



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

(NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y CÓDIGO
PENAL FEDERAL)

T E S I S I N A

QUE PARA OBTENER EL DIPLOMA DE:

ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

PRESENTA:

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ ROMERO

DIRECTOR DE TESIS:

RICARDO FRANCO GUZMÁN



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL,

2006



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.

A mis padres

Leandro Sánchez Guzmán
(q. e. p. d.)

Felisa F. Romero Alvares
por todo su amor, apoyo y
comprensión.

Con infinito amor a mi familia:

Erika y Citlali

A mis hermanos:

Germán, Gabriel, Patricia y
Darío

A mis sobrinos:

Guadalupe Noemí, Iván, Isaías, Israel,
Mayra, Mariana, Tonatihu Balam y Luis
Ricardo

A mis amigos:

Miguel Ángel, Julio, Georgina,
Fernanda...
por sus sabios consejos.

A la Universidad Nacional Autónoma de
México

Agradezco infinitamente al
Dr. Ricardo Franco Guzmán,
abogado respetable, honesto,
generoso, estudioso y justiciero,
quien hizo posible la elaboración
del presente trabajo.

Con el respeto y admiración que
le tengo, agradezco al maestro
Rubén Quintino Zepeda la ayuda
que me ha brindado para el
desarrollo de esta obra.

“El jurista para el siglo XXI no puede ni debe aceptar el derecho como instrumento de opresión, conformismo ni evasión. No puede reducirse a la mera exégesis y manipulación de textos, ni la aplicación de códigos y leyes como algo dado para siempre, realidad rígida e inmutable. Debe huir de la abstracción gratuita, del formalismo, de la pura especulación, de la falsa sutileza. Debe evitar el ritualismo y la jerga, preocuparse por la simplicidad, la racionalidad, el realismo, la respuesta creativa ante los conflictos, dilemas, nuevas situaciones y desafíos”.

Marcos Kaplan

(Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y Código Penal Federal)**CAPÍTULADO**

INTRODUCCIÓN.....	VIII
--------------------------	-------------

CAPÍTULO PRIMERO**ASPECTOS GENERALES DEL DOLO**

1.1. Antecedentes	2
1.2. Teorías sobre el dolo	
1.2.1. Teoría de la voluntad	11
1.2.2. Teoría de la representación.....	12
1.2.3. Teoría de la representación y de la voluntad.....	16
1.2.4. Teoría de los móviles.....	17
1.3. Sistemática causalista	
1.3.1. Causalismo-naturalista.....	18
1.3.2. Causalismo-valorativista	23
1.4. Sistemática finalista	29
1.5. Modelo lógico.....	36

CAPÍTULO SEGUNDO**CONCEPTUACIÓN DEL DOLO**

2.1. Concepto	55
2.2. Elementos constitutivos	59
2.3. Clasificación.....	62

CAPÍTULO TERCERO

**UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO**

3.1. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	91
3.2. Código Penal Federal	92
CONCLUSIONES.....	101
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	104

INTRODUCCIÓN

La cambiante trayectoria del dolo, a través del tiempo, ha estado estrictamente ligada a las tendencias por las que el pensamiento filosófico ha pasado. El causalismo, el finalismo y el modelo lógico, son demostración perfectible de la obra humana, estos ya constituyen escalones de otros sistemas. El dolo ubicado en la culpabilidad ha tenido diverso contenido, según la tesis que se siga: psicologismo o normativismo. En cambio el finalismo, distingue entre tipo doloso y tipo culposo. El dolo finalista no es de la teoría causalista. El dolo de la teoría causalista es un *dolus malus*; el del finalismo, un dolo neutro. El dolo en el modelo lógico está en el tipo y en el delito: específicamente en la conducta general y abstracta descrita normativamente y en la particular y concreta realizada en el mundo fenoménico.

La ubicación sistemática del dolo afecta el alcance o extensión del mismo, ya que no sólo importa para la definición, el contenido del mismo y sino también para su propia ubicación sistemática. En nuestro país, ya sea en el tipo o la culpabilidad, es un problema que ha tenido casi como única referencia la interpretación de los términos: “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad”, y en atención a dichas expresiones hay quienes sustentan que se sigue un sistema causalista, o bien, un sistema finalista.

Nosotros consideramos que la ubicación sistemática del dolo no tiene que ver con los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, sino que consideramos que la ubicación sistemática del dolo se requiere estudiar el tratamiento que ofrece la ley respecto al error de tipo, error de prohibición, la tentativa, y las formas de autoría y participación, entre otras.

Otro problema que se plantea en torno al dolo, son sus clases. Nosotros consideramos que son tres las clases de dolo que la teoría ha identificado, por ello, consideramos suficiente hacer la distinción entre: a) dolo directo de primer grado (o intención en sentido estricto); b) dolo directo de segundo grado, c) dolo eventual.

Así entonces, una vez que hemos indicado brevemente el complejo ámbito conceptual, teórico y de ubicación que tiene la figura del dolo, es necesario señalar que el objetivo principal de este trabajo de investigación es exponer de la manera más sencilla diversos aspectos inherentes a su estudio, tales como su evolución, las teorías que lo intentan explicar, su definición gramatical y legal, sus elementos constitutivos, las clases de dolo que existen, y sobre todo intentar ubicarlo en la sistemática del Derecho Penal, local y federal.

Sean las últimas líneas de esta introducción para señalar que los métodos empleados, para realizar el presente trabajo de investigación, son el deductivo, histórico y comparativo.

CAPITULO PRIMERO.

ASPECTOS GENERALES DEL DOLO

1.1. Antecedentes

El dolo, fue, la más importante de las formas de la culpabilidad¹, representó un progreso encomiable en la evolución del Derecho Penal. En el estudio del concepto de dolo, señala Jiménez de Asúa,² es tanto como volver, en buena parte, a la investigación del pensamiento de la culpabilidad, cosa perfectamente lógica, dado que el dolo es la más genuina encarnación de ésta, y la más común en los delitos.

En el Derecho romano de la primera época y en el primitivo derecho Germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado, sin tener en cuenta la intención del agente.³ El dolo, como especie más notoria y elemental de la culpabilidad, hubo de ser captada por lo antiguos ordenamiento jurídicos, cuando se fue abandonando el criterio de la responsabilidad por el resultado.

En cuanto al sentido etimológico, el término dolo deriva del griego y significa engaño.⁴ Bajo la influencia de los moralistas griegos, en el Derecho romano, en el período primitivo y sagrado de la venganza divina se conoce la penalidad sin culpa, bajo la influencia de los griegos, fue tomando en cuenta, cada vez más, la voluntad antijurídica, la voluntad *sceleris* dirigida a la ejecución de un delito, para fundamentar sobre la misma el *dolus*.⁵

Se empleó una gran variedad de locuciones, en los textos legales, de las antiguas fórmulas de dolo malo: *propositum, consulto, sciens, volenter, animus nocendi, animus injuriandi, sponte, fraude, dolo malo, etc.*⁶

En el derecho romano, se expresa el término dolo como *dolus, dolus malus, animus, propositum, consulto, etc.* La voz *dolus* significaba la conciencia del hecho

¹ Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 397.

² Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo V, Edit. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 305.

³ Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*, Edit. Hermes Sudamérica, México, 1986, p. 359.

⁴ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal*, 4ª ed., Edit. Trillas, México, 1997, p. 262.

⁵ Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal*, Edit. Urgel, Barcelona, España, p. 13.

criminoso que se quiere cometer; *consulto* significaría “con premeditación”, *propositum* equivale a “de propósito”, mientras que el *animus* equivaldría a nuestra “intención”. La palabra *dolo* equivalía a astucia o fraude, de aquí la definición de *Labeón: calliditas, fallatia, machinato ad circummveniendum, falledum, decipiendum*. Según Binding, el *dolo* -en el Derecho romano- no se hallaba constituido solamente por la conciencia del delito y la voluntad de ejecutarlo, sino además por un impulso malvado a cometerlo.⁷

Mommsen y Ferrini,⁸ romanistas más autorizados, sostienen que el *dolo* comprendía todos los actos contra ley ejecutados conscientemente, aunque la motivación fuera altruista.

Como ya mencionamos, en los albores de la historia del Derecho penal se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido. Se atendía al resultado lesivo, no importaba “la intención”. Por esta razón, a esta ancestral concepción de culpabilidad, se le ha denominado responsabilidad objetiva por el mero resultado, conforme al cual basta que se iniciara la ejecución de un acto ilícito para que se imputará a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado sea fortuito y totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del sujeto (*versari in re illicita*),⁹ es decir, toda persona que realiza un acto ilícito debe responder por las consecuencias de ese acto, incluso en el caso fortuito.

Para la aplicación de una pena, su fuente radicaba en la presencia de un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, independientemente del vínculo de carácter psicológico, subjetivo que ligase al hecho con su autor, es decir, se aceptaba que la responsabilidad penal revestía de objetivo.

⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁷ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal, conforme al Código Penal*, texto refundido de 1944, T. I, Parte General, 12ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, España, 1956, p. 407.

⁸ Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal, op. cit.*, p. 14.

⁹ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, 2ª ed., Edit. Temis, Bogota, Colombia, 2002, p. 62.

Con sus finas elaboraciones, el dolo a pareció, en el Derecho romano tardío, lo cual constituyó uno de sus grandes logros. Tal y como se desprende del rescripto del emperador Adriano *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*,¹⁰ haciendo la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*;¹¹ es de resaltar en este primer momento, la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto. Por ello fue que en Roma, la noción del dolo, constituía una garantía para el agente activo del delito.

Así entonces, el Derecho romano diferenciaba, entre los vicios del consentimiento (*ignorantia, vis o metus y dolus*) al dolo malo del bueno. Esto, que a primera vista parecería paradójico, porque no se concibe el dolo, que es en sí sinónimo de falsedad intencional y dañina, como posiblemente bueno, deja de serlo si ubicamos con precisión su significado jurídico y no le atribuimos “bondad”, sino meramente licitud o tolerancia. De igual manera, conviene señalar que los romanos distinguían el dolo lícito, empleado con el objeto de defenderse y el dolo ilícito (*malus*) cometido con el objeto de perjudicar a otro. No debemos confundir con la división tradicional en dolo principal e incidente, ni en directo e indirecto. Más bien, el *dolus bonus* coincidiría con aquella graduación que adoptan ciertos juristas franceses que dividieron el dolo según su gravedad en principal, incidente y sufrido o tolerado.

Posteriormente, en el Derecho germánico el dolo se constituyó con base en la responsabilidad por el resultado y no fue sino hasta 1821 cuando el filósofo alemán Friedrich Hegel consideró que “...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.”¹²

¹⁰ Cita en Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Edit. Comares, Granada, España, 1993, p. 263.

¹¹ Cita en Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 11ª ed., Edit. Porrúa, México, 1996, p. 357.

¹² Citado por Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo I, trad. 2ª ed. Alemana, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 235-236.

Partiendo de esta idea, en el derecho Germánico fue donde se tuvo una noción más precisa sobre el dolo, el cual apareció como la expresión de un acto voluntario. La traducción del dolo fue *Willewerk* (volición maliciosa), término que se contrapuso a *Variwerk* o caso fortuito. La diferencia, entre ambos términos era importante, ya que sólo en presencia de esa acción voluntaria se exigía el pago de *fredus* (daño); en cambio el *werdeld* (evento dañoso), se abandonaba en uno y otro caso. Asimismo, fue hasta comienzos del siglo XIX, cuando se comenzó a utilizar el vocablo *Fursatz* (de donde se deriva el moderno *vorsatz*, voluntad contraria a la ley), para identificar a la intención mala o maliciosa.¹³

En 1840, el jurista alemán F. Luden¹⁴ elaboró una división del delito por elementos, ubicándolo como un fenómeno delictivo, generado por una actividad humana; dicha acción resulta antijurídica, y podía contener además una cualidad de carácter doloso o culposo.

Sin embargo, también se considera que el esquema de Liszt-Beling, de orientación causal naturalista, fue el primer antecedente de estudio sobre el dolo. “Dentro de la sistemática causalista del esquema Liszt-Beling y los que derivan de éste, el dolo aparece estudiado en el ámbito de la culpabilidad, entendida ésta como elemento subjetivo del delito, después de haber concluido el estudio del elemento objetivo, en que aparecían comprendidas en su concepción original, la tipicidad y la antijuricidad, lo que obviamente, implicaba la consideración de un dolo ya valorado o dolo malo” .¹⁵

Tiempo después, con el desarrollo que tuvo el causalismo valorativo y de la noción finalista que condujo a estudiar el dolo como un elemento del tipo, y por tanto, en la teoría del delito, dentro de la tipicidad como elemento subjetivo de la conducta típica, lo anterior determinó, el estudio de un concepto de “dolo neutro”, “dolo natural” o “dolo sin sangre”, no comprendido como “dolo malo” o “dolo culpable”. Por lo tanto,

¹³ Márquez Piñeiro, Rafael. *Derecho penal, op. cit.*, p. 262.

¹⁴ Citado por Roxin, Claus, *Derecho penal parte general, op. cit.*, p. 236.

¹⁵ Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001, p. 355.

el dolo suponía el conocimiento de la antijuricidad del hecho, como en efecto acontecía en la doctrina causalista precedente.

Por lo que hace a nuestro país, tenemos que el proceso evolutivo legal que ha tenido el dolo se ha manifestado en los siguientes ordenamientos:

a) **Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852.** Aunque no contenía expresamente la palabra dolo, este Proyecto fue el primer antecedente de la figura que tratamos en este trabajo de investigación, toda vez que en su artículo 1º se establecía lo siguiente:

Es delito la infracción voluntaria y deliberada de la ley. La ley se infringe haciendo lo que prohíbe, u omitiendo lo que ordena.

Sin embargo, el precepto antes citado finalmente fue modificado substancialmente para quedar de la siguiente manera:

Delito es la acción u omisión voluntaria que tiene señalada por la ley pena propiamente dicha.

Llámense faltas, las infracciones de la ley se supone voluntaria, y sujeta a su autor y demás responsables a las penas que la misma establece, mientras no prueben excepción legal.

b) **Código Penal de 1871.** En este ordenamiento se puso especial énfasis a la figura de la intencionalidad (que debemos tomar como sinónima de dolo), razón por la cual encontramos que gran parte de los Código Penales mexicanos "...no utilizaron (...) el término dolo sino la palabra intención, que (...) no es la mejor para abarcar la amplia gama del dolo"¹⁶. De esta legislación son de mencionar los siguientes artículos de interés particular:

¹⁶ Instituto de Investigaciones jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, D-H*, 11ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998, p. 1203.

Artículo 6. Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo 7. Llámese delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles.

Artículo 9. Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

c) **Código Penal de 1929.** Este ordenamiento penal siguió expresando el término intención, ya que establecía lo siguiente:

Artículo 12. Los delitos se dividen en intencionales y en imprudenciales 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 determinada intención para que aquél exista.

d) **Código Penal de 1931.** Esta normatividad contenía los siguientes artículos relacionados con el tema que tratamos en esta investigación:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. No intencionales o de imprudencia.

...

Artículo 9. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

...

Así entonces, en el Código Penal de 1931 el elemento volitivo del dolo no resultaba importante, toda vez que 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 artículo 9 establecía que la presunción de la intención de provocar el resultado permanecía aunque se demostrara que ese no fue a propósito.

A este respecto, Francisco Pavón Vasconcelos manifiesta que “la regulación del dolo en el Código Penal de 1931 constituyó una serie de desaciertos que condujeron no sólo a confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley, al aplicarla, a pretexto de su interpretación.”¹⁷

Así se observa que el artículo 8º señalaba las formas de culpabilidad, con terminología inadecuada, al declarar que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia; resultando evidente que la intención no agota el concepto de voluntariedad, ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los delitos dolosos. Por tanto, la normatividad en cuestión al llamar intencionales a los delitos dolosos, reduce la especie a los cometidos con dolo directo. El numeral 9, en su primera parte mencionaba una presunción *juris tantum* respecto a la intencionalidad, con desconocimiento absoluto de la realidad jurídica y los principios de la sana justicia, declarando a continuación que dicha presunción no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias, con lo cual pretendía abarcar como intencionales aquellas conductas o hechos que en rigor, no quedaban comprendidos dentro de la forma de culpabilidad intencional, pero sí en la comisión dolosa, lo cual era prueba evidente de la pobreza conceptual que orientaba a la normatividad en ese aspecto.

e) Anteproyecto de Código Penal de 1949. Aquí se disponía lo siguiente:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. Culposos, o
- III. Preterintencionales.

¹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985, p. 399.

El delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado.

El delito es culposos 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 preterintencionalidad 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.

De igual manera, el artículo de este Anteproyecto declaraba que los delitos son dolosos o culposos, dándoseles correcta denominación a las formas de culpabilidad en ellos concurrente, terminología posteriormente acogida en varios de los nuevos códigos de los Estados y en los posteriores proyectos de 1958 y 1963, se cae en el error de conservar, en las reformas de los precitados artículo 8º y 9º, la vieja terminología tan criticada en nuestro medio, olvidando las fórmulas que, con evidente perfeccionamiento técnico adoptaron proyectos y códigos posteriores a 1931.

f) **Anteproyecto de Código Penal de 1958.** Fue en este proyecto; publicado en la revista *Criminalia*, el cual fue elaborado por los juristas Dr. Celestino Porte Petit Candaudap y Licenciados Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea; en donde, en relación con nuestro tema de investigación, se cambió la alusión de delitos intencionales, empleándose una terminología jurídicamente más técnica como fue la de delito doloso. El maestro Enrique Díaz-Aranda menciona al respecto que, "...el legislador penal mexicano daba seguimiento a la doctrina de la época, pues en el año de 1935 Welzel reconoció (...) la poca precisión del término 'intencionalidad' y la mejor claridad del término 'finalidad', a la cual posiblemente quiso hacer referencia el legislador penal".¹⁸ Así entonces, el dolo fue regulado bajo los siguientes términos:

¹⁸ Díaz-Aranda, Enrique. *Dolo*, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2002, pp. 160 - 161.

Artículo 8º. 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 unido al querer del agente.

...

g) **Reforma de 1983-1984 al Código Penal.** En estas reformas se adoptó el principio de presunción de inocencia; el *onus probandi* quedó a cargo del Estado y con ello se adoptó el principio de estar a lo más favorable al reo. Con relación a la noción del delito doloso, éste quedó conformado de la siguiente forma:

Artículo 9. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

La idea de intención que abarca al querer y, además, el aceptar contuvo tanto al dolo directo como al indirecto y el dolo eventual. Por tanto, se cree que a partir de esta reforma el Código Penal aceptó de manera implícita las tres modalidades de dolo.

h) **Reforma de 1993-1994.** En esta modificación se redefinió la figura del dolo, disponiéndose que debía acreditarse como elemento del tipo penal, así también se suprimió el título de imputación de la preterintencionalidad, quedando su regulación como sigue:

Artículo 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 y,

...

Así entonces, con la reforma en cita se dispuso que el dolo debía acreditarse como elemento del tipo penal.

1.2.1. Teoría de la voluntad

El Derecho canónico¹⁹ empleó siempre las palabras *dolus scienter*, para indicar el necesario concurso de la voluntad en los delitos. Es así, pues, como queda fijado el concepto de la voluntad consciente como elemento esencial del delito. Lo que también queda subrayado en el Derecho eclesiástico es la motivación ética del dolo, que pasa a los criminalistas prácticos de los siglos XVI al XVIII y llega hasta la primera mitad del XIX a las mismas puertas de la escuela clásica. Es por ello que Carmignani exigía aún para la existencia del delito una *prava intenzione*. Para este autor el dolo consiste en la voluntad de violar la ley penal.

El concepto de la voluntariedad, como fundamentador del dolo, lo recogió la Escuela Clásica, ya que ésta afirma que el dolo en la voluntad consciente de cometer un hecho punible.

Los juristas italianos Filangieri, Renazzi y Carmignani y con mayor precisión Francesco Carrara fueron los propugnadores de esta teoría. Pero fue Carrara (principal exponente) quien trata de depurar la noción de elementos extraños.

Para el maestro de Pisa²⁰, el dolo es la intención, más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se conoce que es contrario a la ley. Rectificando a su antecesor Carmignani, subraya que en su concepto no entra el *animus nocendi*, ni la intención de violar la ley, pero al mismo tiempo advierte contra el error de los que ven en el dolo un mero acto de conciencia, siendo así que debe definirse como un acto de voluntad.

¹⁹ Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal*, op. cit., pp. 15-21.

²⁰ *Ibidem*, p. 16.

El maestro Ricardo Franco²¹ señala que para los seguidores de esta doctrina (Carrara principalmente), el dolo es la voluntariedad o intencionalidad dirigida a la actuación de una conducta ilícita . Esto quiere decir que el dolo estriba en la voluntad de seguir una conducta únicamente, no ya en la intencionalidad de infringir el Derecho. Existe la voluntad de cometer un acto, sin que esto implique necesariamente la intención de comprender asimismo el resultado.

La teoría de la voluntad es la imperante en Italia; entre otros, la sustentan Arturo Rocco, Vicente Manzini, Ranieri, Sabatini, Bettioli y Delitala. En Alemania, aunque con muy selectos y significativos partidarios de la teoría de la representación, la teoría de la voluntad también goza de gran número de adeptos, entre los que pueden citarse: Anselmo Von Feuerbach, Adolf Merkel, Bierling, Birkmeyer, Beling, Hippel, Mezger, Maurach y Wagner.

Sobre esta teoría se pone en duda su validez, ya que no se puede querer algo sin habérselo representado, y sin la teoría de la representación resultaría difícil construir el dolo e incluso el dolo eventual. Pero tampoco es posible rechazarla, pues sin ella se esfumarían los límites del dolo eventual y no hay medio de diferenciarlo de la culpa consciente.

1.2.2. Teoría de la representación

En oposición a la teoría de la voluntad, aparece la teoría de la representación. Frank considera a Almendingen como el verdadero fundador de tal teoría. Por su parte Von Hippel, cree que los primeros sostenedores de la misma fueron Bekker, Zitelmann y Von Liszt. A esta nueva doctrina se afilian penalistas del prestigio de los ya citados, y otros como Lucas, Kohler, Von Lilienthal, etc.

²¹ Franco Guzmán, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, en Criminalia. Año XXII, No. 7, julio, Edit. Ediciones Botas, México, 1956, p. 458.

Von Liszt²² define al dolo como la “representación del resultado, que acompaña a la manifestación de la voluntad”.

Para Von Liszt, el concepto de dolo comprende los siguientes aspectos:

a) La representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado.

a) La previsión del resultado.

b) En los delitos de acción, la representación de la causalidad del acto.

d) En los delitos de omisión, la representación del no impedimento del resultado.

En esta conciencia reside la distinción del dolo, del deseo y de la esperanza; en estos últimos, es necesaria la intervención de circunstancias exteriores, que el autor no puede dominar ni esperar con seguridad.

Asimismo, Von Liszt²³, objeta a la teoría de la voluntad lo siguiente:

a) Que violenta el lenguaje común de designar como “querido” el resultado no deseado y hasta desagradable, y

b) Que se opone a lo dispuesto en la misma ley, pues no puede decirse que el ladrón quiere que la cosa que sustrae sea ajena; que la mujer que causa su aborto quiere su embarazo, etc.

²² Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, tomo II, *op. cit.* pp. 397 - 398.

²³ Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal*, *op. cit.*, p. 17.

Por su parte, Frank, define al dolo como la previsión (la conciencia) del resultado de una acción, ligada al conocimiento de las circunstancias que la hacen punible; y ulteriormente, en sus comentarios al Código Penal alemán, afirma aún más su teoría de la representación al decir que el dolo es el conocimiento (representación) que acompaña a la actividad voluntaria de las circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal del delito o que aumentan su penalidad. Este autor agrega que "...se suele hablar de dolo cuando no está en cuestión culpabilidad alguna, ... sería equívoco en derecho penal hablar simplemente de dolo sin el agregado del atributo de antijuricidad".²⁴ Así se observa que si Frank se adhirió a la teoría de la representación fue por estimar que no era clara la teoría de la voluntad y porque limitaba excesivamente el radio del acto doloso, ya que escapaban de él muchas acciones (reputadas por todos como dolosas) en que el resultado no era querido. Por tanto se advierte que no es lo mismo tener voluntad que desear.

La teoría de la representación sitúa al elemento esencial del dolo en el conocimiento y previsión del resultado, o, lo que es lo mismo, sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor de la noción del dolo.

Ricardo Franco Guzmán²⁵, señala que para esta teoría, el núcleo del dolo debe encontrarse en la representación del resultado, es decir, el sujeto debe conocer con anterioridad las consecuencias de su conducta, a fin de que pueda hablarse de un acto o de una omisión dolosos.

Entre los partidarios de la teoría de la representación pueden citarse a Bekker, Zitelmann, Von Lilienthal, Kohler, Trager, Tiren, Sauer, Schoeder, en Alemania; Romagnosi (con el carácter de precursor de la misma) y desde luego, modernamente, *Impallomeni*, en Italia; Berauld, Emile Garcon y Donnedieu de Vabres, en Francia.

²⁴ Frank, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Chile, 1966, p. 27.

²⁵ Franco Guzmán, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, op. cit., p.457.

Cabe destacar que la teoría de la representación tiene el gran valor de que demuestra que sólo lo representado puede ser querido, y establece una clara diferencia entre dolo y culpa. Pero es totalmente insuficiente para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Por eso, desde Liszt hasta Frank, cuantos pretenden deslindar claramente el dolo eventual de la culpa con representación del efecto dañoso, tienen que acudir a elementos de la voluntad. En definitiva: quienes desean remplazar totalmente a la voluntad por la representación desposeen al dolo de todo elemento afectivo (volitivo), puesto que la representación es un elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la culpabilidad queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido desmesurada y peligrosamente, hasta el punto de que la noción del dolo desaparece.

El autor Rafael Márquez Piñero, por su parte, entiende que no son fundamentales las diferencias entre la teoría volitiva y la representativa, y aduce:

...que la teoría de la representación se propone dirigir su enfoque del problema a las circunstancias externas, que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Además señala que, con ello, los representativistas no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario; lo que ocurre es que se supone querido lo representado.²⁶

Por otra parte, los detractores de esta teoría, entre los que destacan Beling y M.E. Mayer establecen que:

... el concepto frankiano de culpabilidad se volatiliza debido a su dependencia de las circunstancias concomitantes objetivas. Con ello se confundirían, de forma metódicamente arriesgadísima, los aspectos subjetivos y objetivos del hecho. Las circunstancias concomitantes sólo podrían ser importantes para el sí y la medida de la culpabilidad, en tanto que estuvieron reflejadas en la psiquis del autor ... Dolo y culpa no son, como supone Frank, meras relaciones psíquicas. Pero sí, como es de rigor, se distingue entre ellos en primer término, actuaciones voluntarias indebidas, entonces las circunstancias concomitantes y la

²⁶ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal, op. cit.*, p. 265.

imputabilidad resultan ser elementos del dolo y de la culpa, y todos estos elementos se basan en la contrariedad al deber.²⁷

1.2.3. Teoría de la representación y voluntad

Parece evidente que sólo una síntesis de ambas posturas puede satisfacer al jurista preocupado por las libertades del hombre. No puede construirse el concepto del dolo sobre estos elementos aisladamente, sino que es necesario que quien actúe dolosamente no sólo se represente el hecho y significado, sino que además que encamine su voluntad a la realización del resultado.

Con sobrada razón se ha dicho que la lucha entre ambas teorías no tiene la trascendencia necesaria para justificar el esfuerzo; incluso se ha opinado que las diferencias son mínimas y que, más que cuestiones de esencia se trata de contiendas terminológicas. Verdaderamente, voluntad y representación son elementos precisos para la noción de dolo. Entre los autores seguidores de esta teoría cabe señalar, sin pretensiones de hacer una exposición completa, al jurista italiano Giuseppe Maggiore²⁸, quien entiende que la noción del dolo debe ser elaborada sobre los dos elementos, es decir, la previsión o representación del resultado y la volición de él. La previsión sin voluntad es vana en tanto que la voluntad sin previsión es ciega. El Derecho requiere la conjugación de ambos elementos. Pueden darse casos de representación sin voluntad y de voluntad sin representación, pero en ambos supuestos debe decirse que falta el dolo.

Así entonces, para la construcción del dolo se requieren dos elementos esenciales: la representación, tanto del hecho como de su significado (elemento intelectual) y la voluntad (elemento afectivo).

²⁷ Freudenthal, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*, Trad. José Luis Guzmán Dalbora, Edit. Julio César Faira, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 68.

²⁸ Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal, Tomo I*, Trad. José J. Ortega Torres, Edit. Bogotá de Santa Fe, Colombia, 1974, pp. 576 y 577.

En todos los delitos dolosos²⁹ encontramos siempre estos dos momentos: el cognoscitivo (representación) y el volitivo (voluntariedad).

1.2.4. Teoría de los móviles

“Por impulso de la escuela positiva italiana surge la teoría de los motivos que pretende construir el dolo con independencia de la doctrina de la voluntad y de la representación”.³⁰ Así también, esta teoría estima que la voluntad por sí sola no puede caracterizar el dolo y que se necesita además intención y fin, originando la importancia decisiva de los motivos, de los móviles, la acción del delincuente, si bien tiene en la voluntad su fuerza propulsora; se caracteriza jurídicamente por la intención y se especifica por el fin.

Jiménez de Asúa³¹ considera que las cuatro funciones del móvil son las siguientes:

a) El móvil debe servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito;

b) La calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y la condición peligrosa del delincuente;

c) La calidad de los motivos actúa con eficacia permanente en cuanto a la elección del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes; es decir, que actúa como criterio esencial en la elección de la pena, y

d) Cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto que se ejecutó toda huella de temibilidad, puede, excepcionalmente, cuando

²⁹ Franco Guzmán, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, op. cit., p.457.

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 242.

³¹ Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*, op. cit., p. 364.

opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna porque sería superflua.

El mismo autor español agrega que de la teoría de los móviles nace el sistema de las penas paralelas, llamadas así porque corren juntas en su duración, pero una es de naturaleza deshonorable y la otra, la llamada “custodia honesta”, no deshonra ni tan siquiera desacredita. Toda esta doctrina es ingenua en demasía, y por eso el sistema de las penas paralelas, se sustenta en algunos Códigos, ha sido olvidado hoy por los tratadistas. No obstante lo anterior, tenemos que esta doctrina ha tenido gran difusión en Latinoamérica. En la penalística actual, el móvil sirve no sólo para decidir la clase de penalidad, sino también para fundamentar la atenuación o agravación del dolo.

1.3.1. Causalismo-naturalista

La Escuela clásica del delito nace a partir de las ideas propuestas por Francisco Carrara en Italia, el famoso maestro de Pisa expone su pensamiento en su famosa obra Programa del Curso de Derecho Criminal y, posteriormente, a partir de la separación iniciada por Rodolf von Jhering, pues en 1867 decidió dividir la categoría de la culpabilidad en dos rubros: objetivo y subjetivo: siendo el aspecto objetivo la antijuridicidad; la culpabilidad la comprendía como injusto subjetivo, utilizando algunos postulados de Bechmer.

Para la teoría positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado positivista.

A fines del siglo XIX y principios del XX, los penalistas alemanes: Franz von Liszt y von Beling, son los representantes del sistema causalista-naturalista del delito. Liszt recoge las ideas de las Escuelas Clásica y Positiva y aplicando el método naturalístico se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, desprendiendo de dicho código la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal.

Para Von Liszt³² los caracteres esenciales del delito eran los siguientes:

a) El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación (*Verhalten*) voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito, los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.

b) El delito es, además, un acto contrario al Derecho; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de bien jurídico.

c) El delito es, por último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable.

De lo anterior obtiene la siguiente definición: delito “es el acto culpable contrario al derecho”.³³

Von Liszt partió de un sistema conformado por un presupuesto y dos categorías, a saber: conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Sería hasta 1906 cuando Ernesto Beling pondría de manifiesto la función del tipo y dio lugar a la creación de la tipicidad. La importante labor sistematizadora de ambos penalistas consistió en haber presentado al delito como una figura jurídica compuesta por los siguientes niveles: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Es importante dejar señalado que dichos elementos del delito se mantienen hasta la fecha.

El causalismo-naturalista se distinguió por haberse basado en la hipótesis de que el injusto (la acción típica y antijurídica) representaba la parte externo-objetiva

³² Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, tomo II, *op. cit.*, p. 252.

³³ *Idem.*

del delito, mientras que la culpabilidad significaba la parte interno-subjetiva del mismo.³⁴

La base del sistema causalismo-naturalista era el concepto de acción, entendida por Von Liszt y Beling de manera totalmente naturalística como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación en el mundo exterior (resultado), unidos ambos por el vínculo de la causalidad.³⁵ En otras palabras, la acción es la causa del resultado, en virtud de que el proceso causal naturalístico plantea forzosamente una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Por lo que la causa de la causa es causa de lo causado, por ende la acción es ciega.

Para el causalismo-naturalista la acción significa comportamiento humano derivado de una manifestación de voluntad, concebida esta última sólo en su función causal, es decir, toma en cuenta no lo que el sujeto quiere, sino la circunstancia de haber querido algo. La conducta se entendía desde su aspecto objetivo-causal, en el que no interesaba el contenido de la voluntad del autor (el dolo)

No afecta al contenido de la voluntad del sujeto las características específicas de tipicidad y antijuridicidad, que se refieren, de modo exclusivo, al aspecto externo objetivo de la acción, incluyendo sólo la descripción y valoración del acto como "mutación del mundo exterior". Exclusivamente para la culpabilidad adquirirá significación el objeto del querer del sujeto.

La parte débil de esta perspectiva referida a lo externo se manifestaba en la omisión, que en el derecho penal debe ser integrada, al igual que el hacer positivo, dentro del concepto de acción, pero que notoriamente no es un movimiento corporal, sino lo contrario.

³⁴ Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo I, *op. cit.* p. 198.

³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general, op. cit.* p.182.

Una vez examinada la presencia de una acción, había de examinarse si también concurrían los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. El tipo fue entendido como descripción puramente externa de la realización de la acción, sin ningún predicado valorativo. La acción era típica si se podía clasificar en un tipo, es decir, en una de las descripciones legales del aspecto externo de la conducta punible, hasta aquí no se ha formulado ningún juicio de valor. La tipicidad tenía una función objetivo-descriptiva, carecía de cualquier valoración y de cualquier otro elemento subjetivo.

La acción es antijurídica en el momento que se establece una oposición entre el comportamiento objetivo del sujeto y las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, es decir, la antijuridicidad era entendida única y exclusivamente desde el plano objetivo, como contradicción entre hecho y norma. La subsunción en el tipo neutro valorativamente, no permite fundar aún la antijuridicidad. La tipicidad, sin embargo, proporciona indicios de ella, desde el momento en que la conducta descrita como delictiva será, por regla general, objeto también de prohibición. Sólo por regla general, puesto que puede concurrir una causa de justificación.

La acción es culpable cuando puede ser atribuida también subjetivamente al autor en atención a la relación psíquica existente entre él y el hecho realizado, es decir, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho dolosa o culposamente. La imputabilidad se concibió como “presupuesto de culpabilidad”; el dolo y culpa se entendieron como formas o especies de la culpabilidad, y el estado de necesidad fue clasificado como causa de exclusión de la culpabilidad. En cuanto al concepto material de la culpabilidad, simplemente se ignoró y la doctrina tuvo que conformarse con una culpabilidad sólo analizada desde la perspectiva subjetiva, es decir, desde una concepción psicologista.

De lo anterior se desprende que sistemáticamente el dolo queda situado en la culpabilidad como una especie de la misma, según lo afirman los autores afiliados a

la teoría psicológica de la culpabilidad, Por ello, la materia del dolo es ajena al tipo y a la tipicidad.

En el causalismo-naturalista, el dolo se construye exclusivamente con base en dos elementos: a) el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal; b) el querer esos hechos que previamente se han conocido.

Franz von Liszt³⁶, define al dolo como la “representación del resultado que acompaña a la manifestación de la voluntad”.

Por su parte Alimena³⁷ estima que el dolo es “tanto la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho como la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad”.

Para Bettioli el dolo se conceptualiza como “la conciencia (previsión y voluntariedad) del hecho lesivo.

El causalismo-naturalista se caracteriza por constituir un sistema penal cerrado a cualquier valoración jurídico cultural, y con ello a cualquier valoración de índole político-criminal. Este sistema penal cerrado permitió que Von Liszt definiera al Derecho penal como la infranqueable barrera de la política criminal.

De lo expuesto, podemos concluir que entre los principales logros dogmáticos del causalismo-naturalista se encuentra la estructura sistemática del delito, compuesta por elementos estrictamente jerarquizadas conforme a una debida prelación lógica: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Se distinguió entre la conducta entendida en forma objetivo-causal; el tipo concebido objetivo-descriptivamente; la esfera de la antijuridicidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente.

³⁶ Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, tomo II, *op. cit.*, p. 397

³⁷ Cita en Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª ed., Edit. Trillas, México, 1998, pp. 46-47.

1.3.2. Causalismo-valorativista

La decadencia de la teoría del delito propuesta por Liszt y Beling fue iniciada por el sistema neoclásico, se buscó ahora construir el concepto de delito, a partir de los fines perseguidos por el Derecho penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base.

En Alemania surgió un movimiento denominado “neokantiano”, corriente que forjó una nueva concepción de la realidad y, que sobre todo, rechazaba someter a las ciencias del espíritu a los principios de las ciencias naturales. Los penalistas neokantianos concibieron al Derecho penal, y a la ciencia en general, bajo el nuevo concepto de realidad y bajo el nuevo concepto de ciencia. La acción, la tipicidad y la culpabilidad fueron vistas desde un punto de vista valorativo, ya no desde un punto de vista objetivo, descriptivo o causalista-naturalista.³⁸

Debido a que el causalismo-valorativista se abrió a valoraciones jurídicoculturales, “sería correcto definir al Derecho penal en general como un sistema abierto a valores jurídico-culturales”³⁹.

La reestructuración del concepto de delito radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos.

Al movimiento filosófico “neokantiano” se le denominó: filosofía de los valores, el cual decidió renunciar a la idea de que las ciencias sociales debían conducirse bajo el método científico experimental de las ciencias naturales, por lo que se elaboró una distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales. Concibió al mundo (a la realidad) como un producto del conocimiento, evocándose con ello el pensamiento

³⁸ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de Derecho Penal*, Edit. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2004, p. 104.

³⁹ *Idem*.

filosófico de Kant, quien advirtió que la realidad no se le presenta al hombre tal y como es en sí misma, sino tal como el hombre cree que son las cosas. Para los penalistas neokantianos el sistema del Derecho penal, contiene más elementos o categorías normativas dotas de valor.

La corriente filosófica neokantiana, en 1920 alcanzó un momento importante, en obras como las de Stammler, Binder, Radbruch, M. E. Mayer, Laun. El concepto de delito denominado “neoclásico”, que era dominante hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el manual de Edmund Mezger, pudo mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha forma de valoración se encontró en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se valora desde el punto de vista de la reprochabilidad.

La gran influencia de la filosofía neokantiana, que rechazaba someter a las ciencias del espíritu a los principios de las ciencias naturales, reorientó el sistema de Derecho penal a través del empleo de un método propio de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, al cual se le denominó “método comprensivo”. El modo de pensar de esta fase restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y valorar.

La teoría neoclásica del delito incluyó paulatinamente todos los elementos del concepto clásico del delito en el proceso de transformación, mismo que comenzó por el concepto de acción, ya que se consideró que se podía renunciar a él y empezar la estructura del delito directamente de la tipicidad.

También se desarrolló el concepto social de acción, por Eb. Schmidt, mediante el cual la acción fue entendida como “fenómeno social en su sentido de efectividad sobre la realidad social”⁴⁰.

Luiz Luisi⁴¹ comenta que la valoración de la conducta, en esta teoría social de acción, se divide en dos corrientes:

Para la primer corriente la valoración de la acción debe de estar dada por el medio cultural, es decir, por los patronos axiológicos dominantes de la época; y,

Para la segunda la valoración de la acción debe estar dada por el orden jurídico.

Se considera pertinente dejar señalado que el concepto social de acción, en el fondo, coincide con el concepto natural de acción, ya que ambos conciben a la acción como la producción de un resultado causado por la voluntad del agente, puesto que el estudio de esa voluntariedad se reduce a establecer que el movimiento corporal, efectuado por la persona, fue voluntario, sin importar el contenido de dicha voluntad, es decir, no le interesa analizar los aspectos internos (el querer o la intención del agente) sino externos, por lo que basta con que el agente haya querido algo, sin importar qué, ya que el estudio del fin o sentido de la acción que se persigue con esa inervación muscular pertenece a la culpabilidad.

La diferencia entre dichos conceptos consiste en que desde el punto de vista naturalista de la acción importa en tanto realidad física y psicológica y para el concepto social de acción, en cambio, la acción importa según sea valorativamente relevante.

⁴⁰ Schmidt, Eb., citado por Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 185.

⁴¹ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de Derecho Penal, op. cit.*, p.106.

Más profundos fueron los cambios experimentados en el área de la tipicidad. La comprensión puramente descriptiva y desvalorizada del tipo fue sacudida por el descubrimiento de los elementos normativos. De igual modo, el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo puso punto final a una noción de éste exclusivamente objetiva y determinada por factores del mundo exterior.

En cuanto a la teoría de los elementos negativos del tipo, se señalaba que si se reconoce que el tipo supone una valoración desde punto de vista del injusto, entonces surge la pregunta de por qué el mismo sólo contiene una parte de las circunstancias determinantes para el injusto y otra parte quedaba reservada para la categoría de la antijuridicidad. Dado que los elementos del tipo fundadores del injusto y los elementos de las causas de justificación, excluyentes del injusto, tienen la misma función en cuanto que sólo la conjunción complementadora de unos a continuación de otros permite un juicio definitivo sobre el injusto de hecho, parece lógico reunirlos en una categoría del delito incluyendo en el tipo los presupuestos de las causas de justificación.⁴²

Con esta teoría el neokantismo llevó hasta las últimas consecuencias el pensamiento neokantiano, al considerar que el tipo es un juicio de valor no provisional, por eso la tipicidad implica la antijuridicidad, esto es, la ausencia de causas de justificación. Esta teoría considera que la tipicidad y la antijuridicidad no son elementos distintos, por lo que la presencia de las causas de justificación excluyen también la tipicidad, pues la tipicidad implica antijuridicidad, y viceversa.

Asimismo, fue modificada profundamente la doctrina de la antijuridicidad, puesto que ahora se dedujo que de la finalidad de los preceptos penales que el injusto debía ser entendido materialmente como nocividad social, con lo que se abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de los intereses, toda vez que en el supuesto de que no haya ninguna lesión de intereses, el hecho no puede ser antijurídico. Con la ayuda de la antijuridicidad material se llegó a

⁴² Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 283.

desarrollar nuevas causas de justificación, más allá de los casos reconocidos legalmente.

La nueva relación entre tipo y antijuridicidad que se había iniciado con el reconocimiento de los elementos normativos del tipo y con la concepción material del injusto. El tipo ya no es era una descripción desvalorada de un acaecer externo, sino como un ingenioso recurso del legislador para reunir elementos del característico contenido del injusto de un hecho en relación con el tipo de delito. El tipo se transformó así en tipo del injusto, en el sentido de compendio de los momentos típicos de la antijuridicidad en relación con la correspondiente clase de delito.

También hubo cambios en cuanto a la culpabilidad. Fue Frank quien vio la culpabilidad en la formación de la voluntad contraria al deber y reprochable al autor: Un comportamiento prohibido debe atribuírsele a alguien en la culpabilidad cuando puede reprochársele haberlo tenido. En caso de imprudencia, el reproche de la culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de la insuficiente representación del resultado, sino contra la desatención manifestada por el autor en el cumplimiento de su deber de cuidado.

Al respecto decía Frank⁴³:

Buscando una expresión breve que contenga en sí todos los elementos referidos del concepto de culpabilidad, no encuentro ninguna otra más que reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. La expresión no es bella, pero no conozco otra mejor.

M.E. Mayer aplicó las concepciones neokantianas al campo de la autoría y la participación, e indicó que la distinción entre las diferentes formas de autoría y participación sólo es posible alcanzarla por la vía de la valoración jurídico-normativa de las aportaciones individuales al hecho.

⁴³ Frank, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, op. cit., pp. 28-29.

El sistema causalita-valorativista tuvo la virtud de comprobar que el injusto (acción, tipicidad y antijuridicidad) no es explicable de forma únicamente objetiva (elementos subjetivos del injusto); y, por otra parte, que la culpabilidad tampoco puede entenderse de manera solamente subjetiva (culpabilidad como reprochabilidad).

Es de advertirse, que para la teoría causalismo-valorativista, el dolo queda ubicado en la culpabilidad, como uno de sus elementos o formas.

En el marco normativo-causalista, el dolo se define con tres elementos: a) conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal; b) conocimiento de la significación antijurídica de los hechos, y c) querer esos hechos.

Mezger⁴⁴ dentro de este marco, puntualiza: “actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado”.

Sauer⁴⁵, por su parte, señala que “dolo es conocimiento de lo conforme (materialmente) al injusto, es decir, de la dañosidad social de un querer y obrar concreto”.

Con fundamento en el conocimiento de la significación, en Alemania se elaboraron diversas teorías, entre ellas la “estricta teoría del dolo” que postula la necesidad del conocimiento del injusto en el dolo, entendiendo este conocimiento como actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos; lógicamente esta situación era muy difícil de probar, salvo que se tratara de un delincuente jurista.

⁴⁴ Mezger, Edmundo. “Derecho Penal. Parte General”, trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, pp. 226- 227.

⁴⁵ Cita en Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 48.

Por otra parte, tenemos la “limitada teoría del dolo”, que considera que el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual, sino que basta el potencial conocimiento, o sea, que el sujeto estuvo en posibilidad de conocer el injusto.

Previo al surgimiento de la teoría de la acción finalista, surge la estricta teoría de la culpabilidad, en la que el conocimiento del injusto es elemento de la culpabilidad, más no del dolo, pues éste ya fue separado de la culpabilidad para ubicarlo en la acción con su contenido ya conocido: el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal y el querer esos hechos.

El conocimiento del injusto, va a ser elemento determinante en la existencia o no existencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo.

1.4. Sistemática finalista

A Hans Welzel se le reconoce unánimemente la calidad de padre fundador del finalismo, es el principal exponente de la “teoría de la acción finalista”, que tuvo sus precursores en Graf zu Dhona, Weber y Wolf, que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada “causalista”.

Desde su primitivo artículo sobre “Causalidad y acción”, que viera la luz en el año de 1931, comenzó a elaborar un sistema de derecho penal de base ontológica, explícitamente fundado en las denominadas “estructuras lógico–objetivas de la realidad (“sachlogische strukturen”), que vino a impugnar el relativismo valorativo del neokantismo y le impuso a la teoría del delito un inesperado giro metodológico.⁴⁶

⁴⁶ Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Reimpresión de la 1ª ed., Edit. Euros Editores, Bueno Aires, Argentina, 2002, p. 12.

Los críticos de Welzel⁴⁷, señala el propio autor de la teoría de la acción finalista, al considerar la ubicación del dolo, su conceptualización y las consecuencias de ello en toda la teoría del delito, se van más al origen de la tesis que a la tesis misma y la encuentran dependiente del sistema filosófico de Nicolai Hartmann.

Hall asevera que Hartmann es “el maestro filosófico de los finalistas”; Würtenberger previene de la “aceptación acrítica” de las doctrinas de Hartmann; Klug señala que la inclusión del dolo en el tipo “se deriva de la antología de Hartmann”. Oehler advierte que la separación del dolo y la culpabilidad obedece a una aceptación de la teoría de los valores de Hartmann. Córdoba también advierte en la teoría finalista, el influjo del conocimiento trascendental Kantiano, del método fenomenológico de Husserl y Scheler y el pensamiento de Hartmann. Pero, Welzel aclara que las sugerencias para la elaboración de la acción finalista no las recibió de Nicolai Hartmann, sino de la psicología del pensamiento y la primera de ellas, principalmente de la obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (Fundamentos de la psicología del pensamiento), del filósofo Richard Hönigswald y de alguno otros trabajos elaborados por destacados psicólogos y fenomenólogos, los cuales en su conjunto por el año de 1930 condujeron a la separación con la psicología mecanicista.

Welzel critica la influencia del naturalismo en la ciencia del derecho penal, tanto como la influencia de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre ser y deber ser, realidad y valor.

La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios del siglo.⁴⁸ Se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 27-28

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 10.

lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras lógico reales o lógico objetivas.⁴⁹

El sistema de Welzel gira en torno a su concepto de acción final, el cual respeta lo que él considera la estructura óptica fundamental. Ese punto de partida determina, al interior de la teoría del delito, el traslado del dolo (dolo valorado) y de la culpa al tipo. A partir de Welzel, entonces, bien puede sostenerse que el dolo constituye, necesariamente, un elemento subjetivo del injusto de los delitos dolosos (tipo subjetivo), en tanto la inobservancia del cuidado debido pasará a situarse en el tipo de injusto de los delitos culposos.

El finalismo considera a la acción final como algo que existe realmente, como algo que sólo puede ser descrito, como que puede ser objeto de una valoración, pero, la acción final, según esta concepción, dado que existe previamente al derecho, no puede ser el producto de una valoración, ni el producto de un acto legislativo.

En la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los

⁴⁹ Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 20.

componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”, la causalidad es “ciega”⁵⁰.

En esta doctrina, la acción final pasa por dos fases, una interna y otra externa. En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, se plantean los siguientes elementos:

- a) El objetivo que se pretende conseguir ;
- b) Selección de medios necesarios para su realización, y
- c) Los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone.

La fase externa se integra de la siguiente manera:

- a) La puesta en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, para alcanzar el objetivo final;
- b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y
- c) El nexo causal.

Para esta teoría la esencia de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo “supradetermina de modo final”. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se

⁵⁰ Welzel, Hans. *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Balestra y Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1952, pp. 19-20.

consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo. Con el traslado definitivo del dolo al tipo, la tipicidad se bifurcó en tipo objetivo y tipo subjetivo.

En el sistema finalista la finalidad de la acción típica fue equiparada con el dolo. De la estructura final de la acción se infería que el dolo juntamente con los otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de éste consiste en señalar todos sus elementos del injusto esenciales para la punibilidad.

Del finalismo, derivaron modificaciones fundamentales, en tres cuestiones básicas, de la teoría del delito:

En primer lugar, la conciencia de la antijuridicidad tuvo que separarse del dolo, una vez entendido éste como pura realización de la voluntad, y convertirse en el factor central del concepto de culpabilidad, ya que el reproche de defectuosa formación de la voluntad alcanza al autor, por haberse decidido por el hecho con conocimiento de la antijuridicidad.

En segundo lugar, como consecuencia de la separación entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, tuvieron que distinguirse de otra manera los supuestos de error a como se hacía en la sistemática anterior (error de hecho y error de derecho). En esta nueva doctrina existen, por una parte, el error de tipo, que excluye el dolo, y con él la punibilidad, ya que sin dolo no se realiza el tipo, y por otro lado, el error de prohibición, que niega la conciencia de la antijuridicidad. Ello suscitó el problema del tratamiento del error de prohibición, para lo que Welzel introdujo los criterios de evitabilidad e inevitabilidad. En el supuesto de un error invencible de prohibición, debía desaparecer por completo el reproche de culpabilidad; de no ser así, éste subsistía en principio, si bien debilitado según el grado.

Por último, resultó que la participación (inducción y complicidad) sólo puede ser considerada en relación con un hecho principal doloso, puesto que, atendiendo a la nueva posición sistemática del dolo, sin el dolo falta el tipo del hecho principal.

Asimismo, la nueva posición sistemática del dolo motivó que cambiara el concepto material del injusto al ser considerada para la subjetivación de la antijuridicidad, pues, según Jescheck⁵¹, tomando en consideración esta nueva posición para realizar tal subjetivación, los elementos personales del tipo fueron agrupados con el dolo bajo el término genérico de “elementos personales del injusto”, y opuestos como “desvalor de la acción” al desvalor del resultado”. La doble consideración de la antijuridicidad, bajo los dos aspectos de la voluntad antijurídica de la acción y de la lesión del objeto, reveló que el injusto no se agota en la causalidad concerniente al resultado socialmente dañoso, sino que ha de ser visto en un fracaso personal socialmente relevante, un concepto en el que funden la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

Con el finalismo los elementos subjetivos del injusto, tomaron especial relevancia en la antijuridicidad, pero es de señalarse que éstos fueron un logro esencial del causalimo-valorativista.

La concepción del injusto personal, en la doctrina finalista, de generalizada aceptación, le permitió diferenciar el desvalor de acción y el desvalor de resultado, aún cuando para Welzel, el injusto personal queda ya plenamente constituido por el desvalor del acto.

Por lo que respecta a la tentativa, la decisión delictiva del autor no es un mero elemento de la culpa, sino un elemento del injusto. Efectivamente, en la tentativa no se puede establecer cuál tipo existe objetivamente, sin tener en cuenta la intención subjetiva del autor. Por tanto, el dolo es aquí, indudablemente, un elemento de la acción y del tipo de injusto.

⁵¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 191-192.

Si alguien hace un disparo a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de homicidio, de lesiones o un disparo en un lugar prohibido, según cuál sea el dolo del autor. Sin el dolo, como elemento del tipo, sin duda alguna, no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. El dolo, según la doctrina dominante, es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa.

En cuanto a la culpabilidad, en el sistema finalista, aparecerá con los siguientes elementos: 1) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (como presupuesto de la culpabilidad); 2) la conciencia de antijuridicidad del hecho (con el finalismo el dolo pasa al tipo como dolo de tipo (dolo natural) y el conocimiento de la antijuridicidad queda en la culpabilidad), y 3) exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho. Como se puede observar, la culpabilidad en la sistemática finalista, ya sin ningún elemento psicológico (dolo o culpa), quedó como la etapa del delito en que se realiza un juicio de reproche al autor. Los elementos de dicho juicio permiten saber si el sujeto podía o debía conducirse de distinta manera (juicio de evitabilidad).

La doctrina de la acción finalista, se completó por la teoría del delito de omisión de la monografía Armin Kaufmann sobre la *Dogmatik* en *Unterlassungsdelikte* (Dogmática de los delitos de omisión), 1959, que los concibió, con estructura independiente de sus elementos, como tercera forma general de aparición del hecho punible al lado de los delitos dolosos o culposos. El delito de omisión constituye para los finalistas una forma especial del hecho penal, que ni siquiera resulta abarcado por el concepto final de acción y que únicamente puede ser comprendido en todos sus aspectos invirtiendo los principios sistemáticos desarrollados por el delito de comisión.

Por lo que hace a la ubicación del dolo, los finalistas, atentos al párrafo 1º del párrafo 59 del Código Penal alemán, apunta que se integra exclusivamente con base a dos elementos: el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal y querer la realización de tales hechos. No contendrá más aspectos valorativos, esto

implicó, el análisis de un concepto de “dolo neutro”, “dolo natural” o “dolo sin sangre”, libre de toda valoración.

Ahora bien, por lo que hace al conocimiento de la antijuridicidad, dejará de pertenecer al dolo y pasará a formar parte de la culpabilidad, que desde el punto de vista del finalismo es valoración pura.

Según Welzel “dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo”. Definición no muy afortunada, como comenta Olga Islas⁵², ya que si el tipo, como Welzel lo sostiene, se integra con una parte objetiva y una subjetiva, que es precisamente el dolo o la culpa, entonces, según el concepto dado, para que exista el dolo se requiere conocer y querer el dolo, lo cual carece de sentido. Sin embargo, dentro de la misma línea finalista Reinhart Maurach corrige ese defecto de conceptualización y dice que “dolo es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo”.

1.5. Modelo lógico.

La divulgación del sistema o modelo lógico, propuesto por los penalistas Olga Islas y Elpidio Ramírez, inicia en México en 1966 y del cual, en 1970, se publicó el capítulo correspondiente al tipo.

El modelo lógico partió de las premisas de que el estudio del Derecho penal ha carecido del uso de un lenguaje apropiado; que se han confundido los contenidos de los conceptos ya que existe vaguedad e imprecisión. El tipo y la punibilidad fueron rescatados de la teoría del delito y trasladados a la teoría de la ley penal. De esta manera, indican Islas-Ramírez⁵³, se superaron, además, los dos más voluminosos absurdos de la sistemática dominante. El primero, consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia excepto la que sí le es propia, o sea el tipo y la

⁵² Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 48.

⁵³ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el derecho penal*, Edit. Jurídica Mexicana, México, 1970, p. 9.

punibilidad. Era una teoría de la ley penal, sin ley penal, sin norma penal. El segundo reside en la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclan conceptos del mundo normativo (del deber ser) con otros del mundo de los hechos (del ser).

Como consecuencia de lo antes apuntado, en la teoría del delito habrá que estudiar su objeto del conocimiento, el delito, como hecho particular, concreto y temporal, y en el tipo debe de estudiarse (al igual que la punibilidad) en la teoría de la ley penal, en la teoría de la norma penal. Con ello queda salvado el segundo absurdo, constituido por la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo normativo (del deber ser), con otros del mundo de los hechos (del ser).⁵⁴

De lo anterior podemos concluir, que en el mundo penal existen dos niveles conceptuales distintos: el normativo, donde quedan ubicadas las normas penales (descripciones generales, abstractas y permanentes), y el fáctico, en el que se sitúan los delitos (hechos particulares, concretos y temporal). Las normas penales podrán ser de consumación o tentativa; en consecuencia, los delitos serán de consumación o tentativa.

Conforme a estos dos niveles de lenguaje, normas penales y delitos, habrá necesidad de construir dos capítulos teóricos diferentes: “la teoría general de las normas jurídico penales”, y la “teoría general de los delitos”.

Es por ello, que en el Modelo lógico se hace la distinción de dos niveles de lenguaje, es decir un nivel fáctico (objetos materiales) y un nivel normativo (objetos conceptuales).

Este sistema explica, en cinco subsistemas, las cinco clases de referentes que integran su objeto de conocimiento. En primer lugar, las acciones y omisiones

⁵⁴ Márquez Piñero, Rafael. *El tipo penal*, Edit. UNAM, México, 1986, p. 185.

humanas prejurídicas: acciones y omisiones antisociales (objetos materiales), relevantes para el legislador.

En segundo lugar, las normas penales generales y abstractas: tipos y punibilidades (objetos conceptuales), elaboradas por el legislador.

En tercer lugar, los delitos (objetos materiales), los cuales siguen siendo relevantes para el juez en razón de que están descritos y conminados penalmente en una norma penal general y abstracta.

En cuarto lugar, las normas penales individuales y concretas: puniciones (objetos conceptuales), surgidas de las sentencias de condena pronunciadas por los jueces.

En quinto lugar, las penas (objetos materiales), entendidas como ejecución de las normas penales individuales y concretas: ejecución de las puniciones.

Respecto de las acciones y omisiones humanas prejurídicas, es de advertirse lo siguiente:

Todo ser humano, frente al mundo que lo circunda (objetos materiales), tiene una doble alternativa: intervenir, con sus actividades, en ese mundo y producir en él un hecho (cambio de estado en un objeto material), o bien, no intervenir –inactividad– y, por tanto, dejar que los hechos (cambios de estado) se produzcan sin su intervención.

Las inactividades, al igual que las actividades, pueden trascender en beneficio o en perjuicio de los demás seres humanos o, incluso, pueden resultar neutras y, por tanto, no trascender ni en beneficio ni en perjuicio de los seres humanos.

Las actividades o inactividades humanas se pueden realizar bajo el control de su autor (en forma intencional o por descuido), o bien, simplemente se presentan sin que el autor esté en posibilidad de ejercer control alguno sobre ellas, es decir, de manera fortuita.

Únicamente pueden ser materia de prohibición penal las actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido perjudiquen a los seres humanos, esto es, que intencionalmente o por descuido se traducen en perjuicios sólo pueden ser objeto de reprobación penal cuando trascienden al ámbito social, o sea, cuando son antisociales.

Ahora bien, cuando se analizan las propiedades que debe satisfacer una actividad o una inactividad para ser considerada como antisocial, se evidencia, en primer lugar, que su autor: a) tiene la posibilidad de ejercer control sobre las mismas, es decir, tiene la posibilidad de ejercer control sobre la causalidad o b) carece de esa posibilidad. Las primeras se rigen por una voluntad finalista; y las segundas, ocurren de manera fortuita.

La necesidad, o la ausencia de ésta, va a determinar el sentido de la valoración social: cuando un ser humano actúa por necesidad, no hay juicio de reprobación social. Esta reprobación surge sólo cuando la lesión, o la puesta en peligro, del bien se infiere, o no se evita, sin necesidad.

La doctora Olga Islas⁵⁵ puntualiza con precisión:

Conducta antisocial es toda actividad (o inactividad) humana que, en forma intencional o por descuido, lesiona o pone en peligro (o no evita la lesión o la puesta en peligro de) algún bien que es necesario para la subsistencia misma de la sociedad o para ser soportable la vida en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos y de la sociedad, y que no es necesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

⁵⁵ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 22.

Respecto a las normas penales generales y abstractas, en el modelo lógico se señala: Las normas penales generales y abstractas constituyen solamente uno de los varios instrumentos de prevención. Estas normas son el producto del ejercicio del *ius puniendi* legislativo, ejercicio que debe regirse por, al menos, cuatro principios: legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad.

Una norma penal general y abstracta es legítima sólo cuando ella es socialmente necesaria para frenar la real comisión de acciones u omisiones antisociales pertenecientes a una única y bien definida clase de antisocialidad.

Una norma penal general y abstracta es racional sólo cuando, previamente a su creación, se diseña y pone en juego una política de prevención no penal de la antisocialidad.

Una norma penal general y abstracta es ponderada sólo cuando, previamente a su creación, el legislador evalúa toda la constelación de consecuencias en pro y en contra para saber si la nueva norma no traerá consecuencias contraproducentes en la realidad social.

Una norma penal general y abstracta nace legalmente sólo cuando en su creación se cumplen rigurosamente todas las formalidades exigidas por la Constitución al órgano creador y las exigencias del proceso legislativo.

Las acciones y omisiones antisociales son la fuente real que otorga legitimidad al legislador para la elaboración de las normas penales generales y abstractas, normas que van operar como instrumento para la protección de los bienes individuales o colectivos de índole social objetiva, que son necesarios para preservar la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la convivencia social o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos y de la sociedad.

La protección para ser integral, requiere dos clases de normas: 1) Normas penales para imputables, que contienen un tipo y una punibilidad y 2) Normas penales para inimputables, que contienen un tipo y una descripción legal de medidas de seguridad.

La norma jurídica o ley, es la conjunción de precepto y sanción. Del estudio del precepto aparece la teoría del tipo, del análisis de la punibilidad deriva el conocimiento de la responsabilidad y la propia punibilidad.

La teoría del delito estudia el mundo fenoménico, el ser; la relación entre la conducta del sujeto activo y el precepto legal concreto, corresponde a la teoría del delito, a la tipicidad de la conducta.

En el modelo lógico, se define al tipo como “una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de acciones u omisiones antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”⁵⁶.

Las acciones u omisiones antisociales, determinan el contenido del tipo, las cuales el legislador plasma en un tipo de manera específica y bien definida, ya que el legislador está sometido a la realidad prejurídica. Lo cual podemos corroborar con la función asignada a la punibilidad, consistente en la prevención general. Ya que si lo que se pretende es la prevención general, parece obvio que el legislador debe tomar en cuenta, para su descripción y prohibición, únicamente acciones u omisiones antisociales que están aconteciendo en la realidad social, y no otras, acciones u omisiones. Si el legislador no se sometiera a esa realidad antisocial prejurídica, las consecuencias serían inevitablemente negativas: las acciones u omisiones antisociales que están generando desarmonía en la convivencia humana, no quedarían descritas y prohibidas en las correspondientes normas penales; en

⁵⁶ *Ibidem*, p. 26.

cambio, si quedarían descritas y prohibidas acciones u omisiones que no son las que generan desarmonía.

Las acciones y omisiones finalistas adecuadas socialmente, por ser benéficas y en consecuencia no antisociales, quedan fuera de la órbita del tipo. No es razonable incluirlas en el tipo para después afanarse en excluirlas del delito mediante alguna atipicidad o causa de justificación. Lo mismo se debe decir de las acciones y omisiones que no son inadecuadas socialmente.

La voluntad finalista genera dos clases de tipos: los dolosos y culposos. Los tipos dolosos recogen la voluntad finalista; los culposos, incorporan no la voluntad finalista, sino, tan solo, el descuido que contamina a la voluntad finalista y desvía a la actividad o inactividad.

El tipo, en términos lógicos, es un conjunto que contiene veintidós elementos, organizables en ocho subconjuntos:

DEBER JURÍDICO PENAL

Elemento:

Deber jurídico penal = N

BIEN JURÍDICO

Elemento:

Bien jurídico = B

SUJETO ACTIVO

Elementos:

Voluntabilidad = A₁

Imputabilidad = A₂

Calidad de garante = A₃

Calidad específica = A₄

Pluralidad específica = A_5

SUJETO PASIVO

Elementos:

Calidad específica = P_1

Pluralidad específica = P_2

OBJETO MATERIAL

Elemento:

Objeto material = M

EL HECHO

Elementos:

Voluntad dolosa = J_1

Voluntad culposa = J_2

Actividad = I_1

Inactividad = I_2

Conducta

Resultado material = R

Medios = E

Referencia temporal = G

Referencia espacial = S

Referencia de ocasión = F

Modalidades

LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Elementos:

Lesión del bien jurídico = W_1

Puesta en peligro del bien jurídico = W_2

VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL

Elemento:

Violación del deber jurídico penal = V

En atención a lo anterior la estructura de los tipos penales sería:

$$T = [NB (A_1 + A_2 + A_3 + A_4 + A_5) (P_1 + P_2) M] \quad [(J_1 + J_2) (I_1 + I_2) R (E + G + S + F)] \\ [(W_1 + W_2) V] X_1$$

Los elementos del tipo penal son clasificados como únicamente descriptivos o no valorativos, descriptivos y a la vez valorativos, subjetivos y objetivos. Los elementos puramente descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada en los propios tipos por el legislador. Los valorativos contienen precisamente la valoración legal de ese objeto. Son valorativos: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. Todos los demás son puramente descriptivos.

También se puede hablar de elementos subjetivos y elementos objetivos. Son subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Son objetivos todos los restantes.

Dentro del modelo que estamos analizando⁵⁷ el dolo es conceptualizado como “conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal”.

De aquí que para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, y ello por tres razones: a) Los elementos del tipo se clasifican en objetivos y subjetivos; b) El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo, y c) El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 47

El concepto de dolo del modelo es correspondiente a un dolo no valorado, natural, neutro, concepción del dolo como hecho puramente psíquico, con exclusión de toda referencia a los elementos objetivos valorativos del tipo penal, que son el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. De no ser así, se caería en un concepto de dolo valorado, propio de las teorías causalistas, con todas sus contradicciones.

Debido a que se ensancha la noción del tipo, también se superan las contradicciones del finalismo. Con los finalistas hay concordancia en excluir al dolo de la culpabilidad, debido a que el concepto de acción del Derecho penal no puede ser distinto del concepto ontológico de acción, del concepto real de acción, ya que los delitos son acciones de la vida real, no son entes metafísicos; son actividades o inactividades, en las cuales el ser humano pone en juego su voluntad. Sin embargo, se superan las contradicciones que en el finalismo surgen como consecuencia de ubicar el dolo en dos niveles conceptuales: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. En aquella, el dolo está incluido en el tipo. En ésta, el dolo se encuentra contenido en la conducta particular y concreta ejecutada por el sujeto, es decir, el dolo está contenido en el delito.

Ahora, indica la maestra Olga Islas⁵⁸, si el dolo se construye con fundamento en la parte objetiva no valorativa del tipo, su semántica específica variará en función del tipo correspondiente. Semejante tesitura permite hablar, a un nivel fáctico, de un dolo típico. Lo cual elimina los siguientes seudoproblemas:

Los italianos establecen la distinción entre dolo genérico y dolo específico. El genérico (con fundamento en el artículo 43 de su propio ordenamiento legal), es entendido como un “querer el resultado”; el específico, desprendido de las obras penales que hacen especial referencia a aspectos subjetivos, lo conciben como dirección específica de la voluntad diferente de la del dolo genérico (ánimo de

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 48-49.

dominio, en el robo; fines eróticos o matrimoniales, en el rapto, móviles de honor, en el infanticidio, etcétera).

La teoría alemana, en esta cuestión, entiende estas exigencias subjetivas del tipo justamente como “elementos subjetivos del tipo” o “elementos subjetivos del injusto”, independientes del dolo.

Cabe indicar, comenta la doctora Olga Islas, que tanto itálicos como teutones inciden en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentada; lo cual es un artificio, porque la voluntad, recogida por el legislador no es diferente de la existente en la vida real, y esta última nunca es una voluntad fraccionada.

Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (italianos), como el dolo y los elementos subjetivos del tipo (germánicos) aluden al contenido del tipo, resulta inexplicable la partición en sectores de los elementos subjetivos.

2. La doctrina tradicional también clasifica el dolo en anterior, concomitante y subsiguiente, sin advertir que un delito es doloso únicamente cuando la actividad o la inactividad son concomitantes con la voluntad.

El dolo directo, el dolo eventual y el dolo de consecuencia necesaria, sí constituyen variantes del dolo típico; por consiguiente, su distinción es necesaria para la explicación integral del dolo.

Por dolo eventual se entiende el conocer y aceptar la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal. Dolo de consecuencia necesaria surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente consecuencias típicas. Por tal razón, el dolo de consecuencias necesarias es conocer que con la actividad que se va a realizar se concretizará necesariamente la parte objetiva no valorativa del algún tipo penal.

En resumen: El dolo en la teoría, del modelo lógico, está en el tipo y el delito: específicamente en la conducta general y abstracta descrita normativamente y en la particular y concreta realizada en el mundo fenoménico.

Por lo que hace a la punibilidad, en el modelo que estamos analizando, se indica:

La punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

La punibilidad: 1) es normativa penal general y abstracta que surge en la instancia legislativa; 2) es, tan sólo, conminación de privación o restricción de bienes, dirigida a sujetos imputables; 3) tiene como finalidad la protección de bienes; 4) debe ser idónea para la prevención.

La idoneidad depende de dos criterios: uno cualitativo y otro cuantitativo. En lo cualitativo, la clase de punibilidad está en función de la clase de bien tutelado; en lo cuantitativo, la cantidad de punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión o puesta en peligro del bien protegido.

La punibilidad es el fundamento general y abstracto de la punición y de la pena. Aquí vale una precisión: la culpabilidad, que sí es decisiva para cuantificar la punición, es completamente ajena a la punibilidad.

Respecto del delito en la teoría del modelo lógico, se apunta lo siguiente:

La doctora Olga Islas⁵⁹ puntualiza con precisión: Delito es la culpable concreción de un tipo penal. El delito es un hecho que se sitúa en el mundo de la

⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

facticidad. A diferencia de la norma jurídico-penal, el delito es particular, concreto y temporal, adecuado, con toda exactitud, a un tipo penal y reprochable a su autor en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y de los reductores de este ejercicio.

Por exigencia del *nullum crimen, nula poena sine lege*, para la configuración del delito es necesario el cumplimiento del requisito de tipicidad. Ésta consiste en la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

La tipicidad, necesaria por exigencia de la garantía de legalidad, no es suficiente para la integración del delito; es necesaria, además, la culpabilidad.

En el análisis del delito revela que su contenido surge a la vida en dos momentos diferentes: 1) Una parte de su contenido surge en el momento de ser realizada la acción u omisión; 2) Otra parte del mismo ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. El contenido que surge con la conducta tiene la propiedad de ser lesivo del bien o violatorio del deber o reprochable a su autor; en cambio, el que ya preexistía no tiene las propiedades anotadas. Esto permite diferenciar con toda precisión esos contenidos; al que surge con la conducta se le denomina: “elementos del delito”; al preexistente, “presupuestos del delito”.

Para Olga Islas, los presupuestos del delito son la tipicidad y la atipicidad.

Presupuestos del delito son antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo penal y necesarios para la realización del delito. Tales como:

Deber jurídico penal típico.

Bien jurídico típico.

Sujeto activo típico.

Sujeto pasivo típico.

Objeto material típico.

Señala la maestra Olga Islas⁶⁰ que los presupuestos del delito, cuya ubicación, como ya se indicó, están en el mundo fáctico, se adecuan en su semántica a los cinco primeros subconjuntos del tipo legal; éstos les determinan su denominación y su contenido.

Nótese que los presupuestos del delito necesariamente tienen que coincidir, en su semántica, a la correspondiente de los cinco primeros subconjuntos del tipo legal. Cuando esta coincidencia necesaria no se satisface se estará frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia del presupuesto típico. Por ello en análisis riguroso de cada presupuesto, sólo caben dos posibilidades: la tipicidad o la atipicidad. Obviamente, la atipicidad de un presupuesto da lugar a la imposible realización de ese delito, lo que no impide la posible concreción de un tipo penal diferente.

Consecuentemente, las hipótesis de atipicidad se presentan cuando hay ausencia de:

1. Deber jurídico penal típico.
2. Bien jurídico típico.
3. Sujeto activo típico.
4. Sujeto pasivo típico.
5. Objeto material típico.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 64-65.

Los elementos del delito que se localizan en el mundo de la facticidad: 1) nacen con la acción u omisión, y 2) salvo la culpabilidad, deben ser sometidos al examen de la tipicidad, ellos son:

1. El hecho típico.
2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típica.
3. Violación del deber jurídico penal típica.
4. Culpabilidad.

Advierte la Olga Islas⁶¹ que de los cuatro subconjuntos, los tres primeros se adecuan a los subconjuntos del tipo del mismo nombre, no así la “culpabilidad”, que no es típica pero se les asocia para constituir el conjunto denominado delito.

Habrá tipicidad, cuando el hecho concreto reúne las características exigidas en el hecho típico, en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y en la violación del deber jurídico penal, descritos en el tipo penal.

La hipótesis de atipicidad, en referencia a los elementos del delito se dan por falta de: hecho típico, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y violación del deber jurídico penal típico.

Respecto de la culpabilidad podemos decir que es reprochabilidad de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que el activo tienen de que su acción u omisión es innecesaria porque no va dirigida a salvar bien jurídico alguno o porque existe a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

No existe culpabilidad cuando se está ante la presencia de un trastorno mental transitorio o de un error invencible de tipicidad valorativa: error sobre el deber jurídico

⁶¹ *Ibidem*, p. 65.

penal o error sobre la violación del deber jurídico penal (eximentes putativas). El error vencible deja subsistente una culpabilidad atenuada.

La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma (ausencia de coacción y de estado de necesidad con bienes de igual valor) es materia de la violación del deber jurídico penal y no de la culpabilidad. Razón: En la coacción y en el estado de necesidad (no exigibilidad) la conducta va dirigida a salvar algún bien jurídico y no existe al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. A la inversa: en la ausencia de coacción y de estado de necesidad (exigibilidad) la conducta no va dirigida a salvar bien jurídico alguno o el sujeto sí tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Por ello, la exigibilidad queda incluida en la violación del deber jurídico penal y las causas de inculpabilidad por inexigibilidad pasan ensanchar el campo de las causas de justificación.

Con la supresión de la exigibilidad, zona común a culpabilidad y antijuridicidad, culmina la depuración del concepto complejo de culpabilidad; ésta, sin el gravamen de la exigibilidad, es, ahora sí, un juicio de valoración distinto del juicio de valoración propio de la violación del deber jurídico.

En cuanto al nivel normativo destinado a las puniciones, se anota lo siguiente:

La punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes (fijación de retribución = medio) del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general (= fin) y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

La punición: es normatividad penal individual y concreta que surge en la instancia judicial; es un mandato particular y concreto cuyo contenido es la privación o restricción de bienes del autor del delito; tiene como finalidad la reafirmación de la prevención general; debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad; se fundamenta en la punibilidad.

En último lugar por lo que hace las penas, que se instalan en un nivel fáctico, se señala lo siguiente:

Pena es la real privación o restricción de bienes (retribución = medio) del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial (= fin), y determinada en su máximo por la punición y en su mínimo por la convicción adquirida por el sujeto de que no volverá a delinquir.

La pena: es un hecho particular y concreto a cargo del órgano ejecutivo; es la real privación o restricción de bienes del autor del delito; tiene como finalidad la prevención especial; se fundamenta en la punición.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que el modelo lógico⁶² propone el estudio del derecho penal bajo una sistemática de la cual podemos destacar los siguientes puntos:

a) El estudio del derecho penal como un todo, a partir del análisis de la norma penal.

b) Establece dos niveles conceptuales en el estudio del derecho penal: el primero de orden normativo; general, abstracto, que comprende el estudio de la teoría del tipo y teoría de la punibilidad; el segundo de orden fenomenológico, real, concreto, que comprende el estudio de la teoría del delito y la tipicidad, así como su relación con el orden normativo.

c) Se funda en la lógica matemática, específicamente el cálculo de primer nivel y la lógica formal.

d) La estructura del tipo en el nivel conceptual normativo, integrado por 22 elementos y éstos agrupados en 8 subconjuntos.

⁶² Orellana Wiarco, Octavio Alberto. "Curso de derecho penal", 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001, pp. 397-398.

e) El estudio de la tipicidad a partir del nivel fáctico, real, en relación al nivel normativo.

f) El estudio de la punibilidad normativa; y la pena en el nivel real, concreto.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCEPTUACION DEL DOLO

2.1. Concepto

El modelo que aceptamos en este trabajo, es el sistema que reconoce al dolo en la tipicidad, como un elemento subjetivo, ya que el tipo de injusto está compuesto de elementos objetivos como de subjetivos. En la vertiente objetiva se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva de la acción típica, y en la parte subjetiva, el contenido de la voluntad que rige la acción. Welzel, es uno de los autores que reconocen en la acción el dolo que, después, habrá de considerar el elemento subjetivo del tipo en el marco de la tipicidad.

La teoría finalista de la acción demostró que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción por lo tanto no era un simple proceso causal ciego, sino dirigido por la voluntad a un fin. Esto permite analizar la conducta de una manera completa resolviendo la problemática de la tentativa, de la participación, la autoría, etc.

Algunos Autores estudian el dolo en la tipicidad, por razón de que la norma sólo puede ordenar o prohibir conductas y no resultados ni causalidades. Otros autores, partidarios de la teoría de la acción social, ubican al dolo en la tipicidad como elemento subjetivo de la acción. Asimismo, los partidarios del funcionalismo político criminal, reconocen el dolo en la tipicidad.

Para otros autores, el dolo no sólo se encuentra ubicado en un lugar, si no que admiten el concepto de la doble posición del dolo, o de la triple posición del dolo. Para Malo Camacho⁶³ el concepto de dolo tiene una función específica que exige ser revisada, tanto en el campo de la tipicidad, como también en la antijuridicidad, donde se estudian los elementos subjetivos de las legitimantes; e incluso en la culpabilidad, ya que el reproche tiene que recaer en una conducta típica y antijurídica que tiene que ser dolosa o culposa.

⁶³Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1997, p. 358.

Sin embargo, se hace hincapié, que hoy en día, el ámbito que mayormente concentra el estudio del dolo, es en el tipo, desterrando todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma, especie o elemento de la culpabilidad.

De lo antes transcrito podemos desprender que la categoría de elemento subjetivo de la tipicidad el dolo, nos permite atribuir la voluntad de un comportamiento a su autor. El delito en cuanto conducta típica y antijurídica, o injusto, no puede ser entendido como algo exclusivamente objetivo, sino que tiene que ser considerado como el comportamiento de una persona física, que se da dentro de un cierto ámbito situacional social y tal comportamiento implica una actividad que refleja su presencia dentro del marco de relación social de esa persona en el mundo.

La conducta típica proviene siempre de la conducta de alguien que afecta a un tercero y en ella queda recogida su voluntad que implica el dolo. Por esto, el tipo penal aparece conformado por un elemento objetivo y por otro subjetivo, además del normativo mismo. Este dolo típico es el que tiene que darse en la tipicidad, a fin de que la conducta sea atribuible al tipo penal correspondiente. En síntesis, la acción, como la omisión, para ser típica, debe ser dolosa o culposa, tal y como lo enuncian los Códigos Penal (local y federal).

Ahora bien, para que una persona pueda ser responsabilizada de la comisión de un hecho delictivo es indispensable que, desde el punto de vista psicológico, haya actuado con dolo, es decir, que haya querido o aceptado la realización del hecho delictivo, en la inteligencia de que tanto el querer como el aceptar implican el conocimiento del hecho, o bien, que ese hecho hubiese sido cometido en forma culposa, es decir, que siendo previsible no haya sido previsto, o previó confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado. Sobre la base de este mínimo psicológico necesario para responsabilizar penalmente a una persona, queda eliminada la posibilidad de la responsabilidad objetiva penal.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho, aquí nosotros lo definimos como: “el querer, regido por el conocimiento normal, de la realización de los elementos objetivos y normativos del tipo penal”.

Desde un ámbito doctrinal tenemos que la figura jurídica del dolo es conceptuada de diversas maneras, razón por la cual se transcribirán textualmente algunas definiciones de connotados juristas internacionales y nacionales, a saber:

a) Autores extranjeros:

El autor español Luis Jiménez de Asúa⁶⁴ señala que el dolo “...existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia (*sic*) de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”

A su vez el maestro, Francisco Muñoz Conde⁶⁵ lacónicamente señala que “el término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.”

El italiano Francesco Carrara⁶⁶ manifiesta que el dolo es “...la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”.

Para Edmundo Mezger⁶⁷ el dolo “...es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad. El dolo consiste, en consecuencia, en circunstancias de hecho determinadas.”

⁶⁴ Jiménez, de Asúa. *La ley y el delito*, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁶ Carrara, Francesco. *Opusculi di Diritto Criminale*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Edit. Harla, S.A., México, 1993, p. 108.

⁶⁷ Mezger, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 226.

Para Werner Niese⁶⁸ “...el dolo es el elemento subjetivo general de la ilicitud en todos los delitos dolosos”.

Federico Puig Peña⁶⁹ define al dolo como “la producción de un resultado típico y antijurídico con conocimiento y representación del mismo que se quiere o ratifica”.

Isaías Sánchez-Tijerina⁷⁰ define al dolo como “la representación del resultado delictivo en el momento de realizar el acto”.

b) Autores nacionales:

Ricardo Franco Guzmán⁷¹, dolo es “la representación y la voluntariedad de una conducta y su resultado, estimado por la ley como lícito.”

Rubén Quintino Zepeda⁷² señala que el dolo debe definirse como : “la expresión de voluntad bajo la cual el autor comprende el sentido normal de su adecuación.”

Fernando Castellanos Tena⁷³ menciona que el dolo “...consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.”

Por su parte, Eduardo López Betancourt⁷⁴ expone que “el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo.”

⁶⁸ Niese, Werner. *La teoría finalista de la acción en el Derecho alemán*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, T. XI, enero-julio de 1961, Núms.. 41-42, p. 8.

⁶⁹ Puig Peña, Federico. *Derecho Penal, Parte General*, T. I, 4ª ed., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1955, p. 288.

⁷⁰ Sánchez-Tijerina, Isaías. *Derecho Penal Español*, T. I, 5ª ed., Madrid, España, 1950, p. 186.

⁷¹ Franco Guzmán, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, *op. cit.*, p.457.

⁷² Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de derecho penal*, *op. cit.*, p. 272.

⁷³ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 39ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1998, p. 239.

⁷⁴ López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999, pp. 218-219.

Francisco Pavón Vasconcelos⁷⁵ considera que “...la noción del dolo precisa la voluntad (querer tanto la acción u omisión, como en su caso el resultado) más el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación, esto es, conocimiento de la relación causal, cuando ésta es exigida en el hecho; de la tipicidad del mismo entendida de manera profana y de su carácter antijurídico”.

Marco Antonio Díaz León⁷⁶ señala que “...el dolo constituye una de las formas de la culpabilidad, la más grave, y tiene por fundamento la voluntad del agente; en relación con este grado, sin dolo o intención, no hay culpabilidad y por tanto hecho punible. De esta manera, el dolo equivale a la voluntad consciente de cometer un hecho calificado por la ley como delito.”

Enrique Díaz-Aranda⁷⁷ menciona que “...se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.”

Para Olga Islas⁷⁸ el dolo se conceptúa como: “conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal”.

Es importante señalar, que la ubicación sistemática del dolo, de acuerdo a la teoría que se siga, ha tenido diverso contenido. Más adelante estudiaremos las diferentes definiciones del dolo, según su alcance o extensión.

2.2. Elementos constitutivos

Para nosotros los elementos de que consta el dolo son precisamente dos: la representación (cognoscitivo o intelectual), y el volitivo (voluntariedad)

⁷⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999, p. 393.

⁷⁶ Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*, T. I, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1989, p. 634.

⁷⁷ Díaz-Aranda, Enrique. *Dolo*, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁸ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, *op. cit.*, p. 47.

a) La representación, también llamado momento cognoscitivo o intelectual, que consiste en la previsión, en el conocimiento anticipado de los elementos que integran el tipo penal, pues es efectivamente un acto psíquico de conocimiento, de visión anticipada de los elemento que concretizan su acción como acción típica.

El dolo, como elemento de la conducta típica, no implica el conocimiento de la antijuridicidad, que exige el conocimiento de estar obrando en contra de lo ordenado por todo el orden jurídico, es decir que no existen causas de justificación, que es el paso siguiente del análisis de los elementos del delito, sino sólo el conocimiento que corresponde a la parte objetiva y normativa del tipo.

En relación al conocimiento se debe distinguir entre conocimiento efectivo y conocimiento potencial.

El conocimiento efectivo puede ser un conocimiento actual o un conocimiento potencial actualizable.

El conocimiento actual (sostenido por la estricta teoría del dolo) es aquel mediante el cual el sujeto ha de saber lo que hace, es decir, debe conocer los elementos del tipo objetivo, en el momento mismo en que ocurren los hechos. Esto no quiere decir que el sujeto deba tener un conocimiento exacto de cada elemento del tipo objetivo, ya que en algunos casos esto sería imposible.

El conocimiento es actualizable, cuando el individuo tiene un conocimiento real y efectivo del objeto, pero sin embargo, éste no aparece como centro de la focalización de su actividad consciente en el momento en que el autor despliega su comportamiento penalmente relevante.

Ha sido expuesto que la comprensión de los elementos normativos no ha de ser una comprensión exacta, ya que en caso de ser así, únicamente quien tuviera el conocimiento exacto de los elementos normativos podrían comportarse dolosamente. Lógicamente esta situación era muy difícil de probar, salvo que se tratara de un delincuente jurista.

El conocimiento potencial (propuesto por la limitada teoría del dolo) considera que el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual, sino que basta que el sujeto estuvo en posibilidad de conocer el injusto.

b) La voluntariedad. A fin de que exista el dolo se requiere además querer realizar los elementos objetivos del tipo, ya que no basta su mero conocimiento, independientemente de que se realicen todas las consecuencias previstas o no.

El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas *vis absoluta*, *vis maior* y los actos reflejos. Las primeras dos son fuerzas físicas, externas e irresistibles que impiden el querer típico. En la *vis absoluta* se actúa o se deja de actuar involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro ser humano, cuya superioridad manifiesta impide resistirla a quien se le aplica. En la *vis maior* se presenta similar fenómeno al de la *vis absoluta*: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales, por tanto, se diferencia de la *vis absoluta* en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras que en aquélla la fuerza impulsora encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o ya subhumana.

Por actos reflejos entendemos aquellas reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos.

2.3. Clasificación

En nuestra disciplina *iuspenalista*, son numerosas las clasificaciones que se han propuesto y continúan formulándose respecto el dolo. El propósito de este trabajo de investigación obliga a escoger, de entre las variadas clasificaciones, aquellas que han parecido más claras y asequibles en el amplio universo del Derecho. Naturalmente, la elección se ha realizado con criterio subjetivo inevitable y susceptible de crítica.

Con criterio eminentemente práctico y utilizando la gran claridad expositiva que a él le caracteriza, el jurista mexicano Ricardo Franco Guzmán⁷⁹, nos ofrece la siguiente clasificación:

a) Dolo genérico: El cual existe cuando se ha querido el hecho tipificado en la ley.

b) Dolo específico: Se da cuando ésta requiere en el sujeto el haber actuado por un fin particular.

c) Dolo directo: Existe cuando el resultado alcanzado ha sido previsto por el agente.

d) Dolo indirecto: Implica la representación de un evento distinto pero el producto se previó y preventivamente se aceptó.

e) Dolo alternativo: Se da cuando existiendo como posibles varios resultados, al sujeto le es indiferente que se realicen unos o tros.

f) Dolo de daño: Cuando se ocasiona una lesión al bien protegido por la norma.

⁷⁹ Franco Guzmán, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, op. cit., p. 458.

g) Dolo de peligro: Se presenta cuando el sujeto ha querido simplemente amenazar el bien o derecho protegidos.

A su vez, el maestro Rubén Quintino Zepeda⁸⁰ expone las siguientes clases de dolo:

a) Dolo directo: Consiste en que el sujeto quiere y, según su conocimiento, tiene como segura la realización del sentido del tipo objetivo, es decir, requiere un conocimiento de saber o tener como seguro el resultado típico.

b) Dolo directo de primer grado: Consiste en que el sujeto conozca y quiera el sentido de la realización típica.

c) Dolo directo de segundo: Consiste en que el sujeto no quiere directamente una consecuencia que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.

d) Dolo eventual: Se define como el “tomar como viene” o “conformarse con” la realización de los elementos del tipo penal. El dolo eventual requiere un conocimiento de saber o tener como posible la realización del tipo penal.

e) Dolo de hecho o dolo de tipo: Consiste en saber y querer realizar el tipo penal, sin incorporar el elemento (adicional) de conocimiento de la antijuridicidad. Este dolo es un dolo natural, desprovisto de la conciencia de la antijuridicidad del autor.

En resumen, consideramos suficiente hablar de: a) dolo directo de primer grado (o intención en sentido estricto), b) dolo directo de segundo grado (dolo indirecto o de consecuencia necesaria), y c) dolo eventual.

⁸⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, *op. cit.* pp. 234-235.

a) Dolo directo de primer grado. Se presenta cuando el autor quiere la producción de un resultado típico o la acción típica.⁸¹ el autor quiere lesionar y lesiona, quiere robar y roba, etc.

b) Dolo directo de segundo grado. Se da en los casos en que los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende⁸².

Jiménez de Asúa agrega que esta clase de dolo es una variedad del directo; un ejemplo de ello, es cuando un anarquista quiere dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja acompañado de su secretario particular. La bomba que aquel le pone, de gran potencia, destruye el automóvil en el que viaja el rey, su secretario y el chofer. La muerte de estos dos últimos, que el anarquista no desea, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate. Por eso, pueden imputarse estas dos muertes (no deseadas, pero necesarias) para la producción del resultado querido por el que lanza la bomba.

c) Dolo eventual. En este caso, el agente no quiere producir el resultado típico, sin embargo, esta dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta y hecho típico, aun cuando desee que estos no se produzcan.

Jescheck⁸³ entiende por dolo eventual “cuando el autor prevé como posible el resultado típico y se conforma con él”. En sentido estricto en el dolo eventual no existe la voluntad de causar el resultado típico y antijurídico, pero es asimilada a ésta, para los efectos de su responsabilidad penal, su aceptación de las consecuencias del resultado producido.

La figura del dolo eventual guarda relación y diferencias con la culpa con representación o culpa consciente, en donde también se da un resultado típico y

⁸¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 267.

⁸² Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del delito, op. cit.*, p. 45.

⁸³ *Ibidem*, p. 269.

antijurídico que en sentido estricto no es querido, pero en donde el agente confiando en su pericia o en sus capacidades, da por entendido que dicho resultado no habrá de producirse, no existe aceptación de la producción del resultado típico, lo que identifica al dolo eventual.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia se han formulado las teorías cognitiva y las teorías volitivas.

Las teorías volitivas más conocidas son las del consentimiento y las del sentimiento:

a). La Teoría del consentimiento atiende al contenido de la voluntad. Por lo que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual debe representarse la posibilidad de realización del tipo, además, antes de su realización, aprueba la producción del resultado o la acepta.

Muñoz Conde⁸⁴ al respecto, dice: para esta teoría es preciso que además se diga: aun cuando fuere segura su producción, actuaría (fórmula de Frank), y en la culpa si el autor se hubiere representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

b). Teoría del sentimiento sostenida por Engisch⁸⁵ 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”. Pero este criterio no nos sirve de mucho ya que en la culpa consciente también se actúa con indiferencia.

⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, op. cit., p.46.

⁸⁵ Ver Díaz-Aranda, Enrique. *Dolo*, op. cit., p. 149.

A través de esta teoría, se puede imputar a título de dolo eventual casos como de los pilotos suicidas que para ganar una apuesta conducen su automóvil a gran velocidad, durante un largo trayecto, por el lado contrario de la autopista. En este caso la muerte de otros conductores no es querida, ya que determina perder la apuesta, aparte de otras consecuencias no deseadas como la propia lesión del piloto suicida.

Por lo que hace a las teorías cognitivas, podemos decir que, a través de ellas, se puede constatar o deducir de datos externos, la concurrencia del conocimiento al momento en que el autor lleva a cabo la conducta. Las teorías cognitivas más conocidas son la de la representación y la probabilidad.

a). Teoría de la representación. Cuando un sujeto se representa la mera posibilidad de que su acción sea la adecuada para producir el resultado lesivo, es suficiente para afirmar el dolo.⁸⁶

b). Teoría de la probabilidad. Admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación.⁸⁷

De lo anterior podemos advertir, que parecería fácil establecer, en teoría, una diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, en la práctica no lo es, dicha diferencia presenta dificultades para su concreción, por lo que depende de los elementos de prueba.

Con respecto a las diversas clasificaciones del dolo, la maestra Olga Islas de González Mariscal⁸⁸ afirma, lo cual ya hemos mencionado, lo siguiente:

⁸⁶ *Ibidem*, p. 151.

⁸⁷ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, op. cit., p. 46.

⁸⁸ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., pp. 48-49.

Los italianos establecen la distinción entre dolo genérico y dolo específico. El genérico (con fundamento en el artículo 43 de su propio ordenamiento legal), es entendido como un “querer el resultado”; el específico, desprendido de las obras penales que hacen especial referencia a aspectos subjetivos, lo conciben como dirección específica de la voluntad diferente de la del dolo genérico (ánimo de dominio, en el robo; fines eróticos o matrimoniales, en el rapto, móviles de honor, en el infanticidio, etcétera).

La teoría alemana, en esta cuestión, entiende estas exigencias subjetivas del tipo justamente como “elementos subjetivos del tipo” o “elementos subjetivos del injusto”, independientes del dolo.

Cabe indicar, comenta la doctora Olga Islas, que tanto itálicos como teutones inciden en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentada; lo cual es un artificio, porque la voluntad, recogida por el legislador no es diferente de la existente en la vida real, y esta última nunca es una voluntad fraccionada.

Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (italianos), como el dolo y los elementos subjetivos del tipo (germánicos) aluden al contenido del tipo, resulta inexplicable la partición en sectores de los elementos subjetivos.

La doctrina tradicional también clasifica el dolo en anterior, concomitante y subsiguiente, sin advertir que un delito es doloso únicamente cuando la actividad o la inactividad son concomitantes con la voluntad.

El dolo directo, el dolo eventual y el dolo de consecuencia necesaria, sí constituyen variantes del dolo típico; por consiguiente, su distinción es necesaria para la explicación integral del dolo.

Por dolo eventual se entiende el conocer y aceptar la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal. Dolo de consecuencia necesaria surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente consecuencias típicas. Por tal razón, el dolo de consecuencias necesarias es conocer que con la actividad que se va a realizar se concretizará necesariamente la parte objetiva no valorativa del algún tipo penal.

Para ejemplificar el concepto de dolo eventual, podemos referir el caso de un sujeto que, habiendo cometido un robo, aborda un automóvil para huir a toda prisa y al ser interceptado por un policía se abalanza con su vehículo contra éste quien consigue esquivarle saltando en el último instante, caso en el que, el dolo eventual de homicidio depende de que el ladrón se hubiere conformado con ese resultado mortal una vez que lo hubiere advertido como posible.

Como vemos en el caso citado, el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo sigue actuando admitiendo la eventual realización del mismo.

Para ejemplificar el concepto de dolo de consecuencia necesaria, podemos referir el caso de un sujeto que quiere matar a su tiránico gobernante y para hacerlo pone una bomba en el palacio de gobierno, la cual hace explotar en el momento en el que él está seguro de que el gobernador se encuentra en el interior de ese recinto, y aún cuando el anarquista no desea la muerte de las personas que además de dicho gobernador se encuentran en el interior de ese palacio en el momento de la explosión, ésta es absolutamente necesaria para el homicidio del gobernador.

La problemática planteada en relación a la ubicación del dolo como su conceptualización, han sido objeto de estudio de parte de los juristas dedicados a la materia penal.

La cambiante trayectoria del dolo, a través del tiempo, ha estado estrictamente ligada a las tendencias por las que el pensamiento filosófico ha pasado. El causalismo, el finalismo y el modelo lógico, son manifestaciones perfectible de la obra humana, estos ya constituyen escalones de otros sistemas. El dolo ubicado en la culpabilidad ha tenido diverso contenido, según la tesis que se siga: psicologismo o normativismo. En cambio el finalismo, distingue entre tipo doloso y tipo culposo. El dolo finalista no es de la teoría causalista. El dolo de la teoría causalista es un *dolus malus*; el del finalismo, un dolo neutro.

Asimismo, el dolo en el modelo lógico está en el tipo y en el delito: específicamente en la conducta general y abstracta descrita normativamente y en la particular y concreta realizada en el mundo fenoménico.

CAPITULO TERCERO.

**UBICACION SISTEMATICA DEL DOLO EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO**

En México, el término empleado, en nuestra legislación penal, para hacer referencia al dolo era el de intencionalidad. El código penal de 1871, conocido como código Martínez de Castro, hacía referencia a los delitos intencionales, considerados como delitos dolosos, al igual que el código de 1929, llamado Código de Almaraz, así como en el Código Penal de 1931.

La reforma penal de 13 de enero de 1984, publicada en el Diario Oficial de la Federación, introdujo cambios muy significativos, entre los cuales sobresalieron la nueva concepción del delito intencional, que al respecto en el artículo 9º se señalaba: “Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley”.

De esta reforma se advierte, que nuestra legislación sustantiva penal, acepta implícitamente las tres clases de dolo, es decir, el *dolus directus* de primer grado, más conocido como dolo directo, así como el *dolus directus* de segundo grado o dolo indirecto y al dolo eventual.

A partir del 4 de septiembre de 1993, entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de dicha reforma interesa resaltar en relación al presente estudio, sólo aquellos apartados del artículo 16 y 19 , que son los siguientes:

Artículo 16. ...

No podrá librarse orden de aprehensión sino 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 la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad.

...

...

Artículo 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. ...

Conforme al artículo 19, se abandona el concepto de cuerpo del delito y adopta la exigencia de que se acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad para dictar un auto de formal prisión.

A partir de la citada reforma constitucional, nos surge la necesidad de plantearnos, el siguiente cuestionamiento, ¿cuáles son esos elementos del tipo penal?, los vamos a contemplar bajo el sistema causalista, o bien, a la manera del finalismo, ya que en el primero el tipo no comprende el dolo y la culpa y en el segundo sí se estudia el dolo o la culpa como elementos subjetivos del tipo.

La reforma de 10 de enero de 1994, en los artículos 8 y 9 del Código Penal, se hace consistir, por una parte, en sustituir la anterior nomenclatura que se utilizaba en la ley, así como en la jurisprudencia, de distinguir los delitos en “intencionales y “no intencionales o de imprudencia”, adoptando los términos que la doctrina utiliza que son ahora los delitos dolosos y delitos culposos.

Pero, por otra parte, de acuerdo con el nuevo contenido del artículo 8, se estableció que las acciones o las omisiones solamente podían realizarse de manera dolosa o culposa, a diferencia de lo que establecía la regulación anterior, de que también podría realizarse preterintencionalmente, o sea que con la reforma desaparece la figura de la preterintencionalidad.

Con la reforma del artículo 9, se precisó la redacción de lo que es la conducta dolosa y la conducta culposa. Con la reforma se esclareció cuáles eran los alcances del aspecto cognoscitivo, al utilizarse, en lugar de la expresión “circunstancias del

hecho típico” de la redacción anterior, la expresión “conociendo los elementos del tipo penal”.

En lo referente al aspecto volitivo, se mantuvieron las voces que se utilizaban en la redacción anterior, al señalarse que, en base a ese conocimiento o en base a la previsión que tiene el sujeto de la posible producción de un resultado, el sujeto “quiere” o “acepta” la realización del hecho descrito por la ley. Con esta distinción de voces que utiliza la parte final del párrafo primero del artículo 9 en comento, hay base para distinguir lo que es un delito doloso con “dolo directo y uno con “dolo eventual”.

Por otra parte, la reforma incluyó con relación a la culpa, en el artículo 60 del Código Penal una nueva regla para la punibilidad del delito culposo; regla que se trató de un criterio político criminal conocido con el nombre de *numerus clausus*, conforme al cual los delitos culposos solamente serían sancionados en los casos en que expresamente lo prevea la ley, por lo que ciertos delitos solamente pueden ser cometidos a título de dolo y no de culpa, abriendo una línea fronteriza trascendente entre la sanción y la impunidad de una conducta.

Por lo que hace a la culpa, el párrafo segundo del artículo 9 se modifica agregando simplemente un elemento que también se considera característica de la culpa, que es el de la “previsibilidad”, y en virtud de ello ahora se dice: “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”. Con esta fórmula se establecieron las bases para distinguir, entre lo que es un caso de “culpa con representación” o “inconsciente” y uno de “culpa sin representación” o “inconsciente”, igualmente distingue “culpa consciente” del “dolo eventual”.

En la reforma de 10 de enero de 1994, también se modificaron los artículos 122 del Código de Procedimientos penales para del Distrito Federal y 168 del Código

Federal de Procedimientos Penales, para quedar, redactados ambos, en los siguientes términos:

“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:

I. 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;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, 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 de 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”.

En ambos artículos, se determinaban los elementos que entonces integraban el tipo penal, comprendiendo tanto los objetivos y subjetivos como los normativos. Asimismo, en los mencionados artículos se especificaron los elementos que en forma generalizada eran comunes a todos los tipos penales, así como aquéllos que, a diferencia de éstos, solo formaban parte de algunos tipos en particular.

A pesar del avance logrado en ciertos aspectos con la reforma precedente, por decreto de 4 de marzo de 1999, publicado el 8 del mismo mes y año en el Diario

Oficial de la Federación y en vigor al día siguiente de su publicación, hubo otra reforma, a través de la cual se modificó nuevamente los artículos 16 y 19 constitucionales, en donde se sustituyó nuevamente el concepto de “elementos del tipo” por el de “cuerpo del delito”, quedando su texto de la siguiente forma:

Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión 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. Ninguna detención ante autoridad judicial podía exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, 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 indiciado.

De igual manera, los códigos penales del país fueron reformados; así como por decreto publicado en la Gaceta oficial del Distrito Federal, el 03 de mayo de 1999, se reformó el artículo 122 del Código de Procedimientos penales para del Distrito Federal y por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de mayo de 1999, se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativo a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado, para ajustar la ley procesal penal vigente a la nueva terminología empleada en la Constitución. Preceptos que a la letra señalan:

Artículo 122. El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Artículo 168. El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acredita a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Asimismo, por decreto publicado en la Gaceta oficial del Distrito Federal, el 28 de enero de 2005, nuevamente se reforma el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para del Distrito Federal, que a la letra dice:

Artículo 122. El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Ahora bien, por lo que respecta a la ubicación sistemática del dolo, en nuestro país, ya sea en el tipo o la culpabilidad, es un problema que ha tenido casi como única referencia la interpretación de los términos: “*cuerpo del delito*” y “*probable responsabilidad*”.

Se ha incurrido en tal error debido a que, posiblemente, se ignora que la ubicación sistemática del dolo determina sus límites y contenido.

Si se comprendiera que la ubicación sistemática del dolo afecta el alcance o los límites del mismo, entonces, la discusión sobre la ubicación sistemática del dolo tendría como escasa –o ninguna– referencia hacia las expresiones: cuerpo del delito y probable responsabilidad.

Como ha quedado apuntado, en nuestro país, se toman casi como única referencia, para decidir sobre la ubicación sistemática del dolo, las expresiones cuerpo del delito y probable responsabilidad, y en atención a dichas expresiones hay quienes sustentan que se sigue un sistema causalista, o bien, un sistema finalista.

Nosotros consideramos que la ubicación sistemática del dolo no tiene que ver con los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, sino que consideramos que la ubicación sistemática del dolo se requiere estudiar el tratamiento que ofrece la ley respecto al error de tipo, error de prohibición, la tentativa, y las formas de autoría y participación, etc..

Atendiendo al origen del concepto cuerpo del delito contenido en la legislación, es preciso señalar que la doctrina ubica a dicho concepto en el derecho procesal, la cual ha precisado su significado y naturaleza jurídica, toda vez que sus normas son estrictamente, reservadas a acumularse dentro del proceso penal, que no está

destinado a definir tipos penales sino que reglamentan instrumentalmente las necesidades del proceso, el cual reconoce al cuerpo del delito como un presupuesto material de su incoación, pues el estudio del delito corresponde al Derecho Penal sustantivo.

De lo anterior se advierte la naturaleza procesal del concepto “cuerpo del delito”, por lo cual no puede identificarse con el hecho punible o con el delito en sí (acción típica, antijurídica y culpable), sino con su actividad probatoria, ya que, es el objeto u objetos que acreditan que existe un quebrantamiento de la legislación penal o que sirve para constatarlo.

Ortolán⁸⁹, respecto al *corpus delicti*, señala:

... cuando se dice el cuerpo del delito, se emplea una metáfora; se supone que el delito, considerado físicamente tiene un conjunto de elementos materiales, más o menos unidos entre sí, que lo constituyen y lo forman como un cuerpo. Es cierto que no hay delito fuera del orden moral, como no hay hombre sin alma, lo que no obsta a que el hombre tenga un cuerpo. Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando esta expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito.

El anterior concepto ha sido superado, ya que la mayoría de autores coinciden en señalar que el cuerpo del delito consiste en el algo material que se puede percibir a través de los sentidos.

⁸⁹ Citado por Ojeda Bohórquez, Ricardo. *Hacia la modernización del sistema penal*, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 23.

Como ha quedado apuntado el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, segundo párrafo, se señala por cuerpo del delito el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

Es importante dejar señalado que los elementos objetivos son aquellos que se pueden verificar a través de los sentidos, es decir, la vista, el gusto, el oído, el tacto y el olfato, por lo tanto son elementos que se pueden acreditar fácilmente con los medios de prueba contenidos en la ley.

Por su parte los elementos normativos se ubican en la descripción típica y requieren un juicio de valor por parte del juzgador.

Los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su constatación resulta difícil.

Ahora bien, en relación a la probable responsabilidad es de señalar que ésta se enfoca al individuo, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece:

Artículo 122. El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

...

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Por su parte, en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se señala:

... La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo, y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

Del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se desprende que la probable responsabilidad del indiciado implica:

- a) La inexistencia de alguna causa de licitud o de justificación, y
- b) La inexistencia de alguna causa que excluya la culpabilidad.

De lo anterior podía concluir que la inexistencia de alguna causa de justificación o de inculpabilidad, pertenecen a la figura conocida como probable responsabilidad del indiciado.

En cambio el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, exige, para acreditar la probable responsabilidad del indiciado, que de actuaciones ministeriales se deduzca:

- c) La participación del indiciado en el delito;
- d) La comisión dolosa o culposa del delito;
- e) La inexistencia de alguna causa de licitud o de justificación, y
- f) La inexistencia de alguna causa que excluya la culpabilidad.

Resultaba evidente que el artículo 122 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no exige como elementos indispensables para acreditar la

probable responsabilidad del indiciado, las formas de autoría y participación, la comisión dolosa o culposa del delito. Lo que, en el ámbito federal, la participación del indiciado es indispensable para deducir la probable responsabilidad, de acuerdo a lo señalado en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo, en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se omite la posibilidad de tener por no acreditada la probable responsabilidad del indiciado cuando se aprecie una causa de atipicidad, la cual el artículo 122, antes de ser reformado en fecha 28 de enero de 2005, sí preveía.

A pesar de las deficiencias de los artículos mencionados, el Ministerio Público local no debe desatender el estudio de las formas de autoría y participación, comisión dolosa o culposa del delito, ni el estudio de las causas de atipicidad; así como, el Ministerio Público Federal tampoco debe omitir el análisis de las causas de atipicidad. Todo esto, precisamente, porque la culpabilidad presupone la existencia de la antijuridicidad, y ésta, a su vez, supone que existe una conducta típica.

De lo anterior podemos concluir que los artículos 122 y 168 de los respectivos códigos adjetivos de la materia, local y federal respectivamente, han de ser interpretados al efecto de saber cuáles deben ser los elementos que acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y cuál el orden en que deben precisarse dichos elementos en el pliego de consignación.

Ahora bien, tomando en cuenta la figura de la probable responsabilidad del indiciado, conforme al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, antes de la reforma del 28 de enero de 2005, respecto de la ubicación sistemática del dolo, el 1º de julio de 2003, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, dictó la siguiente resolución:

No es legalmente aceptable que la Sala responsable analice el dolo genérico tanto en el injusto como en la responsabilidad penal, pues con independencia de que este Tribunal de

Amparo, considera respetable su posición ideológica Welzeniana, o su simpatía a la llamada doble posición del dolo (DOPPELSTELLUNG), sea en el tipo o en la culpabilidad, sostenida por JESCHECK; el legislador mexicano, desde el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, consideró que el dolo debe estudiarse en la culpabilidad y así lo estableció en las reformas al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por lo que debe estarse a lo que disponga la ley y no a lo que digan respetables doctrinarios.

Del análisis de la citada disposición judicial, desprendemos lo siguiente⁹⁰:

- a) Que se desconoce la teoría de la doble posición del dolo.
- b) Que desconoce el carácter científico de la teoría de la doble posición del dolo, así como del Derecho penal.
- c) Se argumentó que en la culpabilidad debería de estudiarse el dolo, ya que así lo estableció el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (antes de la reforma de fecha 28 de enero de 2005) lo cual resultaba insostenible, ya que dicha situación implicaría que no sólo el dolo, sino también las causas que hacen inexistente al delito, sean aspectos que deban estudiarse en la culpabilidad y que, por tanto, dichos aspectos pertenezcan a la misma.

De los artículos 122, ni antes ni después de la reforma de 28 de enero de 2005, y 168 de los respectivos códigos adjetivos de la materia, local y federal respectivamente, es jurídicamente aceptable se decida la ubicación y la estructura de los elementos del delito, es decir, no se puede afirmar que el dolo esté sistemáticamente ubicado en tal o cual lugar, con base en la interpretación de los preceptos legales antes referidos.

Ahora bien, en el supuesto no concedido de que con tales artículos se decide la ubicación sistemática del dolo, se hace notar que también se decide, el contenido y alcance del mismo, ya que la ubicación sistemática del dolo afecta su concepto y definición, esto es, si con base en los preceptos legales mencionados se sostiene

⁹⁰ Ver Quitino Zepeda, Rubén. *Diccionario de derecho penal*, *op. cit.*, pp. 243 y ss.

que la ubicación sistemática del dolo está en la culpabilidad y no en el tipo, dicha interpretación determinaría la redefinición del dolo, debido a que el concepto que se ofrece en el Código Penal, local y federal, es contradictorio con tal interpretación.

Si se interpreta que el dolo se encuentra ubicado en la culpabilidad, el elemento cognitivo del dolo debe abarcar el conocimiento de la antijuridicidad, lo cual no se establece, en el concepto de dolo, contenido en los códigos sustantivos de la materia, local y federal, ya únicamente se limita el elemento cognitivo del dolo hasta el conocimiento de los elementos del tipo.

Asimismo, de los artículos 122 y 168 de los códigos adjetivos de la materia, no se pueden deducir los conceptos y estructura jerárquica de los elementos del delito, ya que a través de éstos no se puede sostener que nuestro sistema penal es causalista o finalista.

Al respecto Díaz Aranda, expresa lo siguiente:

Siguiendo con lo dispuesto en el vigente art. 168, después del examen del cuerpo del delito o tipo objetivo se debe continuar con la participación del agente e inmediatamente después la comisión dolosa o culposa, posteriormente se sigue con la antijuridicidad y se deja en el último peldaño a la culpabilidad. ¿Acaso no es la teoría final de acción la que ubicó sistemáticamente el análisis del dolo entre el tipo objetivo y la antijuridicidad? La respuesta es rotundamente afirmativa y pone en evidencia que el legislador de 1999 no siguió los postulados del causalismo, porque de haberlo hecho ¡tendría que haber ordenado el análisis del dolo en la culpabilidad.

Por ello se puede afirmar que en la reforma del 27 de abril de 1999 al art. 168 del Código de Procedimientos Penales (sic) el legislador volvió a adoptar la estructura de análisis del sistema final de acción.

La conclusión anterior permanece incólume pese a la ubicación del dolo en la probable responsabilidad como dispone el vigente art. 168 del Código de Procedimientos Penales (sic). Ello es así porque el cuerpo del delito y la probable responsabilidad son conceptos que

cobran significado en cuanto se acude a la doctrina y, como hemos visto, el sistema adoptado para darles contenido a dichos conceptos ha sido la doctrina final de acción.”⁹¹

De lo anterior podemos concluir, que de la interpretación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que nuestro sistema jurídico-penal (federal) es de corte finalista, ya que sostiene lo siguiente:

a) Que el Ministerio Público Federal debe examinar, en estricto orden jerárquico: 1º El cuerpo del delito o tipo objetivo; 2º La participación del agente; 3º La comisión dolosa o culposa; 4º La antijuridicidad; y, 5º La culpabilidad.

b) Asimismo, se afirma que dicha estructura jerárquica concuerda con la del sistema finalista.

Nosotros consideramos que para el sistema finalista sería inadecuado entrar al estudio de un caso de la manera como se establece en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que sería incorrecto que primero se analice el tipo objetivo, después la participación del agente, y subsecuentemente el dolo o la culpa del autor. Más bien nosotros estamos de acuerdo con lo manifestado por Rubén Quintino⁹², en el sentido de que el sistema finalista no puede sostener que se determine la forma de participación del agente si previamente no analiza el obrar doloso o culposo del autor.

Por lo anterior podemos concluir, respecto de los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, que la doctrina ha precisado su significación y naturaleza jurídica, ubicando a tales conceptos específicamente en el derecho procesal, por lo que nosotros consideramos que simplemente ha determinado la manera en que el Ministerio Público (local o federal) debe conformar el pliego de consignación y el Juez debe girar la orden de aprehensión u orden de comparecencia, así como dictar el auto de plazo constitucional.

⁹¹ Díaz Aranda, Enrique. *Dolo*, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁹² Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario*, *op. cit.* p. 256.

A continuación comprobaremos que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo, para lo cual se requiere estudiar el tratamiento que ofrece la ley respecto a las formas de autoría y participación, a la tentativa, al error de tipo y al error de prohibición, entre otras.

Al respecto, la participación punible (inducción y complicidad) resulta un argumento suficiente para comprender la ubicación sistemática del dolo en el tipo, en la parte conducente del artículo 22 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece:

...quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que quiso cometer.

De dicho párrafo podemos desprender que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que solo en base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe. De aquí se deduce también que el autor del hecho principal se haya comportado de modo típicamente doloso y antijurídico, encuadrándose perfectamente las categorías de tipicidad y antijuridicidad del hecho principal, es decir, si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (accesoriedad limitada⁹³).

Así, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no tiene inconveniente respecto de la existencia de un *hecho típico-doloso*, calificado como antijurídico, dado que la participación solo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es autor, es por eso, que conforme al nuevo Código Penal para el Distrito Federal el dolo no pertenece a la culpabilidad sino al tipo penal. Ya que se infiere que: el dolo existe frente a un hecho típico y antijurídico, independientemente de la categoría de la culpabilidad.

⁹³ El principio de accesoriedad limitada dispone que existe participación sobre un hecho, siempre que el comportamiento del autor sea dolosamente típico y antijurídico.

Igual ocurre en el Código Penal Federal, las formas de la participación punible (inducción y complicidad), así como el reconocimiento del principio de accesoriedad limitada exigen que el dolo se ubique sistemáticamente en el tipo penal.

Para seguir comprobando que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo, ahora nos referiremos a la tentativa.

Tal y como hemos dejado señalado, un fracaso del sistema causalista resulta ser el de la tentativa, ya que el propio causalismo se sale de su postura básica de colocar al dolo en la culpabilidad, para situarlo al principio de cualquier consideración que se haga de la acción. Ello debido a que sostienen que para que exista delito en grado de tentativa es necesario que el sujeto quiera realizar el delito y éste no se configure por causas ajenas a la voluntad del agente, lo cual significa que en los delitos consumados el dolo normalmente está en la culpabilidad, y en los que se presenta en grado de tentativa, el dolo es punto de partida de la acción.

Por su parte, nuestro Derecho penal mexicano, en los artículos 20 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal y 12 del Código Penal Federal, establece:

“Artículo 20. (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien tutelado. ”

“Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían de evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. ...”

De dichos preceptos legales podemos inferir lo siguiente: que en la figura de la tentativa, la decisión delictiva del autor no es un mero elemento de la culpa, sino un elemento del injusto. Efectivamente, en la tentativa no se puede establecer cuál tipo

existe objetivamente, sin tener en cuenta la intención subjetiva del autor. Por tanto, el dolo es aquí, indudablemente, un elemento de la acción y del tipo de injusto.

Si alguien hace un disparo a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de homicidio, de lesiones o un disparo en un lugar prohibido, según cuál sea el dolo del autor. Sin el dolo, como elemento del tipo, sin duda alguna, no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. El dolo, según la doctrina dominante, es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa.

Aunado al hecho de que la tentativa se caracteriza por la actuación de un querer dirigido a cometer un delito determinado, que es lo que constituye precisamente el dolo de la conducta. Por eso no existe diferencia en el ámbito subjetivo entre el delito tentado y el delito consumado. Como consecuencia, es evidente que no puede existir la tentativa culposa.

Ahora bien, por lo que respecta al alcance del dolo en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el mismo está únicamente dirigido hacia el conocimiento de los elementos del tipo. Lo anterior se puede deducir de lo dispuesto en el artículo 29, fracción VIII del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Precepto legal en que se regula tanto el error de tipo como el error de prohibición.

“Artículo 29. El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o,
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.”

En el citado artículo 29, fracción VIII, se expresa que no hay delito o el delito se excluye, cuando: “se realice la acción u omisión bajo un error invencible”; y luego hace una distinción de dos incisos; el inciso a) se refiere a lo que, actualmente, se conoce como error de tipo, que es el que recae “sobre alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate”, y su efecto es excluir el dolo y la culpa; y el inciso b) se ocupa del error de prohibición, que es el que se da “respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”, y su efecto es excluir la culpabilidad del sujeto. En ambos casos, si el error es “invencible” o “inevitable”, se excluye totalmente el delito; pero cada uno de esos errores afecta un distinto elemento del delito; el primero tiene que ver con la tipicidad y el segundo con la culpabilidad.

Del precepto legal antes referido, podemos concluir, que éste no hace sino limitar el objeto hacia el que están dirigidos el error de tipo y el error de prohibición, pues el objeto del error de tipo se corresponde precisamente con los elementos objetivos del mismo, en cambio, el objeto del error de prohibición siempre recae sobre la ilicitud de la conducta.

En el segundo párrafo de la fracción VIII del artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece que, si el error es vencible, sea de tipo o de prohibición, es decir, ya se trate del previsto en el inciso a) o en el inciso b), entonces el delito no se excluye; en este caso se estará a lo dispuesto por el artículo 83 de este Código, en el cual se preceptúa:

“(Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate. ...”

En este último artículo se establece ahora la punibilidad para el caso de “error vencible” y en él se distingue, igualmente, la punibilidad que corresponde al “error de tipo vencible” y la que le corresponde para el caso de “error de prohibición vencible”. En el primer caso se señala que, si el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 29 es vencible, se impondrá la “penalidad del delito culposo”; pero, se precisa ahí, siempre y cuando el delito de que se trate “admita dicha forma de realización”, es decir, “admita esa forma de realización culposa”. Esto nos lleva inmediatamente a determinar si en el caso concreto estamos ante alguno de los delitos a que se refiere el párrafo tercero del artículo 76 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual nos indica cuáles son delitos que puede realizarse culposamente; si no es el caso, entonces basta que el tipo sea vencible para que se excluya toda tipicidad y, consecuentemente, el delito.

Por lo que hace al segundo caso, si el “error de prohibición” a que se refiere el inciso b) de la mencionada fracción VIII es “vencible”, entonces la pena será “hasta de una tercera parte” del delito que se trate . El error de prohibición, como se ha dicho, no afecta ni al dolo ni a la culpa, sino que tiene que ver con la culpabilidad, por lo que, mientras el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad y, consecuentemente, la pena, el error vencible de prohibición trae como consecuencia una atenuación de la culpabilidad y, por tanto, una atenuación de la pena.

Al respecto podemos decir, que la ley excluye la existencia del delito doloso cuando se trata de un error de tipo vencible y no cuando se trata de un error de prohibición, el cual recae sobre la ilicitud de la conducta, ya que el alcance del dolo se agota con el conocimiento de los elementos del tipo penal, y el dolo no abarca el conocimiento de la ilicitud, pues el dolo no se afecta con la presencia de un error de prohibición; todo esto conforme a la ley penal vigente.

Asimismo, si el dolo no se ve afectado por la presencia de un error de prohibición, esto significa que el conocimiento sobre la ilicitud de la conducta no es

un elemento que pertenezca al dolo, pues el error sobre dicho conocimiento no repercute para la existencia o inexistencia del dolo.

Lo mismo ocurre en el Código Penal Federal, ya en el artículo 15, fracción VIII, se expresa que no hay delito o el delito se excluye, cuando: “se realice la acción u omisión bajo un error invencible”; y luego hace una distinción de error de tipo, y error de prohibición.

Es de resaltarse, que el error de tipo que refiere el inciso a), fracción VIII, del artículo 29, del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, recae “sobre alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate”; y el error del tipo al que se refiere el inciso a), fracción VIII, del artículo 15, Código Penal Federal, recae “sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”.

Asimismo, en el segundo párrafo de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal se establece que, si el error es vencible, sea de tipo o de prohibición, es decir, ya se trate del previsto en el inciso a) o en el inciso b), entonces el delito no se excluye; en este caso se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código. Precepto legal que establece la punibilidad para el caso de “error vencible” y en él se distingue, igualmente, la punibilidad que corresponde al “error de tipo vencible” y al que le corresponde para el caso de “error de prohibición vencible”, regulados en igual forma en el artículo 83 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Asimismo, la inclusión del dolo a nivel del tipo penal, también se puede constatar de lo señalado en los artículos 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal y 8 del Código Penal Federal, en los que se expresa:

“Artículo 18. (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. ...”

“Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente puede realizarse dolosa o culposamente.”

De lo anterior se desprende la concepción finalista de la acción, que demostró que una acción u omisión subsumible en el tipo no es un proceso causal ciego, sino dirigido por la voluntad a un fin, para los finalistas un dolo de tipo, es decir una voluntad de realizar un hecho típico, es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí la consideración de si el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacía.

3.1. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

El concepto legal de dolo lo encontramos en el actual artículo 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal que dice:

“obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.”

De conformidad con lo establecido en dicho precepto legal, los elementos que integran el concepto jurídico del dolo son:

1. Obrar dolosamente se refiere a la conducta, es decir, al ejercicio final de la actividad humana, o en otras palabras a la acción en sentido amplio, que abarca tanto la acción *estricto sensu*, hacer positivo, como la omisión, conducta negativa o no hacer. Ambas, desde luego, orientadas a la persecución de objetivos, a los medios para obtenerlos y a las consecuencias secundarias derivadas de ellos, que conforman el o los resultados.

2. El que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate. Se trata, por consiguiente, del objeto cognoscitivo del dolo, es decir, de una actividad intelectual de cabal discernimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate. Así también, el acto de previsión está claramente referido a las posibles consecuencias de la conducta y de los medios empleados para conseguir los objetivos propuestos.

3. En cuanto al querer o aceptar la realización, se refiere al aspecto volitivo, que en relación con el querer se trata de un dolo directo, y en relación con el aceptar se trata de un dolo eventual.

De lo anterior podemos deducir que el elemento cognoscitivo del dolo, para el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se define como: el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por consiguiente el error de tipo debe tener por objeto una falsa percepción de los elementos objetivos del tipo penal de que se trate.

A efecto de constatar lo anterior, recordemos que el error de tipo consagrado en el artículo 29, fracción VIII, del nuevo Código Penal para el Distrito Federal se expresa que el delito se excluye, cuando “se realice la acción u omisión bajo un error invencible”; respecto de, inciso a), “alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate”.

3.2. Código Penal Federal

Por lo que respecta a la definición legal de dolo que se establece en el Código Penal Federal, la misma la encontramos en el artículo 9, que a la letra dice:

“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 en la ley”.

De conformidad con lo establecido en el precepto mencionado, los elementos integrantes del concepto legal del dolo son:

1. Obrar dolosamente se refiere a la conducta, es decir, al ejercicio final de la actividad humana, o en otras palabras a la acción en sentido amplio, que abarca tanto la acción *stricto sensu*, hacer positivo, como la omisión, conducta negativa o no hacer. Ambas, desde luego, orientadas a la persecución de objetivos, a los

medios para obtenerlos y a las consecuencias secundarias derivadas de ellos, que conforman el o los resultados.

2. El que, conociendo los elementos esenciales del hecho típico de que se trate. Se trata, por consiguiente, de una actividad intelectual de cabal discernimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate. Así también, el acto de previsión está claramente referido a las posibles consecuencias de la conducta y de los medios empleados para conseguir los objetivos propuestos.

Por lo tanto, si algún elemento normativo o subjetivo es esencial para la integración del tipo, este elemento debe ser conocido por el sujeto activo para que pueda configurarse el dolo.

3. En cuanto al querer o aceptar la realización, se trata, en relación con el querer, de un dolo directo, y en relación con el aceptar de un dolo eventual.

Es importante señalar que en el artículo antes referido, se indica que obra dolosamente el que “conoce los elementos del tipo penal”, pero no debe olvidarse que el tipo penal además de los elementos subjetivos contempla elementos objetivos y elementos normativos, entonces: ¿qué elementos del tipo penal debe conocer el autor doloso? En mi consideración la respuesta se puede extraer de la propia regulación del *error de tipo*. El error de tipo, según el Código Penal Federal, en el artículo 15, fracción VIII, se expresa que no hay delito o el delito se excluye, cuando “se realice la acción u omisión bajo un error invencible”; y en el inciso a) se preceptúa que recaiga “sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”. Por ello podemos afirmar que conforme a lo establecido en el Código Penal Federal, obra dolosamente: el que conoce los elementos esenciales del tipo penal. Y si algún elemento normativo es esencial para el tipo penal, entonces, el autor doloso debe tener conocimiento de dicho elemento del tipo.

Una vez analizados los artículos 18 y 29, fracción VIII, inciso a), del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, así como el artículo 9 y 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal, podemos concluir, que los Códigos Penales, local y federal, no son coincidentes en el tratamiento del dolo, toda vez que el Código Penal para el Distrito Federal no se refiere a los elementos esenciales del tipo penal, sino alude a los elementos objetivos de la descripción típica. Por lo anterior es que estamos de acuerdo, con el maestro Rubén Quintino⁹⁴, en el sentido de que “el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no reconoce la posibilidad de un error sobre alguno de los elementos normativos (esenciales) para el tipo, pues su concepción de dolo no abarca el conocimiento de tales elementos normativos, a pesar de que los mismos puedan ser esenciales para la descripción típica”.

Cuando Hans Welzel formuló su teoría finalista de la acción y posteriormente extrajo de su nueva noción las consecuencias inherentes de ella, lógicamente una de las áreas penales más afectas fue la relativa al dolo. Dolo en la acción, dolo en el tipo, dolo valorativo y dolo neutro fueron algunas y siguen siendo dificultades o problemas inquietantes para la sistemática finalista.

Desde la perspectiva del tradicionalismo causalista, el dolo queda situado en la culpabilidad como una especie de la misma, según lo afirman los autores afiliados a la teoría psicológica de la culpabilidad, Por ello, la materia del dolo es ajena al tipo y a la tipicidad, y para los seguidores de la teoría normativa el dolo queda ubicado en el culpabilidad, como uno de sus elementos o formas.

Con el finalismo, las cosas ocurren de forma diversa o sea, en este punto es evidente su separación del causalismo. Para darnos una idea del finalismo, coloca al dolo tanto en la acción como en el tipo y de esto deriva una consecuencia doble:

⁹⁴ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de derecho penal, op. cit.* p. 264.

a) Para los finalistas, la acción (acción humana es ejercicio de actividad final) se encuentra antes del tipo (se trata de un concepto prejurídico) y en ellas sitúan a la voluntad final, en otras palabras, al dolo.

b) Pero el dolo, para el finalismo, también se halla en el tipo (concepto eminentemente jurídico).

La interferencia resultante de los dos apartados señalados, es sin duda, contradictoria: el dolo se convierte (al mismo tiempo) en una noción, en un concepto prejurídico, ya que está situado a la vez en la acción (concepto prejurídico) y en el tipo (concepto jurídico).

Esta situación tan compleja y extraña ha sido captada mejor que nadie por el jurista argentino E.R. Zaffaroni, quien señala que "...la mera resolución no es dolo en un nivel meramente pretípico (en la acción); sólo analíticamente cabría separar a la voluntad de la manifestación de voluntad, porque la conducta constituye una unidad que es inescindible. Además, que una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad, ni voluntad sin manifestación que corresponda a un 'acto de acción'. Podría corresponder a un 'acto de pensamiento', pero no a un 'acto de acción'; por ende, la mera resolución de obrar contra la ley es un acto de pensamiento que no puede ser llamado dolo, ya que el dolo comienza a existir cuando se manifiesta. El dolo es finalidad que se individualiza en el tipo en atención a ella misma (y no por el modo de su realización, como sucede en los tipos culposos".⁹⁵

Ahora bien, si tenemos en cuenta la descripción del dolo del artículo 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se resalta la integración del mismo con base en dos supuestos:

a) Conocimiento de los elementos del hecho típico, y

⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*, Edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1973, p. 258.

b) Querer o aceptar su realización.

Tomando en cuenta lo anterior, añadimos nosotros que, por cierto es una postura seria, científica y sólida en muchos de sus aspectos, los tratadistas mexicanos patrocinadores del modelo lógico del Derecho Penal muestran en esta muy dificultosa parcela dolosa una especial claridad.

Si varios de esos autores entienden por dolo conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. Por consiguiente, estiman que para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, por tres razones:

a) Los elementos del tipo son objetivos, subjetivos y normativos.

b) El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo.

c) El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

Sin embargo, como en su momento se manifestó el concepto del dolo, que propone el modelo lógico, corresponde a un dolo neutro, natural, no valorado, entendiéndolo como un hecho psíquico simplemente. Ello produce la consecuencia de la exclusión de toda referencia a elementos objetivos valorativos, es decir, el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. De no producirse esta exclusión de dichos elementos objetivos valorativos, se incidiría en un concepto del dolo valorado, propio del causalismo.

El modelo lógico coincide con el finalismo en la exclusión del dolo de la culpabilidad, consecuencia de que la acción penal es una acción ontológicamente entendida, ya que los delitos son hechos de la vida real, no entes metafísicos; pero (al mismo tiempo) el modelo lógico analiza el dolo en dos niveles conceptuales distintos: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. En aquélla,

el dolo se incluye en la conducta, general y abstracta, descrita en el tipo, o sea, el dolo está incluido en el tipo; en ésta, el dolo se contiene en la conducta particular y concreta realizada por el sujeto, es decir, el dolo se halla contenido en el delito. En definitiva, habla de un dolo típico.

Es momento de cuestionarnos ¿Si el dolo abarcara el conocimiento de la antijuridicidad, cuál sería la definición?, entonces, el mismo tendría que definirse en la forma siguiente:

Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, y comprendiendo la antijuridicidad de su hecho, quiere o acepta su comportamiento.

La consecuencia inmediata sería que la errónea percepción sobre alguno de los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación, tendría que tratarse como un error de tipo. Lo anterior resulta incorrecto ya que tanto el Código penal, local y federal, reconocen que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, es un error de prohibición, y no un error de tipo. Ya que cuando una persona cree de manera errónea que su conducta está amparada por alguna de las causas de justificación, tiene como consecuencia un error de prohibición y no un error de tipo. De ahí que podemos decir que el concepto dolo no debe extenderse hasta el conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

Al respecto, Enrique Díaz Aranda, concibe al dolo como “el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal”.⁹⁶

Sobre esta afirmación, consideramos prudente apuntar que una persona amparada por una causa de justificación no quebranta la norma, aunque sí actuará dolosamente. Por ello, nosotros estamos de acuerdo con lo manifestado por el maestro Rubén Quintino⁹⁷ que dice: la conducta típica no determina el quebranto de la norma penal. Ya que en dicho caso, *el conocimiento de la antijuridicidad* sería un elemento del dolo; y, se ha constatado, conforme a la legislación penal vigente, el

⁹⁶ Díaz-Aranda, Enrique, *Dolo*, op. cit., p. 115.

⁹⁷ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de derecho penal*, op. cit., p. 268.

conocimiento de la antijuridicidad del hecho no pertenece al dolo. Luego, si se quiere conceptualizar al dolo como “el propósito de violar la norma del tipo penal”, habría que especificar varias cuestiones, a saber: qué se entiende por “norma del tipo penal”, cómo se concatena la norma penal entre el tipo y la antijuridicidad; y, finalmente, por qué el dolo debe ceñirse hacia los elementos de la “norma del tipo penal” y no hacia los elementos de la “norma del tipo de antijuridicidad”; de no ser así, aquella definición sería del todo equívoca.

Cabe entonces preguntarnos ¿Si el dolo abarcara el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, cuál sería la definición? Según esta hipótesis el dolo tendría que definirse a partir del conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y nada más.

Si admitimos, que el dolo consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico, entonces como dice Rubén Quintino⁹⁸, “nadie sostendría que el delito de robo se configura únicamente si el sujeto sabe que el objeto de su apropiación es una ‘cosa’ ‘mueble’, y nada más; sino que para integrarse el delito robo, también se requiere que el autor posea un cierto conocimiento respecto del *elemento normativo* según el cual comprenda que la “cosa” “mueble” sustraída es “ajena”; de otra manera, simplemente, no habría dolo de robo.”

Nosotros pensamos, que el dolo, no se puede constituir únicamente con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, sino también se debe abarcar, la comprensión de los elementos normativos que integran la descripción del tipo penal.

Otra vez nos podemos preguntar ¿Si dentro de la definición de dolo, abarcara tanto el conocimiento de los elementos objetivos como los elementos normativos del tipo, cuál sería su definición?

⁹⁸ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario derecho penal*, op. cit. p. 265.

En tal sentido, el dolo quedaría definido del siguiente modo: conocimiento del tipo objetivo y comprensión de los elementos normativos del tipo penal.

Debe precisarse, en este sentido, que no debe extenderse la definición del dolo, para que incluya, una comprensión precisa de los elementos normativos, pero a su vez tampoco puede ignorarse, completamente, de la comprensión de los elementos normativos del tipo penal, debido a que a un profano del Derecho, no se le puede exigir la comprensión exacta de los elementos normativos del tipo penal.

Por lo que una solución podríamos buscarla bajo los límites de una comprensión socio-cultural de los elementos (normativos) del tipo penal.

Del mismo modo debemos preguntarnos ¿Si dentro de la definición de dolo, abarcara tanto el conocimiento de los elementos objetivos como la comprensión social de los elementos normativos del tipo, cuál sería su definición?

Como ha quedado apuntado, la comprensión de los elementos normativos no ha de ser una comprensión exacta, toda vez que en dicho supuesto, únicamente quienes tuvieran el conocimiento exacto de los elementos normativos podrían comportarse dolosamente.

Otra posibilidad de las posibilidades que surgen, respecto del alcance del dolo, es la tener una comprensión social, no jurídica, de los elementos normativos del tipo. Lo cual nos lleva a definir el dolo de la forma siguiente: El dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la comprensión social de los elementos normativos del mismo, de lo cual podemos advertir que elementos normativos importan sólo en su contenido social.

En ese sentido podemos concluir que:

El dolo debe entenderse como conocimiento social, y no como conocimiento de la antijuridicidad, por lo que para la comprensión intelectual de los elementos normativos basta el contenido del significado social de tales elementos.⁹⁹

¿Si dentro de la definición de dolo, abarcara tanto el conocimiento de los elementos objetivos como la comprensión normal de los elementos normativos del tipo, cuál sería su definición?

La comprensión normal de adecuación al tipo, para entender el dolo, ha de ser un conocimiento referido no sólo a los elementos normativos, sino referida también a los elementos objetivos del tipo, por lo que podemos deducir que se comporta dolosamente quien tiene la comprensión normal de adecuarse al tipo penal.

⁹⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, op. cit., p. 460.

CONCLUSIONES

1. De la interpretación de los artículos 122 y 168 de los códigos adjetivos de la materia, local y federal respectivamente, se infiere que los conceptos cuerpo del delito y probable responsabilidad son de naturaleza procesal, incluso la doctrina ha precisado su significación y naturaleza jurídica, ubicando a tales conceptos específicamente en el Derecho procesal. De ahí que éstos no puedan identificarse con el hecho punible o con el delito en sí (acción típica, antijurídica y culpable), puesto que estos últimos conceptos son de naturaleza sustantiva.

Por su naturaleza procesal, la actividad probatoria de los conceptos cuerpo del delito y probable responsabilidad ha de ceñirse a efecto de saber cuáles deben ser los elementos que acrediten dichas figuras procesales, por lo que nosotros consideramos que, los mismos, simplemente han determinado la manera en que el Ministerio Público (local o federal) debe ordenar el pliego de consignación, la orden de aprehensión u orden de comparecencia y auto de plazo constitucional. Por lo anterior consideramos que la ubicación sistemática del dolo nada tiene que ver con los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad.

2. Consideramos que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo, lo cual se comprueba con el estudio del tratamiento que ofrece la ley respecto de las formas de autoría y participación, tentativa, error de tipo y error de prohibición, entre otras.

3. La regulación del dolo, tanto en el código penal local como en el federal, es diversa, ya que para el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el elemento cognoscitivo del dolo comprende únicamente el conocimiento de los elementos objetivos de la descripción típica, en tanto que para el Código Penal Federal el dolo se define como el conocimiento de los elementos esenciales del tipo penal, es decir, elementos tanto objetivos como normativos.

4. El concepto de dolo, no debe extenderse hasta el conocimiento de la antijuridicidad, sino únicamente debe limitarse al conocimiento de los elementos del tipo. Lo cual afirmo en razón de lo establecido en el artículo 66 del Código Penal

Federal y 83 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en los que se limita el objeto hacia el que están dirigidos el error de tipo y el error de prohibición, pues el objeto del error de tipo se corresponde precisamente con los elementos objetivos (código local) o esenciales (código federal) del mismo, en cambio, el objeto del error de prohibición siempre recae sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Es por ello que, en los códigos sustantivos de la materia penal, local y federal, limitan el alcance del dolo sólo hasta el conocimiento de la tipicidad.

5. En el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se regula de manera incompleta el elemento cognoscitivo del dolo, ya que está limitado al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal; y bajo esta óptica sería inapropiado considerar culpable por homicidio en razón del parentesco a una persona que prive de la vida a su padre sin tener conocimiento de la relación de parentesco, por no conocer el elemento normativo referente al parentesco.

6. Nosotros consideramos, que el elemento cognoscitivo del dolo no se agota con el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, sino que el elemento cognoscitivo del dolo debe extenderse a la comprensión normal de los elementos normativos del tipo penal, para la adecuación al sentido de los elementos del tipo penal.

7. Proponemos que el dolo puede definirse como: “el querer, regido por el conocimiento normal, de la realización de los elementos objetivos y normativos del tipo”. Con esta definición se evita el problema de que al profano del Derecho no se le pueda exigir un conocimiento exacto de los elementos normativos del hecho típico de que se trate, así como los inconvenientes de que los elementos objetivos del tipo exigen una valoración por parte del autor.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

A. TOZZINI, Carlos. *Dolo, error y eximentes putativas*, Edit. Palma, Buenos Aires, Argentina, 1964.

AGUILAR LÓPEZ , Miguel Ángel. *El delito y la responsabilidad penal*, Edit. Porrúa, México, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1987.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal, parte general, V. 1*, Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal, 27ª ed.*, Edit. Porrúa, México, 1989.

CORDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1977.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal, conforme al código penal, texto refundido de 1944, T. I, parte general, 12ª ed.*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1956.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Parte general*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1975.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo. causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México, 4ª ed.*, Edit. Porrúa, México, 2002.

___ *Derecho penal, parte general*, Edit. Porrúa, México, 2003.

___ *Libertad ad honorem, Sergio García Ramírez*, tomo II, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.

DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo penal*, Edit. Urgel, Barcelona, España.

___ *Culpabilidad jurídico-penal*, Edit. O.G.S. Editores, México, 2001.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *Los elementos subjetivos del injusto en la teoría finalista de la acción*, en *Criminalia*. Año XX, No. 10, octubre, Edit. Ediciones Botas, México, 1954.

___ *Delito e injusto*, México, 1950.

FRANK, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Chile, 1966.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, Trad. José Luis Guzmán Dalbora, Edit. Julio César Faira, Buenos Aires, Argentina, 2003.

GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Córdoba Roda, Edit. Bosch, Barcelona España, 1959.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. Margarethe, de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1943.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 11ª ed., Edit. Porrúa, México, 1996.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.

___ *Lógica del tipo en el derecho penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Edit. Marcial Pons, Madrid, España, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal, parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Edit. Comares, Granada, España, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, Edit. Hermes/Sudamericana, México, 1986.

___ *Lecciones de derecho penal*, Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

___ *Tratado de derecho penal*, tomo V, Edit. Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Teoría general de la culpabilidad*, Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, México, 2004.

___ *Lineamientos generales de la teoría del delito*, Incija Ediciones, México, 2003.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

___ *Imputabilidad y culpabilidad*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal, tomo I*, Trad. José J. Ortega Torres, Edit. Bogotá de Santa Fe, Colombia, 1974.

MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho penal*, 4ª ed., 3ª reimpresión, Edit. Trillas, México, 2004.

___ *El tipo penal*, Edit. UNAM, México, 1986.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal, parte general*, Trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, 2ª ed., Edit. Temis, Bogota, Colombia, 2002.

OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo. *Hacia la modernización del sistema penal*, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 13ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.

___ *Curso de derecho penal*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano, parte general*, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. *Teoría del delito*, Edit. UNAM, México, 2004.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. 17ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Diccionario de Derecho Penal*, Edit. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2004.

___ *Perspectivas penales, edición privada*, México, 2000.

___ *Dogmática penal actual*, libro de homenaje al prof. Dr. Márquez Piñero, edición privada, México, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo I, trad. 2ª ed. Alemana, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, España, 1997.

___ *Política criminal y estructura del delito*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernández Hormazábal Malarée, Edit. PPU, Barcelo, España, 1992.

SÁNCHEZ-TIJERINA, Isaías. *Derecho penal español*, T. I, 5ª ed., Madrid, España, 1950.

VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, 2ª ed., Edit. Trillas, México, 2004.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho penal mexicano, parte general*, Edit. Porrúa, México, 1995.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

VILLARREAL PALOS, Arturo. *Culpabilidad y pena*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Reimpresión de la 1ª ed., Edit. Euros Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.

___ *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Balestra y Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1952

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*, Edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1973.

___ *Derecho parte, general*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*, T. I, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1989.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. IX, Divi-Emoc, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1967.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. II, D-H, 11ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 4, 22ª ed., Edit. Espasa, Madrid, España, 2001.

HEMEROGRAFÍA

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*, en *Criminalia*. Año XXII, No. 7, julio, Edit. Ediciones Botas, México, 1956.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, Separata del Anuario de Ciencia Jurídica, España, 1971.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *El dolo en el derecho penal, Jus semper*, revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, Número 7, México.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Reforma al Código Penal*, en *Criminalia*. Año LX, No. 1, enero-abril, Edit. Porrúa, México, 1994.

NIESE, Werner. *La teoría finalista de la acción en el Derecho alemán*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, T. XI, Enero-Julio de 1961, Núms. 41-42.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal, parte general*, T. I, 4ª ed., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1955.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Hacia la deconstrucción del sistema penal*, en *Opuestos Binarios*, la fábula de doble sentido, Año I, No. 2, marzo, México, 2004.

_____. *Breve referencia a la obra jurídico-penal del prof. Dr. Enrique Díaz-Aranda*, en *Opuestos Binarios*, la fábula de doble sentido, Año 2, No. 3, febrero, México, 2005.

LEGISLACIONES

Agenda penal, Edit. ISEF, México, 1998.

Código penal federal, Edit. Berbera, México, 2003.

Compilación penal federal y del Distrito Federal, 18ª ed., Edit. Raúl Juárez Carro, México, 2006.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Edit. SISTA, México, 2004.