno de los importantes sectores del sistema de justicia y de la política criminal, se apartan con frecuencia de ese pensamiento que animó al legislador y sigue, por tanto, criterios diferentes. Por lo que, en la aplicación de la ley, no siempre se hace realidad el pensamiento que tuvo en cuenta el legislador<sup>77</sup>.

### c) LA PRUEBA DEL DOLO ¿PROBLEMA DOGMÁTICO O PROCESAL?

Sobre este particular, DÍAZ DE LEÓN señala “si como elementos del cuerpo del delito se incluyera, a la manera de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aún la antijuridicidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran a una sentencia definitiva y el cuerpo del delito, al delito, pues, comprobados todos estos elementos, por el Ministerio Público durante la averiguación previa o por el juez durante la preinstrucción, prácticamente se convertirá al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual sólo correspondería fijar el *quantum* de la pena en base al reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito<sup>78</sup>”

---

sabemos que hay que formar juristas que cultiven con amor el Derecho penal” cita del Autor en “Las tendencias actuales del Derecho Penal” pág. 33

<sup>77</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “La política penal legislativ en México” ... esp. Págs. 199-200.

<sup>78</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio Código Federal pág 157

La opinión del autor antes citado parece ser la que ha guiado al legislador de 1998-99, embargo ambos han llevado un problema procesal (la prueba del dolo) a los terrenos de la dogmática (en el tipo o en la culpabilidad) y los han entremezclado de forma errónea.

Es innegable la relación entre la dogmática como base de interpretación de la legislación sustantiva (Código Penal) y el Proceso Penal (Código de Procedimientos Penales) pero se debe tener muy clara la función que a cada uno de ellos les corresponde.

A la dogmática jurídica le corresponde interpretar a través de criterios y reglas si una conducta es o no constitutiva de alguno de los delitos previstos en el Código Penal. Para dicho análisis se han creado sistemas (clásico, neoclásico, final y funcional) los cuales parten de las mismas categorías básicas (tipo, antijuridicidad y culpabilidad) cuyo contenido y estructuración interna puede variar. El propósito de esas estructuras es precisamente saber en dónde ubicar y analizar los problemas planteados por un supuesto de hecho. Corresponde, en cambio, al Derecho adjetivo determinar las reglas bajo las cuales se deberá procesar a quien se le imputa la comisión de un delito para poder imponer la pena correspondiente.

En este sentido los términos cuerpo del delito y probable responsabilidad, son propios del proceso penal mexicano y para darles contenido se ha recurrido a la dogmática jurídicopenal.

Llevado lo anterior a la problemática del dolo, a la dogmática le corresponde establecer la ubicación, dependiendo de cada sistema, contenido y criterios de interpretación para determinar si estamos ante una conducta dolosa o culposa o si ambos están ausentes y excusar

la tipicidad de la conducta. Al Derecho Procesal corresponde determinar quiénes deben probar la comisión dolosa de un delito, cómo lo deben probar, los plazos para probar, etc.

De lo anterior se deduce que el problema probatorio que enfrenta el Ministerio Público para solicitar una orden de aprehensión<sup>79</sup> y si debe o no demostrar para ello el dolo del autor, es un problema procesal y no de dogmática jurídica a la cual pertenece la doctrina de acción final.

Como he dicho antes, la dogmática se interrelaciona con el Derecho Procesal para ayudar al análisis de un supuesto de hecho durante el procedimiento penal y esto inicia desde la etapa de la Averiguación Previa.

Para comenzar con los argumentos procesales, sería infundado sostener que el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en la Averiguación Previa tiene un contenido distinto al del proceso penal que inicia con el auto de radicación dictado por el juez. Lo que sí se puede afirmar es que durante la etapa de Averiguación Previa sólo se requiere la existencia de datos que funden su probable su existencia y será durante el proceso penal cuando se requiera su <<prueba plena>> para imponer la pena.

Conforme a lo anterior y aplicando la interrelación dogmática-Derecho penal sustantivo-Derecho penal adjetivo, resulta que si por cuerpo del delito se entiende tipo objetivo y se deja sin determinar cuál es el contenido de la probable responsabilidad, luego entonces, se deberá decir que en ella se incluyen todos los demás elementos del delito.

---

<sup>79</sup> Sobre la situación imperante en México nos informa: MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?" ... esp. págs. 12-13.

Lo anterior nos lleva a deducir que el dolo ha pasado a formar parte de la responsabilidad penal a efectos procesales. Si durante la Averiguación Previa no existieran pruebas sobre probable responsabilidad y en particular del dolo del autor, cómo se consignaría a un sujeto que ha disparado y causado lesiones en el centro superior del pecho de la víctima: se consignará por un delito de lesiones?, pero el delito de lesiones no absorbe la tentativa de homicidio<sup>80</sup>, entonces, se le consignará por una tentativa de homicidio?<sup>81</sup> Incluso más, si la bala pasó por encima del hombro y, por tanto, no hay resultado alguno, no se podrá consignar ningún delito contra la vida o integridad física?<sup>82</sup>

<sup>80</sup> En este sentido se puede citar la siguiente tesis jurisprudencial

Séptima Época

Instancia Primera Sala

Fuente Semanario Judicial de la Federación

Tomó 10 Segunda Parte

Página 43

TENTATIVA DE HOMICIDIO, EL DELITO DE LESIONES NO ABSORBE LA No es exacto que el delito de lesiones absorba la tentativa de homicidio, y que, por consiguiente, solo deba ser sancionado el culpable por las lesiones, por el contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones. El que, no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que este delito, si no se basa en el resultado, si se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estaría en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde resulta que el elemento intencional de lesiones contiene en si mismo uno negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho establecida cuando concurre este propósito, el cual, naturalmente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá y de ser la muerte de la víctima.

Amparo directo 2475/69 Joaquín Hernández Hernández 27 de octubre de 1969 5 votos Ponente: Mario G. Rebolloso F.

<sup>81</sup> Cabe citar aquí lo manifestado en 1962 por CÁRDENAS "La posibilidad de la tentativa de homicidio no la podemos deducir de la mayor o menor gravedad de los resultados de la lesión inferida, sino de otras causas o circunstancias de las que independientemente de la lesión, se pueden suponer el propósito homicida; en el delito de lesiones, se supone el animus vulnerandi o leandi animo, en otros términos, la voluntad positiva de ofender; por lo menos aceptar el resultado o elemento lesivo, daño en el cuerpo o la salud" cita en: CÁRDENAS, Raúl Derecho Penal... págs. 42-43. Efectivamente en el tiempo en que CÁRDENAS escribió las líneas anteriores sí se podía presumir "la intención" porque así estaba dispuesto en el art. 9 del Código Penal. No obstante, como hemos visto, después de la reforma de 1984 ya no se presume la intención, entendida como dolo, y ahora corresponde a los órganos encargados de la impartición de justicia su comprobación (onus probandi). Por lo tanto, si como bien decía CÁRDENAS, la gravedad de las lesiones no es suficiente para determinar si estamos ante una tentativa de homicidio y si ya no podemos presumir la intencionalidad del sujeto activo, entonces por qué delito deberá consignar al Ministerio Público, desaparecerán las consignaciones por tentativa de homicidio si todas serán por lesiones? En el mismo sentido, *gr.* ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "Comentarios a la iniciativa de decreto..." esp. Pág. 44.

<sup>82</sup> Claro que en esto no entro a los posibles tipos de portación de arma prohibida si el sujeto activo no contar con el permiso respectivo o de los posibles daños en propiedad ajena, pues ello no es el centro de atención de las argumentaciones referentes a los delitos contra la vida y la integridad física.

Llevado lo anterior al extremo, si no existe resultado alguno y el Ministerio Público no atendiera al dolo del sujeto activo, ello nos llevaría a la imposibilidad de procesar a alguien por tentativa de lesiones. En efecto, si el Ministerio Público sólo atendiera a los resultados de la conducta y si no hay ninguno, entonces no podría integrar su Averiguación y no podría ejercer su facultad de consignación. Luego entonces, ¿habrán desaparecido para siempre las tentativas de lesiones del Derecho Penal Mexicano? Y de paso ¿habrán desaparecido también las tentativas de homicidio cuando no hay resultado de lesiones?

De lo anterior surgen más preguntas, si de todas formas consignara el Ministerio Público ¿por cuál delito lo haría? además ¿sería suficiente el plazo de setenta y dos horas para que el juez pueda determinar sobre la base de qué delito dictará su auto de formal prisión? Y si dictara, por ejemplo, su auto de formal prisión por un delito de lesiones y durante el proceso penal se demostrara que el dolo del procesado era el dolo de matar, habría que estar reclasificando, pero ello hasta antes de que la sentencia cause ejecutoria<sup>83</sup> ¿qué sucedería si ya estuviera el asunto en

<sup>83</sup> Ello conforme al art. Art 163 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Art 163 Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores (sujeción a proceso o formal prisión) se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondiente aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados en forma personal a las partes.

Lo anterior se complementa con la tesis jurisprudencial siguiente:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo. 56 Segunda Parte

Página. 25

COMPETENCIA, CAMBIO DE LA CLASIFICACION DEL DELITO COMO RESULTADO DEL PLANTAMIENTO DE LA. Carece de validez jurídica la consideración que esgrime el juez federal, al rechazar la competencia declinada en su favor por el juez del orden común, por el hecho de que el titular de la acción penal no la hubiese ejercitado por delitos del orden federal, pues a ello cabe replicar que no debe olvidarse que el delito es ante todo acción típica, asuajudicial y culpable y reprochable al sujeto activo por dolo o culpa, y la circunstancia de que el Ministerio Público del orden común ejercitara acción penal en contra de los acusados incurrando en un error técnico en la clasificación de las acciones delictuosas, no impide que al plantearse la competencia por declinatoria, pueda hacerse la correcta tipificación del delito o delitos, cuando los hechos modifican su perspectiva jurídica atendándose a la naturaleza de la acción, sin que obste el que el titular de la acción persecutoria que inicialmente la hubiese ejercitado por delitos del orden común, pues en tanto no se haya dictado sentencia que cause ejecutoria, pueden reclasificarse correctamente las acciones delictuosas.

Competencia 89/71 Jueces Primero de Distrito de el Estado de Jalisco y de Primera Instancia de Ciudad Venustiano Carranza, de la citada Entidad Federativa. 15 de agosto de 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

segunda instancia?. Y las preguntas se multiplican ¿cómo evitar que se procese a quien toca una cosa ajena creyendo que era suya? ¿cómo determinar si el incumplimiento de un contrato es un fraude o simplemente una cuestión civil?

Atendiendo a supuestos de hecho que se manifiestan diariamente en nuestra frontera con Estados Unidos de Norteamérica, me refiero las conductas de los llamados <<polleros>> en efecto acudo a la siguiente tesis jurisprudencial siguiente:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 109-114 Segunda Parte

Página: 94

POBLACION, DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 118 DE LA LEY GENERAL DE Población, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. El artículo 118 de la Ley General de Población en su primer párrafo, expresa que: "Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos, a la persona que por cuenta propia o ajena pretenda llevar a los Estados Unidos de México a los mexicanos para trabajar en el extranjero sin autorización previa de la Secretaría de Gobernación". De lo anterior se infiere que, para que se configure este delito, no basta que el inculpado haya auxiliado o pretendido auxiliar a un tercero, para internarse en los Estados Unidos de Norteamérica, pues suponiendo que haya actuado en tal forma, debe acreditarse con medios idóneos, la existencia de un acuerdo entre ambas partes en cuanto a que el expresado tercero iba a trabajar en el citado país; y si esa circunstancia no aparece acreditada, es evidente la ausencia de uno de los elementos constitutivos del delito en cuestión;

lo que al no comprobarse el cuerpo de tal figura delictiva, se violan garantías individuales y debe concederse el amparo solicitado en forma absoluta.

Amparo directo 4769/77. Ramón Sánchez Pérez. 13 de enero de 1978. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Secretario: Edmundo Alfaro Martínez<sup>84</sup>.

Si Celestino ofrece a dos braceros llevarlos ocultos entre la carga que transportará por la noche hasta Estados Unidos a cambio de mil dólares por persona y estos aceptan y pagan, subiendo al camión y ocultándose según las indicaciones de Celestino, siendo que, más tarde, por una inspección de rutina en territorio mexicano son encontrados dichos braceros y es remitido Celestino ante el Ministerio Público Federal correspondiente, la pregunta es, se ha configurado el delito previsto en el art. 118 de la Ley General de Población?

Si se atendiera exclusivamente a criterios objetivos, la respuesta sería afirmativa e incluso se estaría conforme a la tesis jurisprudencial citada, pues efectivamente hubo un acuerdo en este sentido entre Celestino y los braceros.

No obstante, esa posible solución puede quedar sin sustento al acudir al análisis del dolo de Celestino. En efecto, si la intención de Celestino nunca fue llevar a los braceros hasta Estados Unidos sino que había planeado hacerles creer tal posibilidad para recibir el dinero y posteriormente aprovechar la oscuridad de la noche para bajarlos en cualquier lugar diciéndoles <<ya están del lado americano y ahora córranle!>> y después retirarse rápidamente del lugar. Lo anterior nos llevaría a una problemática totalmente distinta a la que nos había conllevado el

---

<sup>84</sup> Esta tesis también aparece en: Informe de 1978, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 8, página 6, con el rubro "ARTÍCULO 118 LEY GENERAL DE POBLACION. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO PREVISTO EN EL"

puro análisis de los datos objetivos. Pues esos mismos datos objetivos aunados al ánimo guió a Celestino nos llevan a la imputación de un fraude doloso y no de un delito del art. de la Ley General de Población. Derivado de lo cual, no sólo cambió el título de imputación sino también la competencia, pues el fraude es un delito de competencia común mientras el segundo delito es de competencia federal.

Cierto es que la nota distintiva que permite entender si se está en el supuesto de un delito o de una clasificación, consiste en determinar si los hechos materia de la acusación son los mismos o difieren. Por tanto si son nuevas las circunstancias que conforman un delito distinto es necesario que sean materia de una averiguación separada; pero si son los mismos hechos y sólo varía el grado la modificación que se haga de la modalidad durante el procedimiento no constituye violación a las normas del procedimiento, siempre y cuando la nueva calificación sea materia de las conclusiones y el quejoso haya tenido oportunidad de imponerse de ello en el juicio propiamente tal, es decir en la audiencia de vista.

Acudiendo al art 158, fracción XVI de la Ley de Amparo: (violación a leyes del procedimiento)

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo cambie el grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en audiencia sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal

Pero el problema que hemos planteado tiene como base los mismos hechos que en su valoración no han supuesto una diferencia de grado sino la conformación de un delito distinto cuya competencia también es diversa.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL llama, también, la atención en este punto, pues “los códigos penales contienen múltiples tipos que incluyen elementos subjetivos, tan decisivos que sin ellos carecen de relevancia penal, es decir, son totalmente atípicos (carecen de tipo), los correspondientes elementos objetivos. En otras palabras: la sola objetividad (sin los elementos subjetivos) no es materia de delito ... ¿cómo saber, sin probar el ánimo de dominio o el ánimo de uso (elementos subjetivos), si el tipo aplicable es el del artículo 367 o el del 380?”<sup>85</sup> Visto desde otro ángulo, GARCÍA RAMÍREZ nos advierte que “bastaría con que una persona removiese un objeto para que se le consignara como ladrón, en virtud de que el *animus* característico del robo es un elemento subjetivo del tipo y la condición de bien ajeno es un elemento normativo, además de que la exigencia típica <sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella> anuncia un quebrantamiento jurídico que es preciso valorar. Por demás está ponderar los desastrosos efectos que acarrearía la simple alusión a los elementos objetivos”<sup>86</sup>

Por todo lo anterior, podemos sostener que la omisión de pruebas y datos sobre el dolo del autor durante la etapa de Averiguación Previa podría constituir un verdadero caos en la impartición de justicia en México y para evitarlo se debe convenir en incluir al dolo en la

---

<sup>85</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. “Comentarios a la iniciativa de decreto...”. Pág. 44.

responsabilidad penal la cual deberá acreditar el Ministerio Público durante la Averiguación Previa con datos y pruebas suficientes de su probable existencia.

Pero con esta solución volvemos al punto de origen de la reforma de 1998-99: la dificultad probar el dolo ¿existen criterios para ello?

Si existen criterios para diferenciar una prueba a nivel de Averiguación Previa y durante proceso penal propiamente dicho, es más existen desde antes y después de la reforma 1994<sup>87</sup>.

Para sustentar esta afirmación es importante tener presente la diferencia entre probabilidad y certeza, lo cual traducido al aspecto procesal se refiere a pruebas que hacen algo probable y pruebas plenas.

Sobre el particular “no sobraría recordar aquí algunas viejas nociones: prueba indiciaria por consignar y librar la orden y prueba semiplena – o plena, si se quiere - para dictar auto de procesamiento, en el entendido de que esas pruebas deben abarcar <todo> el delito, no solo una parte de él”<sup>88</sup>. Dicha afirmación encuentra respaldo en diferentes tesis jurisprudenciales las cuales doy cuenta a continuación:

1)

---

<sup>86</sup> Del Autor citado. “Una reforma constitucional inquietante... pág. 20. En el mismo sentido, *cf.* I.ÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito...* esp. Págs. 124-127.

<sup>87</sup> *Vid. Supra.* Cap. Tercero. II. D.

<sup>88</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio “Una reforma constitucional inquietante. . pág. 21.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 425

Página: 245

AUTO DE FORMAL PRISION. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Octava Época:

Amparo en revisión 35/89. Carlos Xilotl Ramírez. 16 de febrero de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 84/89. José, Zeferino Raúl Jiménez Orea. 4 de abril de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 122/89. Luciano Cortés Bonilla y Toribio Meza Bonilla. 18 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 142/89. Alejandro Flores Herrera. 1o. de junio de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 222/89. Magdalena Crisanto Zécuistl Caleco. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Tesis VI.2o./28, Gaceta número 19-21, pág. 162; Semanario Judicial de la Federación, tomo IV, Segunda Parte-2, p g. 602

2)

Quinta Época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 45

Página: 26

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Quinta Época:

Amparo en revisión 200/17. Piña y Pastor Ignacio. 29 de abril de 1918. Unanimidad de diez votos.

Amparo en revisión 344/18. Ostría Mariano y Otilio. 7 de abril de 1919. Unanimidad de nueve votos.

Amparo en revisión 75/18. Aguilar Manuel. 25 de julio de 1919. Unanimidad de once votos.

Amparo en revisión 458/20. García Macario. 17 de enero de 1922. Unanimidad de ocho votos.

Amparo en revisión 1083/19. Guerrero Javier. 9 de octubre de 1923. Mayoría de ocho votos.

3)

---

Esta tesis en su voz y texto coincide con la jurisprudencia número 55 de la Sala Penal de la Suprema Corte, Quinta Época, y que aparece a fojas 87, Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 442

Página: 258

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ÚNICAMENTE DEBE SATISFACER LAS EXIGENCIAS A QUE SE CONTRAE EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL. En el auto de formal prisión solamente debe puntualizarse el o los delitos por los cuales se continuar el proceso y determinar, si está demostrada la corporeidad del ilícito o ilícitos correspondientes; si existen pruebas que hagan probable la presunta responsabilidad en su comisión, pero de ninguna manera deberá precisarse que, ésta se justificó plenamente, toda vez que esto es lo que constituye el objeto del proceso y materia de la resolución definitiva; sostener lo contrario, equivale a rebasar las exigencias a que se contrae el artículo 19 constitucional.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Octava Epoca:

Amparo en revisión 351/91. Fausto Ruiz Balbuena. 31 de octubre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 379/91. Rebeca Alegría Díaz y otro. 14 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 463/91. Julio Elías Robledo Contreras. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 313/92. José, Alermo Hernández Aguilar. 2 de julio de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 34/93. Fernando Navarro Zenteno. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos<sup>90</sup>.

4)

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 432

Página: 250

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL TESTIMONIO AISLADO DE UNA PERSONA NO BASTA PARA FUNDARLO. No es un dicho aislado referido por una persona lo que la ley requiere para motivar un auto de bien preso, sino un conjunto de ellos que integren los datos suficientes para justificar la presunta responsabilidad del encausado, por lo que dar a un solo testimonio la fuerza y plenitud de "datos bastantes" es tanto como torcer el espíritu de la ley que aunque no requiere para motivar un auto de esa naturaleza que haya pruebas evidentes de la responsabilidad de un inculpado, sí exige que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose por tal no la calidad de poder ser, o ser factible, sino de hacerla verosímil o que se puede probar, que es en puridad lexicológica que significa el adjetivo probable empleado por la Carta Magna en el artículo 19, el cual si

---

<sup>90</sup> Nota: Tesis XX.J/27, Gaceta número 63, p g. 63; v,ase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XI-Marzo, p g. 103

analiza en su hondura filosófica no tiene el alcance estrecho que se le ha dado frecuentemente sino uno mayor, pues no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva al expresar que el cuerpo del delito debe quedar comprobado necesariamente, y tolerante en su parte subjetiva al grado de equiparar lo probable con lo posible, admitiendo con ello que con una simple, única, singular declaración pueda restringirse la libertad de una persona con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas en el orden moral, social, económico, familiar y jurídico.

Tribunal Colegiado en materia penal del Séptimo Circuito.

Octava Epoca:

Amparo en revisión 270/87. Eduardo García Pérez y otro. 30 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 12/93. Pedro Ramírez Méndez. 1o. de abril de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 75/93. Fidel Arellano Hernández y coags. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 151/93. Jorge García Cerón. 10 de junio de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 183/93. Gabino Pérez Aguilar. 15 de julio de 1993. Unanimidad de votos

91.

5)

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

---

<sup>91</sup> Tesis VII.P.J/29, Gaceta número 70, pág. 77; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII-Octubre, pág. 257.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 440

Página: 257

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. PARA DICTARLO NO SE REQUIERE PRUEBA PLENA DE RESPONSABILIDAD. Al disponer el artículo 19 constitucional, que todo auto de formal prisión debe contener el delito que se imputa al acusado, los elementos que constituyen, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado, se refiere que para motivar tal auto privativo de la libertad, no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del inculcado, sino únicamente, como ya se dijo, que los datos arrojados por la indagatoria, sean los suficientes para justificar el cuerpo del ilícito y hacer en esa etapa probable la responsabilidad del acusado.

Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Octava Época:

Amparo en revisión 320/89. Eduardo Montiel Aguilar, 5 de octubre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 328/89. Marcelino Rojas Pérez. 8 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 71/90. Ismael Alfonso Balderas. 29 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 174/90. Rosendo Sánchez Vázquez y otra. 13 de junio de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 382/90. Oscar Jaime Morales Díaz. 15 de noviembre de 1990.  
Unanimidad de votos<sup>92</sup>.

Resumiendo todo lo anterior, la reforma de 1998 a la Constitución por la cual se vuelve al concepto de cuerpo del delito supone que ahora el dolo deberá ser acreditado con datos y pruebas sobre su probable existencia en la probable responsabilidad, cuyo análisis se debe realizar desde la etapa de Averiguación Previa.

De lo anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones:

\* La causa del incremento de la criminalidad no se puede atribuir a una reforma que procuró desde 1994 una mejor impartición de justicia basada en la seguridad jurídica dentro del proceso penal

\* Las dificultades del Ministerio Público en México para acreditar el dolo del autor y demás requisitos impuestos por la reforma de 1994 para obtener una orden de aprehensión son ajenos a la teoría final de acción.

\* Con todo y la reforma seguirá siendo obligación del Ministerio Público acreditar la probable responsabilidad y dentro de ella el dolo del autor para solicitar al juez la orden de aprehensión. Al efecto deberá atender a los criterios jurisprudenciales que ya existen para distinguir entre el

---

<sup>92</sup> NOTA:

Tesis VI.1o J/49, Gaceta número 41, p g. 97; Semanario Judicial de la Federación, tomo VII-Mayo, p g. 76.

grado de prueba requerido durante la Averiguación Previa y el impuesto al juez para dictar una sentencia condenatoria

## B. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

Una vez demostradas las inconsecuentes bases de la reforma de 1998-99 surge la pregunta ¿ahora cómo analizamos el delito dentro del proceso penal en México? Con la reforma de 1998 ya teníamos una sistemática obligatoria, ahora que no la tenemos podemos proceder a una *interpretación* y es aquí donde vuelven a hacer su entrada triunfal las teorías penales. Pero ahora ya con suficientes bases teóricas que nos permitan una interpretación y adecuación conforme al nuevo texto de la Constitución<sup>93</sup>.

### 1. EL CUERPO DEL DELITO

<sup>93</sup> Sobre la necesidad de adecuar las doctrinas a los ordenamientos jurídicos de cada país, son dustras las palabras de RODRÍGUEZ MUÑOZ: "la construcción finalista, lo que concierne a los delitos dolosos, se encuentra en mejores condiciones que la tradicional para comprender los diferentes problemas propios de esta clase de hechos punibles. Creo, sin embargo, que las consideraciones precedentes bastan para que el lector pueda formarse un juicio sobre el problema que por tratarse, como decíamos al comienzo, de algo genuino de la legislación penal alemana, tan distinta en muchos puntos fundamentales de la nuestra, habrá de estar en todo momento condicionado por la naturaleza específica del objeto sobre el que ha de recaer el juicio. Pero estas limitaciones, que lógicamente no se dan en las Ciencias Naturales, ni en Filosofía, ni siquiera en estudios jurídicos de índole esencialmente histórica, son inherentes a las disciplinas elaboradas sobre la base de la *legislación positiva de cada país*" cita en RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: La doctrina... pag. 157 En el mismo sentido, se pronunció CÓRDOBA RODA, realizando una puntual revisión sobre las diferencias del Código Penal español y el Código Penal Alemán, estableciendo las distintas interpretaciones que conforme a la teoría finalista se deberían realizar. Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan: Una nueva concepción... esp. págs. 85-99. En contra de lo sostenido por RODRÍGUEZ MUÑOZ se pronunció CEREZO MIR, por considerar que la palabra malicia puede ser interpretada como conocimiento y voluntad y no presupone en conocimiento de la antijuricidad, por lo cual se podía mantener el concepto de dolo típico del sistema finalista en España. Cfr. CEREZO MIR, José "Lo injusto..." esp. págs. 67-68.

Desde una interpretación auténtica, es decir aquella que ha dejado asentada de forma expresa el legislador de 1998, por cuerpo del delito se debe entender el conjunto de elementos objetivo-descriptivos del tipo penal, ello según la iniciativa del Ejecutivo, los trabajos legislativos de la Cámara de Senadores y criterios jurisprudenciales anteriores a la reforma de 1994: “por cuerpo del delito se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”<sup>94</sup>.

Aún con lo antes dicho, los elementos que conforman al cuerpo del delito, pueden interpretarse de diferentes formas. La primera puede ser sólo incluir en el cuerpo del delito los elementos objetivo-descriptivos del tipo penal y reconducir todo lo demás a la probable responsabilidad<sup>95</sup>.

La segunda es partir de lo que se conoció como el injusto objetivo y analizar en el cuerpo del delito los elementos del tipo objetivo y la antijuridicidad. En otras palabras, el cuerpo del delito

<sup>94</sup> Proyecto original pág. 30. *Vid. Infra. Anexo* En este sentido se puede citar, también la siguiente jurisprudencia Quinta Época

Instancia: Primera Sala  
Fuente: Apéndice de 1995  
Tomo: Tomo II, Parte HO  
Tesis: 845  
Página: 544

**CUERPO DEL DELITO** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito Quinta Época.

Amparo en revisión 1416/27 Aguilar Anastasio. 14 de enero de 1930 Unanimidad de cuatro votos  
Amparo en revisión 3865/27 Flores Antonio. 21 de enero de 1930 Unanimidad de cuatro votos  
Amparo directo 2881/27 Galván Ramón y csg. 23 de enero de 1930. Mayoría de tres votos  
Amparo directo 2208/29 Martín Adalberto. 11 de abril de 1930 Cinco votos  
Amparo en revisión 4495/28. Ramos Tellería José María. 29 de julio de 1930 Unanimidad de cuatro votos.

<sup>95</sup> Sostuvo esta postura DÍAZ DE LEÓN antes de la reforma de 1994, al manifestar: “Hoy podemos adelantar aquí que sólo con lo referente al tipo y al resultado o hecho típico, es lo que integra el cuerpo del delito, y lo subjetivo, o sea la acción (dirigida a la lesión del bien jurídico, o bien la que se lleva a cabo sin esa dirección, pero sin el cuidado debido) y la antijuridicidad, conforman a la responsabilidad del autor o partícipe del delito” Cita en DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio Código Federal. pág. 156.

se acreditaría con la conducta a la cual se le puede imputar un resultado prohibido en un tipo penal, siempre y cuando dicha conducta no esté amparada por causa de justificación alguna<sup>96</sup>.

Pero si el cuerpo del delito lo ha identificado el legislador como el tipo objetivo, entonces nada nos impide interpretar al tipo objetivo conforme al sistema funcionalista, lo cual implica un análisis del tipo objetivo delimitado por las reglas de la teoría de la imputación objetiva. La virtud de que ya se ha desarrollado una extensa exposición sobre lo anterior remito al lector a esa parte de la investigación<sup>97</sup>.

## 2. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

A diferencia del concepto de cuerpo del delito, no existe una interpretación auténtica del legislador sobre la *conceptuación* y elementos que conforman la probable responsabilidad.

Hasta antes de la reforma de 1994 se sostenía por la doctrina: “tradicionalmente se ha establecido una cierta adecuación entre los conceptos sustantivos y los fundamentos procesales, partiendo de la base de que la parte objetiva del delito se compone con el tipo objetivo y la antijudicialidad y, en cambio, la parte subjetiva se compone con la culpabilidad”<sup>98</sup> la cual se identificaba como probable responsabilidad y dentro de ella se ubicaba al *dolo*<sup>99</sup>. De igual forma

<sup>96</sup> Esta fue antes de la reforma de 1991 una vía de interpretación frecuente por la doctrina mexicana, cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio Código Federal de Procedimientos Penales, pág. 156.

<sup>97</sup> *Vid. Supra*, Cap. Pro V. A. 3. a).

<sup>98</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio Código Federal de Procedimientos Penales, pág. 156.

<sup>99</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio “Las reformas de 1993” esp. págs. 15-16.

se incluyó dentro de ésta la autoría y participación<sup>100</sup>, las circunstancias atenuantes y agravantes, etc.

No obstante, proceder a concebir a la probable responsabilidad como un cajón de sastre al cual podemos llevar todo lo que no es cuerpo del delito, significaría proceder asistemáticamente y dejar todo en un caos.

Por ende y dentro de esta vuelta a la libre interpretación, podemos también aplicar las bases del sistema funcionalista y establecer que la Probable Responsabilidad se integra con:

- El tipo subjetivo: dolo o culpa y elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.
- La antijuridicidad y,
- La responsabilidad: culpabilidad y necesidad de la pena.

---

100 "Los autores y partícipes deben también ser considerados cuando se analice la responsabilidad penal, pues ésta es necesariamente personal" cita en: DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio Código Federal... pág. 159

También se puede dictar la siguiente tesis jurisprudencial Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apudice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte: TCC ✓

Tesis: 433

Página: 251

AUTO DE FORMAL PRISION. ELEMENTOS. Para dictar un auto de prisión preventiva, el artículo 19 de la Constitución General de la República, exige ciertos elementos de fondo y de forma, encontrándose entre los primeros, que los datos arrojados por la averiguación previa sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito de que se trate y para hacer probable la responsabilidad penal del sujeto en su comisión y, entre los segundos, que se establezca el lugar, tiempo, modo y circunstancias de ejecución

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Octava Época:

Amparo en revisión 76/89. Sáiz este Emilio Aniceto 26 de abril de 1989 Unanidad de votos

Amparo en revisión 122/89 Luciano Cortés Bonilla y Tonbio Meza Bonilla 18 de mayo de 1989 Unanidad de votos

Amparo en revisión 200/89. Sixto López López 21 de junio de 1989 Unanidad de votos

Amparo en revisión 255/89 Eloy Guzmán Sánchez 31 de agosto de 1989 Unanidad de votos

Amparo en revisión 111/90. Francisco Gómez Hernández 4 de mayo de 1990 Unanidad de votos

NOTA

Tesis VI 2o J/60, Gaceta número 34, p. 98, Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, Segunda Parte-I, p. 328

Para terminar, me gustaría rememorar el pensamiento de WELZEL: “el legislador no es de manera alguna omnipotente, y está ligado a determinados límites dados en la materia de Derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión de una tarea científica en Derecho Penal”<sup>101</sup>. Esa ha sido precisamente la finalidad que ha guiado la presente investigación, en la cual se ha expuesto la evolución del dolo hasta su conceptualización actual en una propuesta de interpretación del mismo en la legislación mexicana vigente, la cual nos ayuda a transformar el posible retroceso hacia el causalismo que parece guiar al legislador de 1998- en una moderna concepción funcionalista sustentada en los fines de la pena dentro de los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>101</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal(parte general). Pág VIII En el mismo sentido, *cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* esp. Págs. 223-227

El dolo debe ubicarse sistemáticamente en el tipo subjetivo y, por tanto, queda excluida de su seno la conciencia de la antijuridicidad: dolo neutro.

Los elementos del dolo, conocimiento y voluntad, interactúan con el tipo objetivo para determinar la imputación dolosa del peligro o lesión de un bien jurídico a la conducta del autor.

Se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.

En la legislación mexicana, se puede interpretar al cuerpo del delito como el tipo objetivo delimitado por la teoría de la imputación objetiva y el contenido de la responsabilidad penal (en sentido amplio) integrarla con: el tipo subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos distintos del dolo), la antijuridicidad y la responsabilidad (en sentido estricto: culpabilidad y necesidad de la pena)

*INICIATIVA DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 16, 19, 20, 22 y 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*

Honorable Asamblea

A las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos, Primera Sección, fue turnada para su estudio y dictamen la iniciativa de decreto por que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estas comisiones, con las facultades que les confieren los Artículos 75, 86, 87, 88, 91 y demás relativos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 65, 87, 88 y 90 y otros aplicables del Reglamento para el Gobierno Interior del

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, presentan a la consideración de los integrantes de esta Honorable Cámara, el presente dictamen.

## METODOLOGÍA DEL DICTAMEN

Las Comisiones Unidas decidieron establecer una metodología precisa para elaborar el presente dictamen.

En primer lugar, en un apartado denominado “ANTECEDENTES” se hace breve descripción de los trabajos realizados en el Senado de la República para el estudio y elaboración de la propuesta de Dictamen, que ahora se pone a consideración de esta soberanía.

En el apartado llamado “VALORACIÓN”, las Comisiones Unidas quieren dejar constancia de los razonamientos hechos por los integrantes de la misma para sustentar la propuesta que formula a esta plenaria.

Dada la trascendencia de los temas específicos analizados y de los cambios propuestos en estas Comisiones a la Iniciativa recibida, se ha incluido un apartado denominado “CONSIDERACIONES PARTICULARES Y CAMBIOS A LA INICIATIVA”:

Finalmente, se inserta el texto de la iniciativa con las modificaciones efectuadas y señaladas para su fácil comprensión, que serán el documento materia para abrir su discusión plenaria y votación posterior.

## ANTECEDENTES

En sesión celebrada por esta Cámara de Senadores el día 10 de diciembre de 1997, los ciudadanos secretarios de la misma, dieron cuenta al Pleno de la propuesta que se describe en el proemio de este documento.

El Presidente de la mesa directiva acordó dar el siguiente trámite: “Recibo y tómese a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Primera Sección“

En sesión celebrada en el mismo día, las Comisiones Unidas aprobaron integración de una subcomisión de senadores miembros de las mismas que presentarían un proyecto de dictamen.

Por decisión de las comisiones responsables de este dictamen se determinó la realización de cinco foros regionales, para recabar la opinión de los ciudadanos interesados y conocedores de estos temas; Para ello se circularon invitaciones a organizaciones de abogados, instituciones académicas, de procuración e impartición de justicia, a legisladores locales y en general a los

estudiosos del derecho del país, para que acudieran a estos foros regionales que se celebraron en las ciudades de Tijuana, Villahermosa, Monterrey, Guadalajara y Mérida.

Ahí se vertieron las más variadas, contrastantes y lúcidas opiniones que mucho ilustraron el juicio de los legisladores, cuyos resultados se consignan adecuadamente en el capítulo respectivo.

Además de estas reuniones de consultas, los miembros de las Comisiones Unidas realizaron múltiples ejercicios de discusión y análisis, que condensaron y valoraron de acuerdo a las líneas de métodos explicados.

Todas estas propuestas fueron debidamente valoradas por estas comisiones dictaminadoras y se han traducido en los cambios que las mismas proponen realizar a la iniciativa y que van desde cambios a la redacción de varios artículos de la iniciativa, hasta la supresión de la propuesta de modificación del artículo 20 constitucional.

## VALORACIÓN DE LA INICIATIVA

### LA URGENCIA DEL COMBATE A LA DELINCUENCIA

La solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia no pueden esperar más. La sociedad exige y demanda respuestas eficaces. Pues a pesar de los esfuerzos recientes, la delincuencia ha crecido desmesuradamente.

La lucha contra el crimen es una batalla que parece perderse. Con justa razón la sociedad ve en el crecimiento desmesurado de la criminalidad la mayor amenaza, no sólo contra personas y patrimonios, sino contra la nación misma.

La violencia y la inseguridad no son fortuitas, existen factores sociales perfectamente identificables que las alientan: la impunidad, la corrupción y la ineficacia.

La impunidad generada por las fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, que no castiga a la mayoría de acciones delictivas. El resultado de ello es que los delincuentes prosiguen su actividad criminal, confiados y alentados porque actos antisociales difícilmente serán castigados.

La corrupción, que tiene sus raíces más profundas en el rescabramiento de la cultura de la legalidad y en la falta de incentivos institucionales, financieros y honoríficos para quienes dedican su vida a hacer cumplir la ley.

Por si esto fuera poco, el abandono en que por décadas se dejó a nuestros cuerpos de seguridad, no permitió su profesionalización y modernización; por ello, para la gran mayoría de sus miembros, las técnicas de investigación y prevención del delito son algo ajeno a su practica

cotidiana. Aunado a esto encontramos la falta de recursos materiales, los coloca en una marcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utilizan las cada vez más modernizadas organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia.

Sin embargo y a pesar de todo lo anterior, para los senadores de la República nos queda claro que no se puede condenar a las nuevas generaciones a crecer en clima de violencia, en un espacio social donde impera la ley de la selva y donde los valores de la paz, la tranquilidad, la legalidad y la justicia se vuelven conceptos caducos y olvidados. Existe coincidencia en que se quiere, de una vez, sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya *definitivamente a consolidar* nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, es imperante dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan. Es el momento de que el pueblo y el gobierno, emprendan batalla principal por la defensa de las familias, de sus bienes y patrimonio. Debe ponerse un alto definitivo a la violencia que amenaza con apoderarse de vidas y personas.

El Estado Mexicano necesita recuperar la capacidad de ejercer con eficacia la más elemental de sus funciones: brindar seguridad ciudadana, someter al transgresor al imperio de la ley y evitar que la violencia se encumbre como factor predominante de la vida social.

## LA REALIDAD DE LA PROCURACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El análisis estadístico de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante.

Según un estudio realizado, de las 232,821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10% y exclusivamente en un 3.8% de los casos se logró una sentencia condenatoria.

En el ámbito federal, en el año de 1996, la Procuraduría General de la República inició 74,030 indagatorias; de ellas, puso a disposición de los jueces únicamente a 8,940 probables responsables de delito, es decir, al 12% de los casos.

En el resto del país, las estadísticas de delitos denunciados, investigados y perseguidos siguen los mismos parámetros, ya que de 1,491,860 averiguaciones abiertas en 1996 por los agentes del ministerio público del fuero común, respecto de consignaciones con detenido, en promedio por entidades, sólo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales.

Datos más recientes proporcionados por el Secretario de Gobernación, Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de presentación de la Cruzada Nacional Contra el Crimen y la Delincuencia. En esa ocasión afirmó: "El año pasado (1997) se denunciaron ante agencias del Ministerio Público un millón 490 mil delitos y muchos más no fueron denunciados. Se

iniciaron un millón 330 mil averiguaciones previas, pero solo fueron consignadas 249 mil. Libraron 149 mil órdenes de aprehensión, pero sólo se ejecutaron 85 mil. El número de delincuentes detenidos, es una proporción muy baja; en consecuencia el número de delincuentes que está libre, es muy alto“

Lo anterior representa las cifras sobre la labor formal de la justicia; sin embargo, además de tomar en consideración a quienes se procesa y sentencia, se debe tener en cuenta el número de delitos y de delincuentes que se quedan sin esclarecer o identificar, estas cifras son mayores.

Los delitos que se denuncian arrojan datos verdaderamente preocupantes sobre el grado de criminalidad no castigada y por tanto, sobre los niveles de impunidad y particularmente, en la procuración de justicia en el país.

La conclusión es evidente: En México predomina la impunidad. De los delitos denunciados únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto, los delitos conocidos que son muchos y los delitos desconocidos que son más, se quedan sin investigar y por ende sin sanción.

Desde esta perspectiva, la impunidad debe atacarse frontalmente. El quehacer de las instituciones de seguridad pública debe enfocarse a que los delitos conocidos no se queden sin castigo, puesto que ello influye directamente en la población provocando una sensación de inseguridad; que es menester atender especialmente y con gran énfasis la insustituible tarea pública de la procuración de justicia.

Con las propuestas de la iniciativa en estudio, se busca atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa, con medios que hagan eficiente las tareas del ministerio público y de la policía investigadora.

Como se observa, la tarea por realizar es muy amplia. Las modificaciones constitucionales que hoy se propone aprobar representan un avance significativo, sin embargo apenas constituyen un paso para resolver la aguda problemática que afrontamos en materia de seguridad pública.

#### HACIA UNA REFORMA INTEGRAL EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

Muchas de las propuestas recibidas en los foros de consulta celebrados por acuerdo de las comisiones dictaminadoras, deberán necesariamente cristalizarse en la legislación secundaria. Dentro de los temas deberán retomarse en un futuro próximo, está el analizar a fondo la naturaleza y el papel de la institución del Ministerio Público, que vive en la indefinición de funciones, porque no es precisamente policía, ni investiga, ni es instructor de causas. También es necesario equilibrar en el futuro el papel del acusado y la víctima en un proceso penal, ya que esta última prácticamente no tiene una protección jurídica, mientras que el presunto violador de la ley cuenta con un sin fin de derechos y recursos procesales de los que puede echar mano, para impedir la acción de la justicia.

Por ello, para los senadores de la República se hace necesario revisar integralmente los procedimientos de justicia penal, más aún, se hace necesario iniciar un esfuerzo legislativo extraordinario para analizar puntualmente todas y cada una de las instituciones y procedimientos de nuestra justicia penal.

Debemos consolidar nuestro sistema de justicia penal, sustentándolo en una verdadera cultura de la legalidad, que se promueva desde el estado, se impulse la ciudadanía y sea respetada por todos, gobernantes y gobernados.

Se debe dar un lugar de privilegio a las tareas de prevención del delito, para que en lugar de reprimir conductas antisociales, el Estado dedique sus mejores esfuerzos a promover valores positivos. Siempre será más barato construir una escuela que ampliar diez prisiones.

Todo el diseño de nuestra política criminal debe comenzar con estudios serios de criminalidad y sobre todo de las razones de la misma, para proponer reformas integrales que atiendan a los factores geográficos, étnicos, culturales, económicos que motivan las conductas delictivas.

LA CONSULTA NACIONAL LLEVADA A CABO POR EL SENADO

Reformar artículos que se refieren a las garantías individuales de libertad demanda una reflexión profunda y la participación de un amplio espectro de opiniones.

Reforzar las facultades de la autoridad para combatir la delincuencia, también es esencial asegurar que el ejercicio indebido de tales facultades no vaya a crear condiciones que lesionen las garantías individuales. De otra manera dicho, conseguir el sabio equilibrio entre el interés público y los derechos subjetivos, en una cuestión vital como es la libertad de los mexicanos.

Por ello el Senado de la República convocó a los estudiosos del tema y a la sociedad en general a analizar y debatir la iniciativa de reformas enviada por el Presidente de la República.

Se llevaron a cabo cinco foros nacionales en las ciudades Tijuana, Baja California, Villahermosa, Tabasco, Monterrey, Nuevo León, Guadalajara, Jalisco y Mérida, Yucatán. Se contó con la participación de 70 ponentes, entre ellos, el Procurador General de la República, procuradores de justicia de los estados y del D. F.; funcionarios de procuradurías de justicia estatales; académicos; funcionarios de la Procuraduría General de la República; funcionarios de la Secretaría de Gobernación; miembros de organismos de protección de los derechos humanos; funcionarios del poder judicial; abogados postulantes y dirigentes de organismos de la sociedad civil.

Esas reuniones se convirtieron en puntos de expresión libre de las ideas, en los cuales los participantes pudieron manifestar abiertamente su sentir respecto a la iniciativa de reformas constitucionales que nos ocupan.

De esta manera, los Senadores tuvimos la oportunidad de escuchar opiniones muy calificadas de naturaleza diversa.

Tanto las críticas como las propuestas, han permitido a los legisladores que integramos las comisiones encargadas de formular el presente dictamen, ponderar de mejor manera las implicaciones y trascendencia de la iniciativa presentada, valorar y reflexionar en su exacta dimensión los propósitos en ella contenidos, en aras de lograr una procuración de justicia.

Fue sorprendente el número y la profundidad de las propuestas que se allegaron en estos foros. El análisis de cada una de ellas y su incorporación a la iniciativa, es un trabajo que enriqueció ciertamente el presente documento.

Por ello, el primer balance que podemos hacer de este proceso de consulta, es que la sociedad civil, los estudiosos de la materia y las autoridades responsables, tienen no sólo un vivo interés sobre las iniciativas presidenciales, sino también perspectivas propias sobre como enfrentar el crimen

En la lucha contra el crimen y por una legislación adecuada y eficaz es posible tener divergencias y, sin embargo, llegar a acuerdos. En efecto, es muy alentador que la pluralidad política del país se manifieste en participación seria, en discusión abierta, en un ánimo [ para] lograr la más adecuada legislación posible para la nación, como creemos que ha sucedido con las consultas que las Comisiones realizaron.

De manera independiente a la realización de estos foros y al estudio realizado por las comisiones, la iniciativa presidencial de reformas constitucionales, fue sometida al examen del Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, en donde los Magistrados analizaron las propuestas de iniciativa, aportando a su experiencia conclusiones que enriquecieron nuestras consideraciones y resoluciones.

Así las judicaturas de las entidades federativas aportaron opiniones cuyo contenido refuerza el planteamiento de adecuar el marco jurídico para mejorar el ejercicio de la acción punitiva que garantice la preservación del estado de derecho.

Es de destacar también la reunión que llevaron a cabo miembros de las comisiones dictaminadoras con el pleno de la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia.

A esta reunión asistieron la totalidad de los titulares de los organismos encargados de la procuración de justicia a nivel local y federal, lo cual demuestra el interés de estos funcionarios de que se aprueben mejores instrumentos jurídicos que faciliten la tarea de combate a la delincuencia que llevan a cabo.

En esta reunión, los senadores tuvimos oportunidad de escuchar de viva voz, algunas de las experiencias de los ciudadanos procuradores en la aplicación del actual marco jurídico que rigen el libramiento de órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión y los autos de libertad. También comentaron algunos puntos de vista sobre diversas propuestas de redacción

que estas comisiones unidas han intentado en su afán de alcanzar consensos en esta difícil y compleja materia.

## LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES FRENTE AL INTERÉS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL.

Las preocupaciones sobre las libertades de los ciudadanos y el respeto que merecen por parte del Estado, se introdujeron en el debate constitucional mexicano de manera temprana. Y desde los debates de la asamblea constituyente que dio lugar a la constitución de 1824, se dejó ver la preocupación por establecer límites precisos al nuevo poder estatal que estaba engendrando. Si bien finalmente aquel documento constitucional no llegó a incluir en su texto un catálogo de „derechos individuales“ o de „garantías“ de los gobernados frente al poder estatal.

Con mayor fuerza, el debate en torno a este tema reapareció a raíz de las discusiones que derivaron en el Acta de Reformas de 1847. Sin embargo, como es bien sabido, no fue sino hasta la expedición de la Constitución de 1957 cuando se introdujo, por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo de derechos individuales o, como después de les denominó en nuestra tradición constitucional, de „garantías individuales“

Como queda claro a partir del análisis de la parte orgánica de la Constitución de 1857, el constituyente de aquella época estaba bien consciente de la compleja relación y aún de la tensión permanente, entre el poder del estado y los derechos del hombre.

En aquella Constitución se hablaba de los „derechos del hombre“ y no de las „garantías individuales“. La diferenciación entre los conceptos de „derechos del hombre“ y „garantías individuales“ proviene del proceso constituyente de 1842. El proyecto de la mayoría utilizó el título de „garantías individuales“ en la sección dedicada a la protección de dichos derechos; y el proyecto de la minoría señaló en su artículo quinto que: „La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías“.

Por su parte la Constitución de 1857, empleando el título de „Garantías Individuales“, estableció también una diferencia entre „derechos del hombre“ y „garantías“, al disponer en su artículo 1º que. „El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución“.

Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución de 1917, declara que „En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece“

Se ha discutido si la Constitución vigente ha operado un cambio de tesis en cuanto a la relación entre derechos y garantías. La duda surge debido a que en los documentos constitucionales de 1842 y 1857 se hacía referencia expresa por un lado, a los „derechos del hombre“; y por el otro a las „garantías“; mientras que el aludido artículo 1º de la Constitución vigente omite mención expresa a los primeros, limitándose a referirse a las segundas.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que el Constituyente de 1917 no desconoció la existencia de los derechos del hombre. En los debates mismos es posible darse cuenta de que los diputados constituyentes tenían muy claro que el origen o la fuente de las garantías individuales, eran los derechos del hombre. Pero ello no quiere decir que unas y otros sean equivalentes.

Entre ellos existe una relación „lo garantizado“ y „la garantía“. Los derechos del hombre como conceptos generales y abstractos, son lo garantizado. Las „garantías individuales“ son, en sí, una salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquellos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas; y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo, y de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política.

En otras palabras, las „garantías individuales“ representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre, en un momento histórico determinado.

Así ha de entenderse el artículo 1° de la Constitución de 1917, aunque no se haga mención expresa de los derechos del hombre. El hecho de que solamente haga referencia a las „garantías“ no significa que los derechos del hombre se desconozcan. Al contrario por las razones expuestas, dicho artículo ha de entenderse en los mismos términos trazados por el constitucionalismo mexicano desde 1842, es decir, vinculando íntimamente la idea de garantías con el concepto de derechos del hombre, pero, aún así, haciendo la diferenciación entre ellos, en razón de que cumplen una función distinta: unos son „lo garantizado“, mientras que las otras son „la garantía“ proporcionada por el orden jurídico e históricamente determinada.

Por ello es que el texto mismo del artículo 1° de la Constitución vigente prevé la posibilidad de que las garantías sean más amplias o más restringidas, o incluso suspendidas. Debemos concluir, por lo tanto, que los derechos del hombre, como conceptos abstractos y genéricos, no pueden restringirse ni suspenderse, pero sí las garantías individuales.

Las condiciones para su restricción o incluso suspensión habrán de ser definidas por la propia Constitución, en virtud de las circunstancias específicas del lugar y del tiempo; con base en los problemas y necesidades que enfrenta la nación en un momento histórico determinado. Ese y no otro son el sentido del artículo 1° constitucional, que de esta manera resuelve la tensión entre el carácter absoluto, que por necesidad lógica tienen los derechos naturales del hombre y la necesidad práctica de resolver los problemas de los hombres que viven en cada vez más complejas comunidades políticas.

La reforma constitucional que hoy de propone aprobar a este pleno, se inserta perfectamente en la lógica del constitucionalismo mexicano trazada desde 1824 en materia de derechos del hombre y de garantía individuales. En el tiempo y el espacio del México de hoy; en el momento histórico actual, en el cual nuestra sociedad enfrenta enormes problemas relativos a la seguridad pública, nos vemos obligados a proponer una serie de modificaciones que si bien restringen el alcance de algunas garantías establecidas en favor de quienes están sujetos a un proceso penal, son imprescindibles para atacar de manera frontal a la delincuencia; así como para acabar con la impunidad que tanto daño causa al tejido social.

Por ello aunque es verdad se consideró a los derechos del hombre como de importancia suprema para la vida personal de todos los individuos que forman parte de la sociedad, también es cierto que estos derechos del hombre, tal y como los definió y los desarrolló el constituyente de 1857, pueden limitarse y restringirse.

Es importante hacer notar, para los efectos del presente dictamen, que detrás de cada una de las limitaciones a las garantías de los gobernados, siempre habremos de encontrar algún interés superior de la sociedad. El orden público, la moral, la paz social y la seguridad de los demás ciudadanos, la justa distribución de la riqueza, son los valores supremos que, para el constituyente, han justificado restricciones a las garantías constitucionales. Solo algún interés superior de la sociedad puede justificar la relativización de las garantías que, como individuos, quisiéramos todos fueran lo más amplias posibles, pero que como miembros de una sociedad que aspira a la seguridad, el orden y la paz social, debemos convenir en limitar, para asegurar una mejor convivencia.

Este es precisamente el dilema que se plantea a la sociedad mexicana en los tiempos que corren, en un momento de la historia nacional en que la delincuencia amenaza con ampliar su radio de acción hacia ámbitos antes insospechados. Un momento en el cual la delincuencia ha tomado como rehén a la sociedad mexicana, que no cuenta con todos los instrumentos indispensables para hacer frente a esta inusitada situación. Un momento en el que la sociedad reclama al Estado, acciones prontas, decididas y expeditas para poner un alto a la creciente inseguridad pública y a su principal promotora, la impunidad.

La reciente consulta nacional nos ha convencido de la importancia de dar pasos muy firmes para asestar golpes certeros y definitivos a esos flagelos que son la delincuencia y la impunidad. La consulta fue amplia y totalmente abierta. En ella participaron todos los sectores de la sociedad, como se explicó antes, preocupados por la creciente inseguridad que se ha apoderado de algunas regiones o ciudades del país. El clamor generalizado es, en suma, cerrar todos los resquicios que infortunadamente hoy permiten la burla a la justicia y la evasión del castigo.

El clamor generalizado no es sino una manifestación de la situación de emergencia que dicen algunas partes del país en materia de seguridad pública. En atención a dicho clamor y a dicha exigencia, las Comisiones que formulamos la presente propuesta de dictamen de reforma constitucional, consideramos necesario adecuar nuestra norma fundamental al interés social, que en estos momentos exige un combate efectivo y certero contra la criminalidad y la impunidad.

## EL CONTENIDO DE LA INICIATIVA

En la exposición de motivos, el titular del Ejecutivo Federal afirma su compromiso fundamental de contribuir a mejorar substancialmente el sistema de justicia en nuestro país.

Más adelante, destaca las primeras acciones emprendidas para fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, como los únicos medios para garantizar la vigencia del Estado de Derecho. Entre ellas recuerda la profunda reestructuración del poder judicial federal, que empieza a reflejar mejores resultados, aunque la procuración de justicia ha corrido por la misma ruta.

Ante esta situación, se afirma la necesidad de poner en sincronía ambas instituciones de impartición y procuración de justicia. Solo así, expone, se podrá acceder a mejores condiciones de vida, convivir en armonía y seguridad, y generar confianza en la actuación de las autoridades.

Nos recuerda la responsabilidad de las Procuradurías como las encargadas de la persecución de los delitos y la captura de los delincuentes; sin embargo, sus tareas se dificultan ante el desfase de los preceptos normativos, las difíciles circunstancias socioeconómicas en las que se encuentra el país, así como la presencia y recursos de la „delincuencia organizada“.

Insiste en cómo las instituciones encargadas de la procuración de justicia encuentran en la legislación actual serios obstáculos para hacer frente a la delincuencia, que no se actúa con la oportunidad y la severidad requerida, al grado que se vive un sentimiento social de que las autoridades no actúan para combatir esa realidad y como todo ello genera una franca desconfianza pública.

Por todo eso, recalca la exposición de motivos, hay la urgente necesidad de inducir las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

#### ARTÍCULO 16

Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917 no había sufrido reforma alguno, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.

El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordar aquí las cifras asentadas, porque en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en

cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicitado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad.

De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del inculcado. Finalmente insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos del gobernado tutelado en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

## ARTÍCULO 19

La iniciativa puntualiza que también en 1993 se reformó el precepto que nos ocupa a fin de hacer parte de la garantía de seguridad jurídica en favor del inculcado, precisando la materia de la garantía de debido proceso penal a través del auto de procesamiento o de término constitucional.

Con dicha reforma se substituyó el concepto de „cuerpo del delito“ por el de „elementos del tipo penal“, lo que provocó que para dictar un auto de formal prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal –objetivos-subjetivos y normativos- así como la probable responsabilidad del indiciado.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, precisó, lo que conforma los „elementos del tipo penal“, cuyo tenor cita ilustrativamente el Ejecutivo.

Es en estas circunstancias que la presente iniciativa propone que para el libramiento del auto de formal prisión, se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

(Se pasa al análisis de la propuesta de reforma de los artículos 20, 22 y 123, los cuales por no importar en el análisis del dolo se omite su transcripción)

#### CONSIDERACIONES PARTICULARES Y CAMBIOS A LA INICIATIVA

Son muchos y muy trascendentes los temas que se abordan en la iniciativa que ahora se dictamina; todos y cada uno han merecido su estudio y análisis especial por parte de las comisiones dictaminadoras. En este apartado se quiere dejar constancia de las diversas

consideraciones que sobre estos temas hicieron las comisiones y que llevaron a las mismas a proponer los cambios a los textos de la iniciativa, a la consideración del pleno de esta Cámara.

## ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN

La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía ser una colaboración de ministerio público y jueces en favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación.

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

Se suprimió el concepto „cuerpo del delito“ y se introdujo el concepto de elementos del tipo penal“, y se equipararon los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión =

expedición del auto de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir. Los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, Acreditar los elementos subjetivos –tales como „tener conocimiento“ de cierta circunstancia, „ el propósito de delinquir“, u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate –así como los elementos normativos- tales como comprobar que se trata de „cosa ajena“, „el mandato legítimo de la autoridad“, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate- es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión a un auto de formal prisión.

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no solo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia o urgencia, en que el

Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autoridad judicial en un plazo tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal.

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.

Estas comisiones consideran que en los requisitos que deben exigirse para una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debe buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, por un lado y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos, por el otro.

Así, rescatar el concepto de „cuerpo del delito“ anterior a la reforma de 1993 permitirá, por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con la posibilidad de defenderse de cualquier abuso de las autoridades.

Conforme a las opiniones expresadas en los foros de consulta convocados por el Senado de la República, y por diversos especialistas, se debe avanzar en el perfeccionamiento del sistema de enjuiciamiento penal. En este marco, restablecer el concepto de „cuerpo del delito“ e incorporarlo a las reformas de 1993, permitirá el equilibrio adecuado de los intereses de

sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades. Los derechos de los indiciados y de las víctimas.

El „cuerpo del delito“ no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras, antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por „cuerpo del delito“ se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materia de la figura delictiva descrita concretamente en la ley.

Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos impuestos al Ministerio Público para la obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad penal.

Además de estas consideraciones, estas Comisiones Unidas han juzgado pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto de iniciativa:

Primero, que se considera suficiente acreditar la mera „probabilidad“ de los elementos del tipo penal para justificar un acto de molestia contra la libertad de las personas. Esto daría lugar a exámenes de detención y llenaría las prisiones sólo por sospechas o suposiciones de los agentes de ministerio público.

Como se ha razonado, resulta más apropiado adoptar el concepto de „cuerpo del delito“ en el lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal; así, se propone en el texto constitucional la adopción de esta referencia.

Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así se establece en la legislación secundaria, que existen datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

Como se trata de las fases iniciales del proceso penal, se ha considerado conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tiene que ser pleno, por lo que bastará con que se libere una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad.

## ARTÍCULO 16

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad Y EXISTAN DATOS QUE ACREDITEN EL CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA responsabilidad del indiciado.

...

#### ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN:

En congruencia con la modificación propuesta para el artículo 16 constitucional, se establecen requisitos específicos que el juez deberá tomar en cuenta para dictar el auto de formal prisión.

En atención a que este acto será el inicio de la prisión preventiva y se privará de la libertad al indiciado, estas comisiones unidad proponen detallar claramente cuales son estos elementos, tal y como se establecía en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993, que provenía del constituyente de 1917.

Los que se proponen como elementos de juicio son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Además, estas Comisiones Unidas proponen se hagan las siguientes precisiones a lo propuesto por la iniciativa:

a) Con objeto de dar congruencia a la modificación propuesta al texto del artículo constitucional, deberá suprimirse la palabra „plena“, respecto de la acreditación de requisitos para dictar el auto de forma prisión.

La acreditación de la „plena“ existencia de los elementos objetivos del tipo penal para emisión de un auto de formal prisión, es incongruente con la reforma propuesta al artículo constitucional. De ser así, se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas.

Es importante remarcar que el cambio introducido por la modificación que aquí se propone en el sentido de que además de la probable responsabilidad sólo se debe acreditar el cuerpo del delito, junto con la eliminación del calificativo „plena“, evitará en lo futuro las constantes fricciones entre el ministerio público y los órganos jurisdiccionales, causadas por la gran diferencia entre lo que se tiene que probar para obsequiar una orden de aprehensión y lo que requiere para dictar la resolución del término constitucional que es como se sabe, brevísimo y perentorio.

b) Por precisión jurídica se clarifica que el lapso de setenta y dos horas es un „plazo“ y no un „termino“ en virtud de que el vocablo „termino“ es el momento específico en el que nace o extingue una obligación y el plazo se hace referencia al periodo de tiempo en que una obligación jurídica debe cumplirse, al „término“ del cual se da una consecuencia jurídica, como el nacimiento o extinción de un derecho o una obligación.

Por seguridad jurídica se establece claramente quien es el sujeto a cargo de esta obligación, por ello se precisa que es la autoridad „responsable del establecimiento“ y no simplemente cualquier autoridad, la que está obligada a liberar al indiciado si al término de las setenta y dos horas no se recibe el documento necesario para prolongar la privación de la libertad.

La prórroga de setenta y dos horas adicionales para que se dicte el auto de formal prisión es un derecho constitucional del indiciado para proceder a aportar pruebas en su descargo y la Constitución General de la República no limita el ejercicio de este derecho a „la aceptación“ por parte de autoridad alguna de esta solicitud de prórroga, por lo que debe suprimirse esta referencia.

Por lo tanto, la redacción que se propone para la reforma del artículo 19 constitucional es la siguiente:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del PLAZO de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión EN EL QUE SE EXPRESARÁN: EL DELITO QUE SE LE IMPUTE AL ACUSADO; EL LUGAR, EL TIEMPO Y CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN, ASÍ COMO LOS DATOS QUE ARROJE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, LOS QUE DEBERÁN SER BASTANTES PARA COMPROBAR EL CUERPO DEL DELITO Y HACER PROBABLE LA RESPONSABILIDAD DEL INIDICIADO.

Este PLAZO podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. autoridad RESPONSABLE DEL ESTABLECIMIENTO EN EL QUE se encuentre indiciado, que dentro del PLAZO antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el PLAZO y, si no recibe la constancia mencionada dentro de tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad

....

(La iniciativa continúa con los arts. 20, 22 y 123 apartado B fracción XIII los cuales como señalado no se transcriben por ser irrelevantes para el estudio aquí realizado)

La iniciativa fue aprobada en el pleno del Senado de la República el 1° de octubre de 1998 y los mismos términos se aprobó sin modificaciones por la Cámara de Diputados el 10 noviembre de 1998.

AMUNATEGUI STEWART, Felipe. <Maliciosamente> y <a sabiendas> en el Código penal Chileno. Chile. Editorial jurídica de Chile. 1961. 69 págs.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal (parte general). 8ª. ed. Bogotá, Colombia. Ed. Themis. 1988. Págs. 239-255.

BAIGUN, David. Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Buenos Aires, Argentina. Ediciones de Palma. 1967. 55 págs.

BARBERO SANTOS, Marino. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto” en ADPCP T. XXVI. Fasc. III. Septiembre-diciembre. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1973. Págs. 487-500.

BAUMANN, Jürgen/Ulrich Weber und Wolfgang Mitsch. Strafrecht (Allgemeiner Teil). 10. Neubearbeitete Auflage. Bielefeld, Deutschland. Verlag Ernst und Werner Gieseking. 1995. Seiten 187-217.

BAUMANN, Rudolf. Untersuchungen zur Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Rechtswissenschaften der Fakultät der Universität Hamburg). Hamburg, Deutschland. 1969. 158 Seiten.

BELING, Ernst von. Unschuld, Schuld und Schuldstufen, im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Leipzig, Deutschland. Verlag von Wilhelm Engelmann. 1910. 91 S.

----- Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen, Deutschland. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1930. 91 S.

----- Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo). trad. Sebastián Soler. Buenos Aires, Argentina. 1944. p.72 y ss.

BENFER, Jost. Allgemeines Strafrecht. München. Carl Heymanns Verlag KG. 1984. S. 13-20 und 73-89. [91]

BINDING, Karl. Handbuch des Strafrechts. I (einziger) Band. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Scientia Verlag Aalen. 1991. S. 1-37.

BLEI, Hermann. Strafrecht (Allgemeiner Teil). 11 neubearbeitete Auflage. München, Deutschland. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1992. Seiten 27-62.

----- Strafrecht I (Allgemeiner Teil, ein Studienbuch). 18. Neubearbeitete Auflage, des von Edmund Mezger begründet Werkes. München. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1987. Seiten. 111-128.

BOCKELMANN, Paul (Begründet) und Klaus Volk (Neubearbeitet). Strafrecht (Allgemeiner Teil). 4. Auflage. München, Deutschland. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1987. Seite 60-85.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Política criminal y dolo eventual" en Revista Jurídica de Cataluña No 2, año LXXXII. Barcelona. 1984. Págs. 29-48

CAMACHO BRINDIS, María Cruz. "Atipicidad por ausencia de querer típico en el dolo" en *Alegatos*. No 30, mayo-agosto. México D.F. Ed. Universidad Autónoma Metropolitana. 1995. Págs 301-308.

----- "Análisis lógico del adulterio doloso consumado cometido en el domicilio conyugal" en *Alegatos*. No 22 septiembre-diciembre. México D.F. Ed. Universidad Autónoma Metropolitana. 1992. Págs. 157-169.

CANCIO MELÍA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal (estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas)*. Barcelona, España. José María Bosh Editor. 1998. 423 págs.

----- „La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima („imputación a la víctima“) en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ad-hoc. 1998. págs 75-140. El mismo trabajo en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. N° 19. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1998. 79 págs.

CÁRDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano (parte especial, delitos contra la vida y la integridad corporal). T. I. México D.F. Edit. Jus. 1962. págs. 28-46.

CARRANCA Y TRIJULLO, Raúl. Derecho penal mexicano (parte general). México D.F. Ed. Limón. 1937. esp. pp. 179 y ss.

----- "Interpretación dogmática de la definición de delito en la Legislación Penal Mexicana". En *Cuadernos Criminalia*. No. 25. México D.F. Ediciones Botas. 1961. 39 págs.

----- "La administración de justicia" en *Cuadernos Criminalia*. No. 23. México D. F. Ediciones Botas. 1961. 106 págs.

----- „Métodos y procedimientos técnicos empleados en la elaboración de la Sentencia Penal" en *Cuadernos Criminalia*. N° 24. México D.F. 1961. 35 págs. [116]

----- y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. 16ª ed. México D.F. Ed. Porrúa. 1991. Págs. 34-53.

CARRARA, Francesco. Derecho Penal, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México D.F. Ed. Harla. [\*]. Págs. 107-115.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Líneamientos Elementales de Derecho Penal (p general)*. 3ª y 15ª. Ed. México. Ed. Porrúa. 1965 y 1981 respectivamente. Págs. 296- 311 de la 3ª ed. Y 239-243 de la 15ª. ed.

CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid, España. Tecnos. 1982. Págs. 15-203.

----- "Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español" en ADPCP. T. X Fasc. I. Enero-abril. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1961. Págs. 55-68.

----- „El finalismo“ en *Criminalia*. N° 2, año LXIII mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1997. Págs. 77-93.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "En el límite entre el dolo e imprudencia" en ADPCP. XXXVIII, Fasc. III. Septiembre-diciembre. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1985. Págs. 961-975.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*. Barcelona, España. Ediciones Ariel. 1963. 99 págs.

CORONA A. Herbert. "Responsabilidad dolosa de ingenieros, arquitectos y profesiones afines" en *Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología*. No 9. Caracas Venezuela. 1984. Págs. 87-118.

CORREA OSSA, Carmén. *El dolo eventual*. Memoria no 42. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1969. 58 págs.

COUSIÑO M. Luis. "El dolo eventual en la dogmática chilena" en *Revista de Ciencias Penales*. 3ª época. No 2. T. XXVII. Chile. Ediciones Encina LTDA. 1968. Págs. 115-137.

CREUS, Carlos. Derecho penal (parte general). 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 1982. Págs. 248-251.

CHIOSSONE, Tulio. "Capítulos de la teoría del hecho punible" en Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. No 8. Venezuela. Universidad Central de Venezuela. 1978-1983. Pág. 43-51.

DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito. 2a. ed. México. D.F. Cardenas Editor y Distribuidor. 1998. 444 págs.

----- "Evolución doctrinal del finalismo" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. LXVI, n° 209-210. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. Págs. 47-68.

DÍAZ ARANDA, Enrique. Dogmática del suicidio y homicidio consentido. Madrid, España. Ed. Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia y Universidad Complutense de Madrid. 1995. 327 págs. En México ha sido publicado bajo el título: *Del suicidio a la entansia*. 2a. ed. Cárdenas editores. 1998.

----- „Teorías del dolo eventual“ en *Criminalia*. N° 2, año LXIII mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1997. Págs. 47-64.

----- "El consentimiento en el Derecho Penal Mexicano" En proceso de publicación en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, España. Ministerio de Justicia.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales (comentado). 3a. ed. México D.F. Ed. Porrúa. 1991. Págs. 155-160

DÍAZ PALOS, Fernando. Dolo penal. Barcelona, España. Ed. Bosch. S.a.p. 114 págs.

DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Valencia, España. Ed. Tirant lo blanch. 1994. 359 págs.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona. Ed. PPCV. 1991. Págs. 167-245.

EBERT, Udo. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Neubearbeitete Auflage. Heidelberg, Deutschland. Schaeffers Grundriss C.F. Müller Juristische Verlag. 1993. Seiten 25-58.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der 1. Auflage. Asugabe Berlin 1930. Scienti Verlag Allen. 1964. 483 Seiten.

ESER, Albin und Björn Burkhardt. *Strafrecht I (Schwerpunkt Allgemeines Strafrecht)*. 4. Wesentlich überarbeitete Auflage. München, Deutschland. Verlag C.H. Beck. 1992. Seiten 71-81, 132-152 und 167-175.

De FARIA COSTA, José. "As definicoes legais de dolo e de negligencia enquanto problemas de aplicacao e interpretacao das normas definitórias em Direito penal". en *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXIX. Coimbra, Portugal. Ed. Universidad de Coimbra. 1993. Páginas 361-386.

FARRE TREPAT, Elena. "Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución" en *ADPCP*. T. XXXIX. Fasc. I. Enero-abril. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1988. Págs. 257-274. [35]

FELLINI GANDULFO, Zulita. "Relaciones entre los conceptos de dolo, tipo y error" en *Revista Mexicana de Derecho Penal*. Quinta época. No 5 enero-junio. México. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. 1979. Págs. 39-49.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Enfoques actuales de la teoría del delito ( el delito desde la perspectiva del error" y de los fines de la pena)" en *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XI, no 39, septiembre-diciembre. Colombia. Universidad del Externado de Colombia. 1989. Págs. 53-73.

FERRANTE, Marcelo. „Una introducción a la teoría de la imputación objetiva“ en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ad-hoc. 1998. págs 15-36.

FERREIRA, Francisco José. “El Derecho penal de la culpabilidad <el dolo>” en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. No 2, primer semestre. Cali, Colombia. 1980.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo Delito e injusto (formación del concepto de antijuridicidad). México D.F. Sin editorial. 1950. 203 págs.

----- “Las tendencias actuales del Derecho Penal” en *Lex*. N° 47-48. Mayo-junio. 1992. Págs. 31-35.

----- „Los elementos subjetivos del injusto en la teoría finalista de la acción“ en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. IV. abril-junio. N° 14. México D.F. UNAM. 1954. Págs. 115-124.

----- La subjetividad en la ilicitud. México. Editorial José M Cajica Jr. 1959. 186 págs.

FRISCH, Wolfgang. “Offene Fragen des dolus eventualis” en *NStZ*. Heft 1. 1991. Seiten 23-27.

----- Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhalten und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen). Berlin, Deutschland. Carl Heymanns Verlag K.G. 1983. 545 Seiten.

GARCÍA CORDERO, Fernando. “La reforma Constitucional 97-98. Una reforma de la reforma.... otra vez” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 3, septiembre-diciembre. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs.97-108.

----- “La iniciativa de reforma Constitucional 1997-1998 ” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 1, enero-abril. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 58-83.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La reforma procesal penal en la Constitución ¿Derecho democrático o Derecho autoritario” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 3, septiembre-diciembre. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 85-96.

- “Breves consideraciones sobre temas de la justicia penal en el siglo XX” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 2, mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs.17-37.
- “Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 1, enero-abril. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 3-41.
- *Derecho Penal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1983. Págs. 28 ss.
- “Justicia y Ministerio Público” en *Lex*. 3a época. Año I, n° 5 noviembre. México. D.F. 1995. Págs. 9-12.
- “Algunos problemas actuales de la administración de justicia” en *Iurisdictio*. Año III, n° 8, diciembre. Querétaro, México. Ravista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro. 1994. Págs. 15-22.
- *El nuevo Procedimiento Penal Mexicano (la reforma de 1993-1994)*. 2a. ed. México D.F. Ed. Porrúa. 1995. Págs. 154-161.
- *Curso de Derecho Procesal Penal*. México D.F. Ed. Porrúa. 1974. Págs. 344-352.
- Comentarios sobre las reformas de 1993 al Procedimiento Penal Federal. México D.F. Coed. Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala y Procurador de Derechos Humanos de Guatemala. 1994. Esp. pags. 14-21.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Madrid España. Ed.Reus. 1966. 235 págs.
- „Justificación y exculpación en Derecho Penal Español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)” en *Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán sobre Derecho Penal)*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Judiciales. 1995. Págs. 63-71.
- “el sistema del Derecho penal en la actualidad” en *Estudios de Derecho Penal. 3ª* Madrid, España. Ed. Tecnos. 1990. Págs. 162-181.
- “Acerca del dolo eventual” en *Estudios de Derecho Penal. 3ª* ed. Madrid, España. Ed. Tecnos. 1990. Págs. 240-265.
- “el estado de necesidad, un problema de antijuridicidad” en *Estudios de Derecho Penal. 3ª* ed. Madrid, España. Ed. Tecnos. 1990. Págs. 218-230.

----- „¿Qué es la imputación objetiva? en *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid, España. Ed. Tecnos. 1990. Págs. 209-217.

----- “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida” en *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XII. No 41-42, mayo-diciembre. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1990. Págs. 13-31.

----- “Causalidad, omisión e imprudencia” en proceso de publicación. 64. Págs.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito (derecho penal parte general)*. Madrid, España. Civitas. 1992. Esp pp. 205 y ss.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal Comentado*. 10ª ed. México D.F. Ed. Porrúa. 1992. Págs. 59-66.

GÓNZALEZ DE LA VEGA, René. “La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI ” en *Criminalia*. Año LXIV, nº 2, mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 38-53.

GRAF zu DOHNA, Alexander. *Recht und irrtum (zwei Kernprobleme der Verbrechenlehre)*. Mannheim, Deutschland. J. Bensheimer. 1925. 32. págs.

----- *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. Halle a. S. Deutschland. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1905. 152 págs.

HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil (Eine Einführung für Anfangssemester)*. 7. Auflage. München. Verlag C.H. Beck. 1996. S. 59-69, 146-169.

HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo” en ADPCP. T. XLV, fasc. III, septiembre-diciembre. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia. 1990. Págs. 909-931.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Imputación objetiva y subjetiva en los delitos cualificados por el resultado” en *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XII. No 41-42, mayo-diciembre. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1990. Págs. 43-72.

HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil)*. 2. Überarbeitete und ergänzte Auflage. Berlin. Walter de Gruyter. 1988. S. 1-67

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "Comentarios a la iniciativa de Decreto que reforma los arts. 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" en *Criminalia*. Año LXIV, n° 1, enero-abril. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 42-51.

----- „El dolo en el Derecho Penal“ en *Jus Semper (revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado)*. Oaxaca, México. Ed. Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. 1990. Págs. 33-45.

JAKOBS, Günter. "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en el Derecho penal" en *ADPCP*. T. XLIII, fasc. II, mayo-agosto. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1985. Págs. 633-652.

----- *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1992. 46 págs.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal (parte general)*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, España. Ed. Comares. 1993. Págs. 246-288.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Panorama del delito (nullum crimen sine conducta)*. México. Imprenta Universitaria. 1950. págs. 11-22.

----- "La intención delictuosa" en *Revista Mexicana de Derecho Penal*. 4ª época, n° 5- mayo-agosto. México. Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. 1972. Págs. 47-65.

KAUFMANN, Armin. "El dolo eventual en la estructura del delito", trad. Suárez Montes. en *ADPCP*. Enero-abril. Madrid, España. Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1968. Págs. 185-206. [9]. También *Ibidem*. Trad. Moisés Moreno Hernández. Año I, n° 1, octubre-diciembre. Medellín, Colombia. 1978

----- “¿<Atribución objetiva> en el delito doloso? en ADPCP. T. XXXVIII, fasc. III, septiembre-diciembre. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1985. Págs. 807-826.

KIENAPFEL, Diethelm. *Strafrecht Allgemeiner Teil* (mit Einführungen in programierter Form). 4. Verbesserte und überarbeitete Auflage. Berlin, Deutschland. Walter de Gruyter. 1984. Seiten 134-146, 185-199 und 232-248.

KÖHLER, Michael, reseñación al libro de Wolfgang Frisch *Vorsatz und Risiko* en *Juristen Zeitung*. 40º Jahrgang. Tübingen, Deutschland. Verlag J.C.V Mohr (Paul Siebeck), 19 Juli 1985. Pág. 14

KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München. Verlag Franz Vahlen. 1994. S. 15-35, 64-110.

LANGE, Richard. *Der moderne Täterbegriff und deutsche Strafgesetzentwurf*. Berlin und Leipzig. Walter de Gruyter. 1935. 79 págs.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 21. Und 22. Völlig durchgearbeitete Auflage (37.-40. Tausend). Berlin und Leipzig, Deutschland. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger. 1919. S. 115-180.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*. México D.F. Ed. Porrúa. 1994. Págs. 107-138 y 199-222.

----- „Nueva orientación del Derecho Penal“ en *Locus Regis Actum*. Nº 12 nueva época. Diciembre. Villahermosa, Tabasco. Tribunal Superior de Justicia. 1997. Págs. 173-182.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. „Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal Español“ en *Problemas jurídico penales del sida*. Barcelona, España. J.M. Bosch editor. 1993. Págs. 11-23.

----- "Error de tipo y error de prohibición" en Enciclopedia Jurídica Básica. T. II. Madrid, España. Ed. Civitas. 1995. Págs. 2838-2845.

MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?" en *Criminalia*. Año LXIV, n° 2, mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 3-14.

MAPELLI CAFARENA, Borja. "El dolo eventual en el asesinato" en ADPCP. T. XLI, fasc. II, mayo-agosto. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1988. Págs. 431-464.

MARINUCCI, Giorgio. El delito como <<acción>> (crítica de un dogma). Trad. José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid, España. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. 1998. 181 págs.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. "La estética de la teoría finalista de la acción penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. LXII. N° 183-184. Mayo-agosto. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 1992. Págs. 91-113.

----- "La reforma del artículo noveno del Código Penal del Distrito Federal" en *Arts iuris*. N° 1. México D.F. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana. 1987. Págs. 75-93.

MARTÍNEZ RINCONES, J. F. "Dolo eventual y accidente de tránsito" en *Revista de Derecho*. N° 21, año XXI, 3ª época. Tegucigalpa, Honduras. Universidad Autónoma de Honduras. 1989-1990. Págs. 35-44.

MAURACH, Reinhart und Heinz Zipf. *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Teilband I, Grundriss des Strafrechts und aufbau der Straftat). 8. neuarbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg, Deutschland. C. F. Müller Juristische Verlag. 1992. Seiten 264-331.

----- *Derecho Penal, parte general* (Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible). Traducción de la 7ª. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimez Gibson. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1994. Págs. 374-412.

MAYER, Hellmuth. Strafrecht (Allgemeiner Teil). Stuttgart, Deutschland. W. Kohlhammer Verlag. 1967. Seiten 61-81 und 116-131.

MEZGER, Edmund. Strafrecht I (Allgemeiner Teil, ein Studienbuch). 9. Neubearbeitete Auflage. München, Deutschland. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1960. Seiten 41-65 und 162-195.

----- Tratado de Derecho Penal. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. 2a. ed. T. I y II. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. Págs. T. I 161-307 y T. II 1-150.

----- Derecho Penal (parte general), libro segundo. México D.F. Cárdenas editores. [\*]. Págs. 223-261.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal (parte general) 4ª ed. Barcelona, España. PPU. 1996. Págs. 213-263 y de la 3a. ed. De 1990. Págs 117-209.

----- "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto" en ADPCP T. XLI, fasc. III. Septiembre-diciembre. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1988. Págs. 661-683.

----- "La perspectiva ex ante en Derecho Penal" en ADPCP T. XXXVI, fasc. I. Enero-abril. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1983. Págs. 5-12.

----- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2a. ed. Barcelona. Ed. Bosch. 1982. 108 págs.

----- Manfred Burgstaller; Rolf-Dietrich Herzberg; Diego-Manuel Luzón Peña; Bernd Schünemann y Jesús Silva Sánchez. *Problemas jurídico penales del sida*. Barcelona, España. J.M. Bosch editor. 1993. 191 págs.

MONTES, Dario Humberto. "Dolo, culpa, caso fortuito y figuras intermedias" en Ciencias Jurídicas y Sociales. El Salvador. S. Ed. 1948. Págs. 51-54.

MONTT DÍAZ, Bernardo. Contenido de voluntad necesario al dolo. Memoria n° 43. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1968. 60 págs.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Principios rectores en el Derecho Penal mexicano" en *Criminalia*. Año LXIV, n° 3, septiembre-diciembre. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs.141-184.

----- "Análisis de la iniciativa de reformas Constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19. en *Criminalia*. Año LXIV, n° 1, enero-abril. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 84-113.

----- "Orientaciones del Nuevo Anteproyecto de Código Penal" en *Revista mexicana de justicia*. N° 1. Vol. IX, enero-marzo. 1991. Págs. 145-158.

----- "La política penal legislativa en México" en *Revista Jurídica Jalisciense*. Año 2, n° 3, mayo-agosto. Jalisco, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1992. Págs. 197-224.

----- *Delitos electorales (algunos lineamientos para el Ministerio Público)*. México. Procuraduría General de la República. Fiscalía Especial Para la Atención de Delitos Electorales. 1994. págs. 13 y sigs.

----- "El sistema de justicia penal en México" en *Aequitas*. Sinaloa, México. Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Supremo Tribunal de Justicia. Págs. 3-26.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2a ed. Valencia. España. Tirant lo blanch. 1991. p. 60.

----- y Ma M. Díaz Pita. "Dolo" en *Enciclopedia Jurídica Básica*. T. II. Madrid, España. Ed. Civitas. 1995. Págs. 2581-2584.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht (eine Einführung)*. 7. Neubearbeitete Auflage. Berlin Deutschland. Luchterhand. 1995. Seiten 277-297.

NIEVES, Héctor. *El comportamiento doloso del ofendido en la teoría general del hecho punible*. Colección Miguel José Sanz 5. Valencia, Venezuela. Ed. Universidad de Carabob. publicaciones de la Facultad de Derecho. 1967. 77 págs.

OSORIO y Nieto, Cesar Augusto. *Síntesis de Derecho Penal (parte general)*. 2ª ed. México D.F. Ed. Trillas. 1986. Págs. 65-68.

OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre). 5. Neubearbeitete Auflage. Berlin, Deutschland. Walter de Gruyter. 1996. Seiten 70-96.

PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes. „Algunas reflexiones sobre la readaptación social“ en *Criminalia*. N° 2, año LXIII mayo-agosto. México D.F. Ed. Porrúa. 1997. Págs. 97-109.

De PINA, Rafael. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. 6a. ed. México D.F. Ed. Porrúa. 1964. Págs. 12-18.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. “Seguridad pública y cero tolerancia como modelo de actuación policial”. en *Criminalia*. Año LXIV, n° 3, septiembre-diciembre. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs.109-138.

----- “La iniciativa de reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la propuesta de reformas al Código Penal” en *Criminalia*. Año LXIV, n° 1, enero-abril. México D.F. Ed. Porrúa. 1998. Págs. 114-132.

----- “La reforma al Código Federal de Procedimientos Penales” en Anuario Jurídico. Nueva serie. México D.F. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1994. Págs. 53-73.

----- “La reforma al Código Penal Para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal” en Anuario Jurídico. Nueva serie. México D.F. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1994. Págs. 75-97.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. I. Undécima edición. México. Ed. Porrúa. 1987. págs. 317-330.

REYES TAYABAS, Jorge. *Análisis de los Delitos Electorales y Criterios Aplicativos*. México. Procuraduría General de la República. 1994. Págs. 19-20.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid. Ed. Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. 1994. 379 págs.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. La doctrina de la acción finalista. 2ª ed. Valencia España. Universidad de Valencia, secretariado de publicaciones. 1978. 160 págs.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I (Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre)*. 3. Auflage. München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1997. S. 287-453.

----- *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts (100 Entscheidungen für Studium und Referendariat mit Fragen und Antworten)*. Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1998. 224 págs.

----- *Derecho penal parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción de l 2ª ed. Alemana. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier d Vicente Remesal. Madrid. Ed. Civitas. 1997.

----- "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo" en *Dogmática Penal y Política Criminal*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima, Perú. Ed. Idemsa. 1998. 437-463.

----- "Finalidad e imputación objetiva" en *CPC. N° 40*. Madrid, España. Ed. Edersa. 1990. 131-146.

----- "Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal" en *Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima, Perú. Ed. Idemsa. 1998. págs. 25- 44.

----- "Observaciones a la <<prohibición de regreso>>". en *Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima, Perú. Ed. Idemsa. 1998. págs. 47-82.

----- *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid España. Ed. Reus. 1981. 200 págs.

SAMSON, Erich. *Strafrecht I (Wiederholungs und Vertiefungskurs in den Kerngebieten des Strafrechts)*. Herausgegeben con Wolfgang Harms. 7. Erweiterte Auflage. Frankfurt am Main Deutschland. Alfred Metzner Verlag Frankfurt am Main. 1988. Seiten 13-55.

SANCINETTI, Marcelo A. „Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva“ *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ad-hoc. 1998. págs. 37-74.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Convenio judicial y giro doloso de cheques" en Revista de Derecho. N° 183, año LVI, enero-junio. Concepción, Chile. Universidad de Concepción. 1988. Págs. 73-76.

SANDRO, Jorge Alberto. "Garantías Constitucionales, dolo y tentativa inidónea" en Doctrina Penal (teoría y práctica en las Ciencias Penales). Año 7, n° 27, julio-septiembre. Argentina. 1984. Págs. 481-494.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. "Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht" en Recht und Staat (in Geschichte und Gegenwart eine sammlung von vorträgen und schriften aus dem gebiet der Gesamten Staatswissenschaften. Heft 356/357. Tübingen, Deutschland. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1968. Seiten 3-39. [26]  
----- und Heiner Alwart. Strafrecht (Allgemeiner Teil). 2. Auflage. Tübingen, Deutschland. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1984. Seiten 185-238.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Observaciones sobre el conocimiento <eventual de la antijuridicidad> en ADPCP. T. XL, fasc. III, septiembre-diciembre. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1987. Págs. 647-663.

-----, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francisco Baldó Lavilla. Sistema de casos prácticos de Derecho Penal (con soluciones). Barcelona, España. José María Bosch editor. 1993. Págs. 67-110.

SOTO NIETO, Francisco. "La exclusión del dolo. Daños dolosos como supuesto de exclusión de cobertura de carácter absoluto" en Documentación Jurídica. N° 81. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia e Interior. 1995. Págs. 261-280.

STRATENWERTH, Günter. Strafrecht (Allgemeiner Teil I). 3. Auflage. Köln, Deutschland. Carl Heymanns Verlag KG. 1981. Seiten 80-115 und 266-285.

----- Derecho Penal (parte general, I el hecho punible). Traducción de la 2ª edición alemana de 1976 por Gladys Romero. Madrid, España. Edersa. Págs. 88-123.

SPROVIERO, Juan Horacio. Dolo la voluntad como presupuesto de la sanción. Buenos Aires Argentina. Chers- Carozzo editores. 1986. 180 págs.

STRUENSEE, Eberhard. "El tipo subjetivo del delito imprudente" en ADPCP. T. XL, fasc. II, mayo-agosto. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1987. Págs. 423-450.

TORIO LÓPEZ, Angel. "El consentimiento de la antijuridicidad en el delito culposo" en ADPCP. T. XXXIII, fasc. I, enero-abril. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. Págs. 79-92.

----- "Sobre los límites de la ejecución por imprudencia" en ADPCP. T. XXV, fasc. I, enero-abril. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1972. Págs. 53-88.

TOZZINI, Carlos A. Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la psicología de la forma). Buenos Aires. Argentina. Ediciones Depalma. 1964. 86 págs.

VARGAS, Bartolomé. "Homicidio frustrado o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas" en Poder Judicial. 2ª época, n° 14, junio. Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial. 1989. Págs. 57-87.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal (parte general). México D.F. Ed. Porrúa. 1983. Págs. 292-307.

WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht (eine systematische Darstellung). 1ª Neubearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin. Walter de GruyterCo. 1969. Seiten 59-138.

----- Derecho Penal (parte general) Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina. Roque Depalma. 1956. Pág. 1-86

----- Derecho Penal Alemán (parte general / 11ª ed). 4ª ed. Castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1993. Págs. 72-95.

----- "Um die finale Handlungslehre (eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern)" in ius et Recht und Statt, in Geschichte und Gegenwart, eine Sammlung von vorträgen und Schrift-

aus dem Gebiet der Gesamten Staatswissenschaften. Nummer 146. Tübingen. Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1949. 31 Seiten.

----- Vom irrenden Gewissen, eine rechtphilosophische Studie" im Recht und Staat, in Geschichte und Gegenwart, eine Sammlung von vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der Gesamten Staatswissenschaften. Nummer 145. Tübingen. Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1949. 28 Seiten.

----- Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finales Handlungslehre (Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 29. Mai 1953). Karlsruhe. Verlag C. F. Müller Karlsruhe. 1953. 22 Seiten.

----- Das neue Bild des Strafrechtssystems (eine Einführung in die finale Handlungslehre). Göttingen, Deutschland. Verlag Otto Schwartz. 1961. 81 Seiten.

----- El nuevo sistema del Derecho Penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista). Trad. José Cerezo Mir. Barcelona, España. Ediciones Ariel. 1961. 131 págs.

----- "La doctrina de la acción finalista, hoy" en Nuevo Foro Penal. Año I, n° 1, octubre-diciembre. Medellín, Colombia. 1978. Págs. 60-68.

----- "La teoría de la acción finalista" Fusión y traducción de diversos artículos de Welzel por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Finker. En Compilación Penal Federal y Local para el Distrito Federal. Compilador Horacio Sánchez Sodi. México D. F. Ed. Graca. 1996. Págs. 7-17.

WESSELS, Johannes. Strafrecht (Allgemeiner Teil). 26. Auflage. Heidelberg, Deutschland. C.F. Müller Verlag. 1996. Seiten 30-57.

WOLF, Erik. „Krisis un neubau der Strafrechtsreform“ en *Recht und Staat in Geschichte un Gegenwart (eine Sammlung von Vortragen uns Schriften aus den Gebiet der gesamten Staatswissenschaften)*. Tübingen. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1933. 44 págs.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual" en ADPCP. T. XXXIX, fasc. II, mayo-agosto. Madrid, España. Ed. Ministerio de Justicia. 1986. Págs. 395-422.

----- "El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del Proyecto de *Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980*" en CPC. N° 15. Madrid, España. Ed. Edersa. 1981. Págs. 511-521.

## OBRAS GENERALES

DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA PENAL (Cien años de jurisprudencia criminal del Tribunal Supremo). T. II. Pamplona, España. Ed. Aranzadi. 1972. Págs. 285-301.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*. Tomos I y II. Madrid, España. Ed. Espasa Calpe. 1992

## LEGISLACIÓN

Código Penal Para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República e Materia de Fuero Federal. 7ª ed. México D.F. Ediciones Andrade. 1990.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación.

Código Penal (ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre). Edición preparada por Enriq GIMBERNAT ORDEIG y Esteban MESTRE DELGADO. 4a. ed. Ed. Tecnos. 1998.

Compilación de Leyes Mexicanas. Compilador Horacio Sánchez Sodi. México D.F.. Gr editores. 1997.

Legislación Penal Mexicana. Anotada por Manuel Andrade. 5a ed. México. Ed. Andrade. 1959. pág. 4.

Leyes penales mexicanas. T. I. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1979. págs. 111, 189, 269-274, 332-333, 372-373.

Leyes penales mexicanas. T. III. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1979. págs. 122, 306, 479-480.

Leyes penales mexicanas. T. IV. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1979. págs. 9-10, 214-215, 256, 299-300.

#### DIARIOS OFICIALES

Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984. Pag. 5.

#### DOCUMENTOS OFICIALES

INICIATIVA DE DECRETO por el que se reforman los artículos 16,19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998)

#### PERIODICOS

*Reforma.* De 2 de septiembre de 1998