



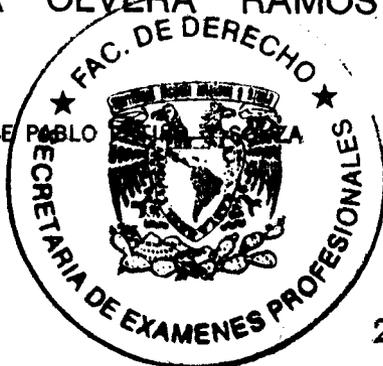
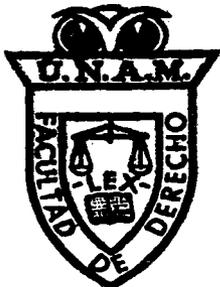
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“EL ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO”

T E S I S QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA KENIA PAOLA OLVERA RAMOS

ASESOR: LIC. JOSE PABLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2007.



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.

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
I. EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL	4
1. CONCEPTO DE DOLO	4
2. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN DEL DOLO	6
3. EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PENAL	8
4. CONOCIMIENTO DEL OBJETO DEL DERECHO PENAL	9
5. EL MÉTODO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PENAL	11
II. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO	13
1. TEORÍA CLÁSICA DEL DELITO O NATURALÍSTICA	13
2. TEORÍA NEOCLÁSICA DEL DELITO	17
3. TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA	19
4. EL FUNCIONALISMO O TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN	22
5. LAS ACTUALES TEORÍAS DE LOS SISTEMAS SOCIALES (ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN)	24
III. TEORÍA DE LOS SISTEMAS Y SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL	27
1. FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DEL ILÍCITO	29
2. RELACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA PENA	37
3. LA TEORÍA DE LAS NORMAS	40
CAPÍTULO II	42
A MANERA DE RESEÑA	42
I. EL DOLO	45
SU CONCEPTUALIZACIÓN	45
II. ELEMENTOS DEL DOLO	47
1. ELEMENTO SUBJETIVO	48
a) CONCEPTO EXTRAJURÍDICO DE CONOCIMIENTO	49
b) CONOCIMIENTOS QUE SE ENCUENTRAN EN EL DERECHO PENAL	50
c) CONOCIMIENTOS ACTUALES Y POTENCIALES	55
d) EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL	57
e) LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES EN EL SUJETO ACTIVO	61
f) COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS INTELECTUALES DEL DOLO	62
2. EL SEGUNDO ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO	64
a) ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO	64
b) CONCEPTO EXTRAJURÍDICO DE LA VOLUNTAD	66
3. LA VOLUNTAD EN LA TEORÍA DEL DELITO	67

a) EL CONCEPTO DE VOLUNTAD EN LA CONCEPCIÓN CAUSALISTA	68
4. CONCEPCIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL FINALISMO	69
5. LA INACCESIBILIDAD CIENTÍFICA DE LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO DEL DOLO	71
a) POSICIÓN NORMATIVA	72
b) ROXÍN. CONSIDERA LA REALIZACIÓN DEL PLAN DEL AUTOR	76
CAPÍTULO III	78
I. CLASES DE DOLO	78
1. DOLO DIRECTO (DOLUS DIRECTUS)	78
2. DOLO INDIRECTO (DOLUS INDIRECTUS)	79
3. DOLO EVENTUAL (DOLUS EVENTUALIS)	79
II. TEORÍAS DEL DOLO EVENTUAL	81
1. TRADICIONES VOLITIVAS	81
a) DEL CONSENTIMIENTO	81
b) TEORÍA DEL SENTIMIENTO O DE LA INDIFERENCIA	83
2. TEORÍAS TRADICIONALES COGNITIVAS	85
a) DE LA REPRESENTACIÓN	85
b) DE LA PROBABILIDAD	86
3. TESIS DE ROXÍN	87
III. OTRAS CLASES DE DOLO	88
1. DOLO ALTERNATIVO (DOLUS ALTERNATIVUS)	88
2. DOLO PRECEDENTE O INICIAL Y DOLO SUBSIGUIENTE	89
3. DOLO SUBSIDIARIO	90
4. DOLO DE ÍMPETU	91
5. DOLO ESPECÍFICO	91
6. DOLO DE PELIGRO O DOLO DE LESIÓN	91
7. DOLO GENERAL (DOLUS GENERALIS)	92
IV. LA RECKLESSNESS ANGLOSAJONA	92
a) CONCEPTO DE RECKLESSNESS	92
CAPÍTULO IV	95
DIVERSAS TEORÍAS DEL DOLO Y DE LA CULPABILIDAD PARA EL TRATAMIENTO DEL ERROR	95
1. TEORÍA DEL DOLO	96
a) TEORÍA ESTRICTA DEL DOLO	97
b) TEORÍA LIMITADA DEL DOLO	98
2. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD	98
a) TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD	100
b) TEORÍA RESTRINGIDA DE LA CULPABILIDAD	101
c) TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO	102
3. ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES	106

4. LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN LA TENTATIVA	109
5. EL DERECHO PENAL PROVEEDOR DE SEGURIDAD JURÍDICA	111
CONCLUSIONES	115
PROPUESTA DE TESIS	117
BIBLIOGRAFÍA	123

INTRODUCCIÓN

Es necesario establecer cómo se toman las bases para la aplicación del Derecho Penal en nuestro país, siendo viable destacar que, el Derecho Penal es el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan los elementos principales de su definición, o sea, el delito y la pena, y describen las concretas figuras de delito, conminándolas con una pena proporcionada a su gravedad respectiva. Es fruto de la tarea del legislador. Para ser ordenamiento, un conjunto de normas requiere estar revestido de las características de sistematización, unidad y coherencia; de ahí que el Derecho Penal sea un sistema unitario y coherente de normas.

Las normas jurídicas sin aplicación, pierden su razón de ser, su aliento vital. El quebrantamiento de la ley penal mediante la realización de un delito, tiene un contrapunto necesario para la validez de la norma, es decir, la imposición de una pena, siempre que la norma restaure el estado natural del derecho, a través precisamente de la sanción de la acción delictiva.

A la dogmática penal corresponde desentrañar el significado de las normas jurídicas integrantes del Derecho Penal, procurando la interpretación y la sistemática coordinación de las disposiciones penales, y en menor medida por la jurisprudencia y permite sustraer al ordenamiento punitivo de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. La conformación de los medios y caminos seguidos para la consecución del fin cognoscitivo y la construcción de un sistema jurídico configurado con la aplicación de determinados procedimientos metódicos, es la peculiar característica de la ciencia del Derecho Penal.

Consecuentemente, el criterio de la peligrosidad criminal del sujeto, bien puede ser una doctrina mayoritaria en derecho comparado o aún en México, como algunos juristas sostienen, pero sin perder de vista que en nuestro país para efectos de determinar la punición o de llevar a cabo la individualización judicial, fijación particular y concreta privación y restricción de bienes del autor del delito realizada por el juez, las posiciones doctrinales no son observadas por el

órgano jurisdiccional, sino lo previsto por la ley, considerando aquí además lo ordenado en el artículo 14 constitucional párrafo tercero, relativo al principio de legalidad.

Por lo que hace al error de tipo, se debe decir que cuando una persona ha realizado un comportamiento contenido en el tipo objetivo, caben dos posibilidades: a) obra con dolo si ha conocido realizarlo, b) hay error de tipo cuando ha desconocido lo que hacía. La exclusión del dolo por error de tipo, se presenta cuando en el momento del hecho el autor desconoce alguna circunstancia o elemento que realiza el tipo objetivo. Un error de esas características es un error empírico, pues el autor le adjudica su comportamiento o al objeto del hecho propiedades que objetivamente no tiene. Solo en la medida en que el sujeto haya obrado con una adecuada representación de los elementos que componen el tipo objetivo, se puede afirmar que existe un comportamiento doloso, por la coincidencia entre lo conocido y lo realizado. El conocimiento del autor es lo que permite subsumir el hecho en el tipo subjetivo, lo que no es posible cuando el autor desconoce que concurre algún componente del tipo objetivo, o sea, la ignorancia, o actúa con una falsa representación del mismo, esto es, el error, situaciones que excluyen el conocimiento y consiguientemente el dolo.

La pena en este sentido, opera como elemento habilitante del *ius puniendi* estatal, el cual en la culpabilidad y la complejidad de su comprobación, justifica que el Estado pueda exigir al hombre que ajuste su conducta a los contenidos de las normas que le da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas. Partiendo de una concepción así, puede hablarse de derechos que son inherentes a la naturaleza humana, los que a su vez pueden constituir un importante criterio de delimitación del poder Estatal o derecho a castigar que tiene el Estado. El *ius puniendi* entonces no puede ser un poder ilimitado, ni puede ejercerse arbitrariamente.

La pena, en suma, se impone al autor culpable de un delito; la medida de seguridad es la consecuencia jurídico penal que corresponde generalmente al autor inculpable, pero criminalmente peligroso de un injusto típico, aunque

excepcionalmente pueda ser determinada para el autor culpable y también criminalmente peligroso. En lo que atañe a la revisión de las bases histórico intelectual y filosófica de los sistemas del Derecho Penal clásico, neoclásico, finalista, modelo lógico, funcionalista, así como a los elementos, presupuestos y conceptos de la culpabilidad en los distintos momentos históricos, las funciones de ésta como fundamento y límite de la pena.

La conminación penal es un medio de prevención general, porque intenta prevenir la comisión de nuevos delitos en la sociedad y, especial, pues pretende evitar que el sujeto vuelva a delinquir, contrarrestando los impulsos criminales del delincuente.

CAPÍTULO I

I. EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL

Antes de comenzar a desarrollar el tema de tesis intitulado el aspecto subjetivo del tipo doloso, es necesario hacer referencia en primer término al dolo y así indico el:

1. CONCEPTO DE DOLO

Por lo que al respecto puedo indicar que el dolo, es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesario para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo objetivo (incluyendo los elementos normativos).

Siendo en la especie que diversos autores hacen referencia a la definición del dolo, y así se observa que:

El artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal indica que: *“(Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o... 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.”*¹.

Marcelo A. Sancinetti en su *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, argumenta que: “...Lo decisivo es que al autor sea consciente de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo reprobado...”².

¹ *Compilación Penal Federal y del DF*; Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2007, página 11.

² SANCINETTI, A. Marcelo. *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Editorial AD-HOC. Buenos Aires Argentina, Primera Edición Marzo de 1997. Página 71.

Giuseppe Maggiore hace referencia a que el Dolo (ubicándolo en la culpabilidad) resume en sí el máximo contenido de voluntad que la conciencia ética, constantemente y salvo raras desviaciones, infunde en el Derecho Penal. La causalidad moral del delito está, en efecto, concebida normalmente en la historia como voluntaria y dolosa (*voluntas sceleris* –voluntad del delito)³.

Por lo que el dolo –hay que tomar en cuenta que la Ley habla de delito doloso- por regla general, debe informar por sí mismo todo el delito, en sus diversos aspectos esenciales (acción y relación de causalidad y resultado –omisión) y no esenciales, o circunstancias. Pero este principio permite excepciones. La principal de ellas se refiere a las circunstancias agravantes y atenuantes, puestas a cargo del agente, salvo diversa determinación de la ley, aunque él no las conozca o erróneamente las suponga.

El mismo Maggiore posteriormente hace la división del dolo en:

Dolo Genérico. Argumentando que el dolo es genérico cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido; y

Específico, cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito.

Eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente.

Directo, aquél en que el resultado que se verifica corresponde al que se quería, realizando una coincidencia perfecta entre el resultado y la intención.

Indirecto. - Es el que a la intención, base del llamado delito preterintencional ⁴.

³ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Volumen I, El Derecho Penal – El Delito; Segunda reimpresión de la segunda edición. Traducción por el padre José J. Ortega Torres. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia 2000.

⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Op Cit.* Página 585.

Sin embargo, en los tiempos modernos, las discusiones sobre la naturaleza del dolo se han polarizado en la lucha entre dos teorías: la de la representación y la de la voluntad. Hasta en la concepción del dolo se reflejan las dos corrientes filosóficas del intelectualismo y del voluntarismo.

2. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN DEL DOLO

Los sostenedores de la teoría de la representación, dicen que la teoría de la voluntad no explica aquellos casos en que el autor ha tenido la representación del resultado, sin que éste se convierta en móvil de su acción. Ejemplo: El que sabía que en el mismo barco viajaba un mecanismo explosivo puesto por él, que produciría más tarde la muerte de la tripulación, aunque hubiera obrado solamente para cobrar el seguro.

Se responde en contra que el resultado de la acción, concebido como necesario, o simplemente probable, es querido al mismo tiempo, pues la representación de lo ligado, necesariamente transmite indefectiblemente la voluntariedad al resultado, al paso que es indiferente que éste sea deseado o no deseado por el agente. Ejemplo: El que procura el aborto escoge como medio a una mujer preñada.

Estas objeciones, que se enrostran mutuamente los sostenedores de las dos teorías, prueban que, tomándolas aisladamente, son unilaterales. En efecto, pueden darse casos de representación sin voluntad (como escribir bajo amenaza, una carta delictuosa en su contenido), y de voluntad sin representación (como unirse carnalmente con una persona que es su familiar, ignorándolo); en ambos casos se dice que falta el dolo.

Por eso la teoría más completa es la que concilia, en la noción del dolo, la representación (o previsión) y la voluntad. Misma que define al dolo como la libre y consciente determinación de la voluntad, encaminada a causar un resultado

contrario a una ley penal. Siendo sus dos principales elementos la conciencia y la voluntad, encaminadas a la descripción de una norma penal.

En realidad, el que obra dolosamente, prevé y quiere el delito, en la totalidad de sus elementos (acción, resultado, antijuridicidad y culpabilidad). Esta como se aprecia es la teoría seguida por el Código Penal (de esta entidad federativa), el cual sin dar una noción explícita de dolo, define como doloso y *“...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...”*.

Por consiguiente son dos los elementos del dolo en esta concepción:

- 1) La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La volición de él.

Al faltar uno u otro de estos elementos, ya no puede hablarse de dolo. Pues no basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin la previsión es ciega; y el derecho no puede contentarse con ninguna de las dos.

La previsión sin voluntad puede dar lugar a culpa (cuando concurre el elemento de la negligencia, la imprudencia, la inhabilidad, o la impericia), y precisamente a aquella figura de culpa llamada con previsión, pero nunca podrá originar dolo, porque un simple dolo de prevención es inadmisibles en nuestro derecho, siendo el motivo por el cual el Nuevo Código Penal quedó en las mismas circunstancias que el anterior, e inclusive se puede hacer la crítica de que en estos momentos se encuentra peor en su redacción, empero el mismo sirvió solamente como bandera política para nuestro gobernante, ya que incluso no existe una exposición de motivos congruente.

Pudiendo indicar, en consecuencia, que es necesario advertir que previsión no es lo mismo que presciencia. Ésta es propia de Dios (a cuya vista todas las cosas y

todos los hechos están presentes, a un mismo tiempo, por lo cual su previsión es una visión), y la previsión es propia del hombre, que en virtud de su inteligencia, tiene la capacidad de prever los sucesos, no solo ciertos, sino también probables y posibles, según las normas de la experiencia común.

Voluntad es el acto de autodeterminarse en vista de algún fin; querer es tener un objeto a un fin (presentes en la conciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia. Por esto el código habla de esa voluntad. La cual tiene grados, ya que primero es apetito, después deseo, luego arbitrio y por último voluntad consciente, autónoma y libre. Esta última es la importante para el Derecho Penal.

Siendo entonces el conocimiento, la capacidad de aprehensión del mundo circundante, por medio de los sentidos.

3. EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PENAL.

El objeto de conocimiento en el presente caso lo es, el Derecho Penal, mismo que es el conjunto de disposiciones jurídicas (normas penales contenidas esencialmente en el Código Penal, así como en algunas Leyes Especiales) que regulan los elementos principales de su definición (el delito y la pena), y describen (a través de los tipos legales) las concretas figuras de delito, conminándolas con una pena proporcionada a su gravedad respectiva.

Es importante destacar que el Derecho, en cuanto Derecho Positivo, es fruto de la tarea del legislador (Poder Legislativo), que es el poder estatal al que corresponde la función constitucional de elaborar y aprobar la leyes que han de regir en sociedad en un momento histórico determinado.

El conjunto de normas jurídicas integrantes del ordenamiento punitivo es el objeto de conocimiento al que se refiere la dogmática penal – las verdades comprobadas

científicamente- como la ciencia y la política, todas ellas son el Derecho Penal (dogmática del Derecho Penal, Ciencia del Derecho Penal y Política Criminal). De ahí la innegable importancia del conjunto de normas penales (Derecho Positivo) como punto de referencia y de partida de la reflexión científica penal.

4. CONOCIMIENTO DEL OBJETO DEL DERECHO PENAL

Conocimiento del objeto (dogmática penal).

La dogmática jurídico penal se ocupa del conocimiento del objeto de investigación sistemática, representado por las normas penales. La dogmática penal constituye - como ya se expresó en líneas anteriores- la actividad encaminada a desentrañar el significado de las normas jurídicas integrantes del Derecho Penal, procurando la interpretación y la sistemática coordinación de las disposiciones penales.

Esta tarea dogmática la llevó a cabo principalmente la doctrina científica (en menor medida la jurisprudencia, al reflexionar sobre el alcance y contenido de una norma; teniendo como ejemplo: que en la Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. En su Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: I, Junio de 1995. Tesis: I.3o.P. J/2. Página: 335. Se hace referencia a la circunstancia calificativa de PANDILLERISMO. CALIFICATIVA NO CONFIGURADA. La correcta interpretación del artículo 164 bis del Código Penal para el Distrito Federal -antes de la reforma sufrida en 15 de mayo de 2002 y que entrara en vigor en 120 días después de su publicación, según el artículo QUINTO TRANSITORIO del Nuevo Código Penal, donde dispone que: "Se abroga el Código Penal de 1931, sus reformas y demás leyes que se opongan al presente ordenamiento". Pero haciendo la aclaración de que se encuentra vigente dicha tesis hasta nuestros días, por ser de carácter obligatorio-, *obliga a considerar que, para tener por justificada la calificativa que tal precepto describe, es necesaria "la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito"*, es decir, personas que se encuentren dentro de la esfera del Derecho Penal, de tal suerte

que si con dos adultos que cometen un delito concurre un menor de edad, tal calificativa no se configura, porque la imputabilidad es el presupuesto necesario para tener por comprobada la culpabilidad y, como el menor de edad es inimputable, no comete delito, pues los hechos típicos de su conducta cuando infringe las leyes penales lo hacen acreedor a un tratamiento especial en los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal. Por consiguiente, si en el caso concreto concurrió un menor con dos adultos en la comisión de un ilícito, podrá dar lugar a la responsabilidad de estos últimos, en todo caso, para que se integre el diverso delito corrupción de menores, por inducirlo en la comisión de hechos ilícitos, siendo evidente la inexacta aplicación de la ley penal, cuando se considera tal calificativa justificada y, con base en ello se determina aumento en la penalidad, pues tal proceder, es ilegal, procediendo la concesión del amparo y protección de la Justicia Federal, para que se elimine tal calificativa y sus consecuencias. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 428/91. Rodolfo Flores Ponce. 12 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Tereso Ramos Hernández. Amparo directo 2401/92. David Alvarado Medina. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias. Amparo directo 125/93. Leonardo Flores Cruz. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Tereso Ramos Hernández. Amparo directo 2027/94. Federico Ramírez Portes. 17 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Oscar Martínez Mendoza. Amparo directo 339/95. Enrique Guerrero Vargas y otro. 30 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Oscar Martínez Mendoza. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, mayo de 1998, página 302, tesis por contradicción 1a./J. 25/98 de rubro "PANDILLA. AGRAVANTE DE. ES APLICABLE AUN CUANDO UNO DE LOS PARTICIPANTES SEA MENOR DE EDAD.") y presupone conceptualmente la existencia del cuerpo normativo, que es objeto de su actividad.

5. EL MÉTODO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PENAL

Una vez expresado lo anterior, trataré el método del conocimiento del objeto, mismo que ha de seguir un método científico, y ese método integra la peculiar característica de la Ciencia del Derecho Penal, entendida ésta, en sentido estricto, como la conformación de los medios y caminos seguidos para la consecución del fin que se debe conocer, y la construcción de un sistema jurídico configurado con la aplicación de varios procesos metódicos.

La utilización del objeto del conocimiento. Es una disciplina adicional aunque va de la mano con algunos aspectos esenciales al Derecho Penal y lo es la Política Criminal, como ciencia que se despliega entre el objeto de conocimiento y el conocimiento del objeto, y que se basa en el derecho vigente (*de lege lata*) pero tendiente al Derecho propuesto o pretendido para el futuro (*de lege ferenda*), sustancialmente guiada por razones de necesidad social o de conveniencia político jurídica, que se erigen en auténticos principios normativos inspiradores del Derecho Penal.

La política criminal se encuentra hasta el momento bajo la utilidad del objeto de conocimiento, esto es, en las condiciones de posibilidad, oportunidad, utilidad y conveniencia de las normas penales. Siendo las principales tareas de ella:

1) La función de guiar la actuación del legislador, quien básicamente ha de valorar las necesidades sociales a la hora de crear normas jurídicas.

2) Delimitar los criterios sociopolíticos que sirven de parámetros funcionales basados en la realidad social, para la actividad de la interpretación y aplicación de la ley, así como para la elaboración de las disposiciones legales y sus reformas, ofreciendo alternativas para las necesidades sociales a quienes va destinada la misma ley penal.

Por lo que, no puede pasar desapercibido que el Derecho Penal Positivo constituye el objeto de conocimiento de la Ciencia Penal, y está integrado por el conjunto de normas jurídicas (Derecho Positivo) que delimitan determinados comportamientos como constitutivos de delito, y determinan las responsabilidades en que incurre el autor de la comisión de los mismos.

Y este conjunto de disposiciones jurídicas presenta determinadas características, siendo en la especie: No todo complejo de normas forma un ordenamiento ni un sistema, aunque todo ordenamiento es un complejo de normas. En consecuencia un conjunto de normas, para ser ordenamiento requiere estar revestido de las características de sistematización (que enuncio), unidad y coherencia.

Ahora bien, incluso ampliada en el sentido indicado la problemática del concepto de Derecho Penal, cabe entender este concepto en dos sentidos distintos:

En sentido objetivo y en sentido subjetivo. Es una distinción que procede del concepto general del Derecho, que puede entenderse no solo como conjunto de normas (derecho en sentido objetivo), sino también como facultad de un sujeto (derecho en sentido subjetivo). Aplicada al Derecho Penal el conjunto de normas que regulan el comportamiento humano propia de su disciplina, que habrá que precisar y en sentido subjetivo es Derecho Penal la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas de conformidad con el principio de legalidad *nulla poena sine lege*, previsto en el artículo 14 párrafo tercero constitucional que indica:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata⁵”.

⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, 152ª Edición, México, 2006, página 15.

II. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

Ernest Von Ihering, en 1867, realiza para el Derecho Civil la concepción de antijuridicidad objetiva, al decir que la culpabilidad no es relevante en ciertos hechos que tienen consecuencias jurídicas.

Concepto que es patentizado en el Derecho Penal por Liszt y Beling, y se introdujo en la esfera del delito, abandonando la teoría de la imputación. Empero, Binding no advierte lo que es importante en la teoría de las normas, separa del Derecho Penal la antijuridicidad, dándole así, significado al decir: "...La acción punible no vulnera propiamente la ley penal, pues ésta no solo prevé la sanción, sino los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente le preceden, de modo que toda la teoría del injusto puede aprenderse por sí sola a partir del contenido de estas normas...". La tipicidad de la acción punible fue el último elemento aprendido en teoría. Según Beling el tipo es el conjunto de los elementos que permiten decidir cuál es el delito de que se trata: "La tipicidad o adecuación al supuesto de hecho, como característica de la acción se convierte así en elemento del delito". De este modo, el tipo, como punto de referencia del juicio de antijuridicidad y de culpabilidad y como soporte de la función de garantía de la ley penal, adquiriría una posición dominante en la estructura del delito. Así a principios del siglo XX, Beling pudo formular un completo concepto de delito en los términos siguientes: delito es la acción, típica, antijurídica, culpable, sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad.⁶

1. TEORÍA CLÁSICA DEL DELITO O NATURALÍSTICA.

La teoría clásica o causal naturalista del delito, cuenta con algunos postulados del positivismo científico, corriente que nace como respuesta al lusnaturalismo, misma

⁶ Cfr. JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Tomo I, sin edición, páginas. 270 a 274. Bosch, casa editorial Barcelona, 1981.

que dice que no hay nada anterior al Derecho legislado. Para esta teoría, el Derecho Penal parte solamente de la ley que ha sido publicada y de ésta se extraen los principios que forman el Derecho Penal, sin que existan principios generales y cambiables antes del ordenamiento jurídico que forma un bloque monolítico. Esta teoría excluye del Derecho Penal valoraciones filosóficas y demás razones de carácter empírico (sociológicos, psicológicos, etc...). Von Liszt, Binding y Binding fueron sus máximos representantes.

Del concepto de acción naturalístico, la teoría clásica o concepto causal naturalista del delito, nos indica que existe un movimiento corporal voluntario que lleva a cabo un individuo y que se manifiesta o trasciende al mundo de los fenómenos. Se distinguen tres elementos y que en la especie lo son:

- a) Acción como causa; que produce un resultado.
- b) Este resultado debe ser percibido por medio de los sentidos en el mundo exterior, mismo que va unido por una relación de causalidad.
- c) Relación de causalidad. Conducta que realiza un efecto o relación causa efecto.

La tipicidad, en consecuencia, va a consistir en la adecuación de la conducta al tipo, tipo que no es otra cosa que la norma que describe al delito o dicho en otros términos, descripción objetiva y formal de hecho, del suceso externo, sin valor. La objetividad significa que no contiene elementos que hagan referencia a los aspectos anímicos del autor.⁷ La neutralidad valorativa del tipo penal hace referencia a que en él no se contiene juicio de valor alguno, ni por parte del legislador ni del juzgador. No cuenta con elementos que tengan algún juicio sobre el carácter antijurídico de la acción.

⁷ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*, Editorial Bosch- Barcelona, España, 2000, página 57

En consecuencia, la conducta va a ser el cimiento del sistema, en la que se sustentaran los demás elementos del concepto de delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La tipicidad y la antijuridicidad eran elementos de carácter objetivo – referidos al hecho- mientras que la culpabilidad reuniría los elementos subjetivos del delito –referidos al autor-.

Dentro de los elementos objetivos, la tipicidad constituía entonces un indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero con ello solo se expresa que una acción típica en muchos casos puede ser también antijurídica, pero no que la comprobación de la tipicidad contenga ya la valoración del hecho como antijurídico o que la indique.⁸

Esto es, que la valoración jurídica de la conducta se realizaba en la antijuridicidad, desde una noción meramente objetiva. Y Von Liszt reconoce la antijuridicidad como reprobación jurídica, misma que recae sobre el acto, por ser contrario a Derecho, o sea, valorar objetivamente la norma. La culpabilidad consiste entonces en la relación psicológica (subjetiva) que existe entre el autor y el acto (concepto psicológico de culpabilidad). Entre el hecho y lo que piensa el autor, debe existir una relación de causalidad psíquica. Presupuesto de la culpabilidad lo es, la imputabilidad y como formas o especies de culpabilidad se distinguían el dolo y la culpa.

Sistema que a la postre sufrió fuertes críticas.

a) El concepto naturalístico de acción, no manifiesta la esencia de la omisión. Pues la omisión no puede ser entendida a partir de una definición de acción, como se dijo anteriormente, es decir, el movimiento corporal voluntario, ya que esta omisión consiste en un “no hacer”. El propio Liszt observó que la omisión reside en el significado social que le es atribuido, y consistente en la no realización de la

⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, página 58

acción esperada por el Derecho Penal. Abandonándose así el concepto naturalístico de acción.

b) En algunos delitos –como el robo o la injuria- para calificar una acción como antijurídica, se recurría a determinados elementos subjetivos.

Pero estos elementos rompían la distinción entre elementos objetivos del delito (antijuridicidad) y subjetivos, que eran propios de la culpabilidad.

c) El concepto psicológico de culpabilidad no explicaba la culpa inconsciente.

Si el sujeto activo del delito conoce y quiere realizar el hecho prohibido y producir el resultado típico, actuaba dolosamente. Quien actúa, sabe que su actuar es peligroso para el bien jurídico, pero confía en que tal resultado no se va a producir, actúa con culpa consciente. Sin embargo, cuando lleva a cabo la conducta peligrosa para el bien jurídico, sin representarse la peligrosidad de su conducta y la posibilidad de lesión de un bien jurídico, actúa con culpa inconsciente.

Si la culpabilidad es la existencia de una relación de causalidad entre la mente del autor y el hecho producido –la voluntad de realizar el hecho en el dolo- tal relación no existe cuando quien actúa con culpa no sabe siquiera que su conducta puede dar lugar a la producción de un resultado, por lo que tales conductas, las derivadas de culpa más graves- y deben quedar impunes. La culpa consciente se explicaba con base a que el autor del delito representaba la posibilidad de la lesión, pero no podía explicar en modo alguno la relación causal entre el hecho y la mente del autor.

d) El concepto psicológico de culpabilidad explicaba algunas causas de exculpación, como el estado de necesidad disculpante o el miedo insuperable, donde no existía la culpabilidad del individuo pese a que concurrió el nexo psicológico entre hecho y voluntad.

2. TEORÍA NEOCLÁSICA DEL DELITO.

De los principios filosóficos del neokantismo y de la introducción de perspectivas valorativas y teológicas (sistema teleológico) el concepto de delito se va transformando. El neokantismo distingue entre ciencias naturales, las que captan la realidad empírica de forma objetiva y neutral y ciencias culturales en las que la realidad se pone en conexión con valores.⁹ Por lo que el sistema del Derecho Penal y el concepto de delito, se inspiraban en valores que iluminan el sistema y a partir de los fines que persigue el Derecho Penal. El naturalismo propio de la teoría clásica, pretendía extraer conceptos normativos para la valoración de la realidad del análisis empírico de ésta, es decir, confundía dos planos distintos de análisis, como son el del “ser” y el del “deber ser”. Contra esto, el neokantismo renormativiza el concepto de delito.

a) La conducta deja ser natural para estar inspirada en un sentido normativo que permitía entender la acción en sentido estricto (positiva) como de la omisión.

Ahora la conducta es definida como aquel comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior.

b) La tipicidad se afecta luego por encontrarse los elementos normativos –que rompían una concepción meramente descriptiva y no valorativa de la misma- y de elementos subjetivos que debían ser incluidos en el tipo –ánimo de dominio, ánimo de injuriar, propósitos, tendencias, fines, etc.- que acababa con la vieja ideología entre los elementos objetivos y subjetivos del concepto de delito.

c) Se percibe que el contenido formal atribuido a la antijuridicidad –oposición a la norma, contradicción al Derecho- es suficiente para la intervención penal. Junto a este juicio de disvalor, objetivo formal, la antijuridicidad contiene un juicio de

⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La imputación Objetiva del Resultado*, Cuadernos de derechos Judiciales. Buenos Aires, Argentina, 1994, página 12

disvalor material. Así la antijuridicidad consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a Derecho, pero que a su vez, es dañoso para la sociedad. El contenido material de la antijuridicidad consiste en su dañosidad social.

Pero además, lo existente entre tipicidad y antijuridicidad fueron revisadas. Dejarán de ser dos elementos independientes para estar ahora interrelacionados. La tipicidad deja de ser la forma de conocimiento de la antijuridicidad penal (*ratio cognoscendi*), mero indicio de antijuridicidad penal, pues solo es antijurídico penalmente lo que es típico. La tipicidad es ahora la razón de ser, de la existencia de la antijuridicidad (*ratio essendi*). El tipo pasa a entenderse como el conjunto de elementos que ha de reunir el comportamiento para que pueda ser calificado de injusto (tipo de injusto).

En la culpabilidad, ya no existe el concepto psicológico de la teoría clásica y nace un concepto normativo (teoría normativa de la culpabilidad) gráficamente descrito por Frank en la siguiente fórmula: “Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable, cuando puede reprochársele haberlo cometido”. La reprochabilidad, como juicio de desaprobación jurídica del acto que recae sobre el autor, se convierte en la base del sistema. La culpabilidad se transforma en un juicio de reproche que se le hace al autor, por la realización de un hecho antijurídico cuando era exigible que obrara conforme a derecho. A la desaprobación jurídica del acto se añade la que recae sobre el autor.¹⁰ El dolo y la culpa ya no son formas de culpabilidad y se cambian en elementos que han de concurrir para la existencia de culpabilidad. La estructura de la culpabilidad para la teoría normativa queda de la siguiente manera:

a) Imputabilidad como capacidad de culpabilidad. Es imputable quien, en uso de sus facultades mentales, conoce el alcance y las consecuencias de su conducta, por lo que debió actuar conforme a derecho.

¹⁰ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Reus, S.A., Tercera Edición, Traducido de la 20ª edición por Luis Jiménez de Azúa, Madrid, España, página 387.

b) El dolo o la culpa. El dolo consistiría en el conocimiento y voluntad de realizar el hecho prohibido por la ley, y la culpa, en una voluntad defectuosa. El dolo es entendido como *dolus malus* que comprendería tanto el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico (dolo natural) como el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (conocimiento de la antijuridicidad de la conducta).

c) No han de concurrir las denominadas causas de exculpación, que impedían el reproche de culpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta.

3. TEORIA DE LA ACCIÓN FINALISTA.

La Teoría de la acción final, o finalismo, llevada a cabo por el ilustre Hans Welzel en la década de los años treinta, supuso una revisión total del sistema y de la estructura del concepto del delito. Para ello, se toma un nuevo método para realizar ese análisis. Abandona el pensamiento de la teoría neoclásica, para investigar la esencia real de la acción humana. Según él, el Derecho ha de partir de las estructuras lógico-objetivas que se encuentran en la realidad y que le sirven de fundamento y base. Basándose en los avances psicológicos y filosóficos de la década de los años 20, redefine el concepto de acción desde un punto de vista ontológico, es decir, buscando las estructuras reales del ser (lo que le rodea del mundo circundante). Lo que es característico del actuar humano, es la capacidad de dirigir la propia conducta a la obtención de los fines propuestos (tomado de la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles). La acción humana será, el ejercicio de la "actividad final". Inicia su teoría de la acción en la crítica de las teorías causales.

La acción da efectos jurídicos penales, no es un mero acontecimiento causal, sino que designa la actividad finalista del ser humano, basada en sus conocimientos nomológicos, fruto de la experiencia, prevé consecuencias posibles de su

conducta y, por tanto, las orienta a la obtención de tales fines. Por eso la finalidad es “vidente”, la causalidad “ciega”.¹¹

Equipara la finalidad al dolo, donde argumenta que el dolo debe pasar a la tipicidad (la acción final es vidente, la acción causal es ciega, dice, porque se le ha amputado la finalidad –dolo- que es lo propio de la acción, el dolo neoclásico (*dolus malus*) queda dividido en dos:

Natural, que es la “finalidad”, en el conocimiento y voluntad actual de realizar el hecho típico y debe estar situado entonces en la tipicidad.

Conciencia de la antijuridicidad del hecho, de carácter potencial, que sigue situado en la culpabilidad.

Estructura que se adecua al delito doloso, pero no al delito culposo. Además, afirma que la diferenciación entre delitos dolosos y culposos no se encuentra en la culpabilidad, sino en la propia tipicidad.

Esta teoría se completa con la dogmática de los delitos de omisión, elaborada por Armin Kaufmann, que intentó superar los problemas que el concepto ontológico de acción planteaba en los delitos de omisión, que consisten precisamente en no realizar la actividad esperada.

Como consecuencia de la modificación en la estructura del delito, introducidas por el finalismo, se pone de manifiesto que:

Se separan la conciencia de la antijuridicidad (que permanece en la culpabilidad) y el dolo que, como dolo natural, pasa a la tipicidad.

¹¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2ª edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, páginas 53 y siguientes.

Se atribuye distinto significado al error sobre el dolo, y se llamará error de tipo y al error sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho (error de prohibición) que anula la culpabilidad.

Es partícipe en un hecho doloso. Cuando el autor no actúe dolosamente, los partícipes no tienen responsabilidad jurídico-penal.

Autor es quien tiene el dominio final del hecho y no quien interponga alguna causa en la producción del resultado.¹²

Encontrándose el dolo en la tipicidad, se reúnen los elementos subjetivos del tipo bajo el nombre de “elementos personales del injusto”, en los que se encuentra el “desvalor de acción” frente al “desvalor de resultado” (lesión) –teoría del injusto personal-.

Llevando a la tipicidad el elemento psicológico que quedaba en la culpabilidad, (dolo natural) ésta queda convertida en una teoría absolutamente normativa (teoría puramente normativa de la culpabilidad). La culpabilidad reúne todos los requisitos para atribuir el hecho a su autor. Si la antijuridicidad es el juicio de desvalor contra la acción, por no ser acorde al ordenamiento jurídico, la culpabilidad consiste en el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica cuando pudo hacerlo.

En la culpabilidad, aparecen los siguientes elementos:

1.- La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: que el autor es capaz, de acuerdo con sus fuerzas psíquicas, de actuar según la norma le indica.

2.- Posibilidad del convencimiento de la antijuridicidad del hecho.

¹² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 194

3.- No exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho (causas de exculpación). Se considera que existen situaciones extraordinarias, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y, con ello, la culpabilidad. Son causas que no existen de exculpación en el sentido de que el ordenamiento jurídico, pese a la existencia de culpabilidad, otorga indulgencia al autor.

El finalismo y la estructura de delito defendida por Welzel, tuvo una gran trascendencia en la doctrina, no exenta de enfriamientos y luchas dialécticas. Hoy en día, mayoritariamente ha logrado imponerse, no tanto por la certeza de los presupuestos filosóficos de los que parte, como por las consecuencias que tiene para el concepto de delito.

Sin embargo, todavía quedaban algunos puntos conflictivos y no correctamente aclarados para el finalismo, básicamente la estructura y el sistema de los delitos culposos y de omisión. Para aunar en una categoría superior de acción todos estos conceptos, surge la teoría de la acción social, cuya única finalidad es reconducir los conceptos de acción dolosa, acción culposa y omisión bajo la categoría de acción social, que sería aquella conducta humana (activa u omisiva) con relevancia social.

4. EL FUNCIONALISMO O TEORÍA SOCIAL DE ACCIÓN.

La teoría funcionalista, tiene como su principal sostenedor y con base en las aportaciones dogmáticas sobre la norma, la persona y la sociedad en el sistema de Gunther Jakobs

A) El punto de partida: la estrecha conexión entre Derecho Penal y sociedad.

Como se ve, las relaciones entre el Derecho Penal y la Sociología del Derecho (es decir, entre el concepto sistema punitivo de un Estado y de un tiempo histórico determinado y esa misma sociedad) son tan estrechas como ciertas. Ni la Ciencia del Derecho Penal ni la Sociología pueden desconocerse entre sí: constituyen un todo y entre ellas existe una coherencia recíproca e intrínseca. Por un lado, el Derecho Penal reclama objetivamente a la Sociología, y –por otro- la Sociología ha de tener presente referencias sistemáticas de valor desde el propio punto de vista del ordenamiento social: el orden social tiene que hallarse supeditado a unas escalas valorativas, porque de lo contrario carecería de finalidad y eficacia. En conclusión, como afirmaría Hermann Kantorowicz, “la Dogmática sin Sociología es vacía, la Sociología sin Dogmática es ciega”.

Las aportaciones de las teorías sociológicas clásicas o premodernas: Sociología del Derecho y Derecho Penal.

Sentado lo anterior, se afirma que la constitución del Derecho Penal no puede realizarse al margen de las características propias de la concreta sociedad donde vaya a aplicarse. Por ello, la Sociología del Derecho (y en concreto, la Sociología Criminal) ha sido siempre una disciplina imprescindible para el análisis de un concreto sistema punitivo. Y por la misma razón, los juristas en general, y los penalistas en particular, no han prescindido de los criterios o perspectivas sociales en la configuración de sus concretas doctrinas (muy particularmente el sistema penal funcionalista, como se verá a continuación).

El alemán Rudolph Von Ihering, en el Derecho Privado, Franz Von Liszt y Karl Binding, en el Derecho Penal, sostuvieron que el orden jurídico se hallaba en último extremo al servicio de un orden social, que delimita el ámbito de aquél.

Modernamente Knut Amelung, en un libro, configuró una “teoría de la nocividad social”, argumentando la idea de que la Sociedad es un sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la

institucionalización de normas. Así, concibe al Derecho Penal como un mecanismo de control social, que desempeña la misión de garantizar la validez de las normas penales dirigidas a regular una sociedad: el ordenamiento penal solo prohíbe el actuar socialmente nocivo. Por ello, la función del Derecho Penal consiste en ordenar un sistema y en solucionar problemas de sistema, y las normas penales son multifuncionales.

5. LAS ACTUALES TEORÍAS DE LOS SISTEMAS SOCIALES (ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN)

Así como otros sociólogos anteriores a él, como Talcott Parsons, Luhmann pretendió, a lo largo de una bibliografía casi inabarcable, elaborar desde una perspectiva crítica una “teoría general de la sociedad”, en la que conjuga con admirable coherencia la construcción teórica con el funcionalismo práctico y dinámico. Esta teoría recibe la denominación de “estructuralismo funcional” o “constructivismo”.

Los presupuestos de los que parte Luhmann para elaborar su sugerente teoría, pueden resumirse en los siguientes puntos: alcance de generalidad e interdisciplinariedad (pretende ser una descripción y armónica explicación de la sociedad en su conjunto: del sistema social y de los subsistemas integrados en ella: Derecho, Economía, Religión, Política, Ciencia, Arte, etc.); reconocimiento de la complejidad social, que –aunque pueda parecer paradójico- solo puede reducirse a través de un aumento de la complejidad; adopción de un concepto de sistema social que engloba las características de la autopoiesis, la auto referencia, la diferencia y la contingencia.

Desde esta perspectiva, la teoría de Luhmann concibe a la Sociedad como un sistema autoreferente y autopoietico que se integra de expresiones de sentido de

comunicaciones. A continuación analizaré brevemente los elementos esenciales de esta definición.

Clases de sistemas y “acoplamiento estructural” entre ellos: Como punto de partida, Luhmann distingue tres clases de sistemas: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos o personales, y los sistemas sociales. La distinción entre ellos reside en el modo de autoreproducción (operación autopoietica) de cada uno de ellos: los sistemas vivos adoptan como operación la propia vida (con todo un entramado de relaciones y operaciones vitales); los sistemas psíquicos o personales tienen como operación característica la conciencia; y los sistemas sociales se caracterizan precisamente por la expresión de sentido, es decir, por la comunicación.

Los diferentes tipos de sistemas no se presentan aislados entre sí, sino interrelacionados. Entre ellos opera un “acoplamiento estructural”. Por ejemplo: los sistemas sociales se acoplan estructuralmente a los sistemas psíquicos o personales, porque de lo contrario no sería posible la comunicación. Se habla asimismo de “interpretación”, cuando el acoplamiento estructural se realiza en el seno de una comunicación de dependencia recíproca entre los sistemas, de modo que cada uno de ellos solo puede ser explicado y solo puede existir si existen los demás.

La sociedad como “sistema”: El hecho de que la sociedad sea un sistema alude a una global conexión entre diferentes elementos, cuyas relaciones entre sí son cuantitativamente más intensivas y cualitativamente más productivas que sus relaciones con otros elementos. Por un lado, la diferencia de la clase de relación entre los elementos de un sistema se halla, precisamente, en el concepto de “comunicación”; por otro, marca el límite entre “sistema” y “entorno”. Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno “tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico”. El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes; el resto no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema, no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos no solo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía, pero

no con independencia uno respecto del otro: “el entorno alcanza su unidad solo a través del sistema y solamente en relación al sistema”.

La sociedad como sistema “social”: La sociedad no es más que un tipo de los sistemas sociales, que se caracteriza por el modo de operaciones de autoreproducción (autopoiesis) que adopta, la comunicación. De este modo, la sociedad como sistema (social), está integrado por expresiones de sentido comunicativamente relevantes.

La sociedad como sistema social “autopoiético” (“autoreferente”): El concepto de “autopoiesis”, incorporado por Luhmann a la teoría de los sistemas sociales proveniente de la Biología, significa que el propio sistema es capaz e idóneo para configurar su propia estructura y crear sus propios elementos integrantes. Autopoiesis es, por tanto, autocreación. En el campo de la Biología, significa que las propias células tienen capacidad para autoreproducirse, esto es, que son sistemas (vivos) idóneos para configurar su propio medio de vida. En el campo de la Sociología, la autopoiesis permite al sistema (social) dotarse de una propia estructuración: es pues, un juicio de autosuficiencia. Lógicamente, el Derecho es también un sistema autopoiético, en tanto que las operaciones de autoreproducción se llevan a cabo en el seno del sistema, y no en el exterior (son operaciones intrasistemáticas).

La comunicación como sistema autopoiético del sistema social: Sociedad es comunicación. Es decir, la sociedad se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa. La comunicación es el mecanismo autopoiético u operación específica de los sistemas sociales. Allí donde hay comunicación hay sociedad, y donde hay sociedad (para que la haya) es necesario siempre la comunicación. En la concepción de Luhmann, la comunicación consiste en que alguien (Alter) participa al yo (Ego) una información, que es comprendida por el yo. La comunicación es, por tanto, un proceso o síntesis de tres selecciones: participación, información y comprensión de la

diferencia entre información y participación. Otros autores, como Habermas, resaltan también el aspecto de la comprensión dentro de la comunicación, emparejando este último concepto con el de consenso.

La comunicación (el proceso comunicativo) es, por tanto, la operación que define los elementos del sistema social, es decir, la específica operación que caracteriza al sistema social. Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento luhmanniano: para el autor alemán, “no es el hombre quien puede comunicar, solo la comunicación comunica”. Del mismo modo que la comunicación es la operación autopoietica que define los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación autopoietica la conciencia, y “los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la sociedad”. Por ello, para Luhmann, la sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones.

III. TEORÍA DE LOS SISTEMAS Y SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL

El moderno sistema penal funcionalista, parte del análisis funcional de la integración de la sociedad. El funcionalismo sistémico, método científico seguido por la teoría de los sistemas sociales, permite concebir todo dato o fenómeno social como contingente y contrastable con otros. Sobre esta base, el análisis funcionalista construye el conocimiento a través de la confrontación del dato conocido con otras posibilidades. La confrontación la lleva a cabo un observador. Es decir, se parte del análisis de la realidad, del dato como problema. El análisis consiste en describir la relación entre los diferentes problemas y buscar soluciones actuales y equivalentes funcionales a cada uno de ellos.

El funcionalismo jurídico-penal tiene además como base presupuestos sociales, siendo definido por Jakobs, quien es su máximo representante, como aquella teoría según la cual, el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.¹³ Este planteamiento se aleja, de la conciencia individual (el tradicional punto de partida de la filosofía de Descartes y desarrollada por Tomás Hobbes hasta Emanuel Kant), o de la concepción europea del Estado, iniciada por Aristóteles. El sistema social (concebido como sistema autoreferencial y autopoietico, delimitado del entorno, e integrado de expresiones de sentido, de comunicaciones entre personas) es punto de partida del funcionalismo jurídico-penal. Además, este sistema funcionalista desarrolla otras categorías o conceptos esenciales, como se dijo con antelación, persona, norma y sociedad.

Mucho se ha discutido en los últimos años sobre el influjo de la teoría de los sistemas sociales en lo que piensa Jakobs. Suele casi generalizadamente afirmarse que el sistema penal funcionalista Jakobsiano es deudor, en gran parte, de la construcción sociológica sistémica de Luhmann. Esto es, que la construcción de Jakobs se debe en gran parte a las aportaciones de Luhmann en el ámbito de la Sociología. Sin embargo, esta opinión tiene validez en parte, por tanto, los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo como exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales) lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia- no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema.

Algunos autores y el propio Jakobs, han intentado distinguir, cierta (probables y aun posibles) influencia sociológica en la construcción penal funcionalista de condicionamientos absolutos del sistema. Que en el pensamiento penal de Jakobs y puedan encontrarse influencias de significativos aportes de la teoría de los sistemas sociales, es en buena parte irrefutable. Pero sostener que Jakobs

¹³ Cfr. JAKOBS. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas Madrid 1996, página 15.

construye su sistema exclusivamente con base en la teoría sistemática, supone desconocer en gran parte los orígenes y otras influencias filosóficas en el sistema penal funcionalista Jakobsiano. Es decir:

- 1) Ni las influencias de Luhmann en Jakobs son tan grandes ni tan definitivas;
- 2) Ni el sistema penal funcionalista es absoluto deudor del sociologismo sistemático, ni está ayuno de otros influjos filosóficos;
- 3) Ni la construcción de Luhmann es original (no surge de la nada), ni es absolutamente contrapuesta, se pone por caso, a la filosofía hegeliana.

1. FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DEL ILÍCITO

En la década de los años setentas, existía como tendencia a nivel mundial, el discutir ya algo pasado de época en Alemania —de donde ella provenía—, acerca de si el dolo de cometer el hecho integraba el tipo penal en la estructura de la teoría del delito o si era un elemento de la culpabilidad. Ésta era la cuestión que reflejaba una disputa entre lo que se llamaba doctrina causal *de* la acción y teoría finalista.

Así planteada, la discusión era en verdad poco importante. El dolo está, como dato psíquico, solo en la cabeza del autor. Como elemento de análisis de la imputación, puede estar allí donde lo decida una clasificación útil de los elementos del hecho punible. La llamada estructura de la teoría del delito, es solamente una herramienta de análisis construida para la más correcta y justa solución de los casos penales. Los elementos particulares, por tanto, no tienen ningún lugar fijo e inmodificable.

En aquella época, se preguntaban por las consecuencias prácticas de la discusión entre causalismo y finalismo, aparecían respuestas tales como una diferente teoría del error, una distinta noción autor, y quizá, no mucho más que eso. Sin embargo, es claro que un finalista, es decir, alguien que entienda lo disvalioso de una acción a través del contenido de la voluntad manifestada por el autor, también podría convivir con las consecuencias prácticas de la teoría del error del causalismo.

En principio, se asocia al causalismo el ser pareja de la llamada teoría del dolo, en materia de error. Teoría del dolo significa: que la conciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo, y, por tanto, un error sobre la prohibición excluye el dolo, al igual que un error sobre los elementos del tipo penal.

De modo marginal acoto aquí que la teoría del error que verdaderamente rigió y que en gran parte sigue rigiendo aún en los países de América Latina —donde se supone que quedan reductos del causalismo, lo que no sucede en nuestro país, ya que como se aprecia, el Código Penal no tiene tendencia de ningún tipo, siendo dable indicar que el conocimiento del Derecho Penal de un pueblo nos permite determinar el grado de cultura alcanzado por éste — no admitía, en realidad, la relevancia del error de prohibición; más bien seguía apegada al dicho de error *iuris nocet*, como todavía hoy el artículo 29 del Nuevo Código Penal. En esto se seguían con los mismos postulados de inicios del siglo antepasado, dado que varios autores definían al dolo como “la voluntad de realizar un acto que se conoce como contrario a la ley”, pero que entendían que si ese conocimiento faltaba por “error de derecho”, subsistía igualmente el dolo. Es decir, que la teoría del error aplicada, era totalmente incompatible con la definición de dolo de la que se partía.

Por esto debería extrañar que una y otra vez se escuche decir que el finalismo quebrantó el principio de culpabilidad, con la llamada teoría de la culpabilidad. Teoría de la culpabilidad que significa: la conciencia de la antijuridicidad, es un componente de la culpabilidad, pero no del dolo y por ende, un error sobre la prohibición, deja intacto el dolo y permite la punibilidad por el delito doloso,

mientras el error sea evitable.

Y debería extrañar que se encuentre en esto una lesión al principio de culpabilidad, porque como se dijo, la teoría causalista, nunca había sostenido en serio una teoría del dolo realmente estricta, dado que la conciencia de la antijuridicidad integraba el dolo, si era que existía conciencia de la antijuridicidad, pero, si no existía, había dolo de cualquier modo. La teoría del dolo que aquí regía era muy limitada, la conciencia de la antijuridicidad es irrelevante; pero, si concurre, entonces integra el dolo.

Cuando indico que la teoría finalista podría convivir con la teoría del dolo, quiero indicar que la consecuencia práctica de ésta —a saber, un error de prohibición excluye la punibilidad por dolo—, siempre podría ser aceptada, si así lo exigiera la ley, solo que denominando de manera distinta el fundamento de esa consecuencia, sobre la base, por ejemplo, de que haría falta un mayor grado de reprochabilidad, es decir, una conciencia efectiva de que aquello que se hace está prohibido, la mayor reprochabilidad posible.

De modo similar, un causalista podía aceptar perfectamente —en el caso inverso— las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en materia de error, con solo modificar de nuevo la explicación: el error evitable de prohibición implica un dolo respecto de los elementos del tipo y una imprudencia respecto de la antijuridicidad. Si el legislador sigue el camino de la teoría de la culpabilidad, podría estar diciendo en definitiva que, respecto de la imprudencia de derecho, siempre hay punibilidad, con una atenuación posible, pero partiendo del mismo marco que el marco penal del delito doloso.

Estas fundamentaciones dogmáticas son, en cierta medida, intercambiables, lo habían insinuado muy bien hace ya muchos años, con particular referencia a las discusiones en torno al dolo y el error. Si se modifica, junto con las definiciones, los axiomas pertinentes, pueden lograrse las mismas consecuencias que

integraban el sistema original. Correcciones similares se pueden hacer en materia de autoría y participación. No hay una noción de la autoría que esté necesariamente unida a la teoría causal o final de la acción. Si causalismo y finalismo tuvieron su teoría del error o de la participación, por ejemplo, si admitían participación en hechos imprudentes o no, esto fue más bien contingente y no producto de una necesidad teórica inmodificable.

Pero, entonces, qué había de interesante en la discusión entre causalistas y finalistas, si ni siquiera la identificación de una acción como tal era diferente, dado que las causas de exclusión de la acción eran exactamente las mismas en los dos sistemas.

Lo fundamental de la teoría finalista, a mi juicio, está en que el centro de gravedad del ilícito no es la lesión a un objeto de bien jurídico: un hombre muerto, una gota de sangre o un vidrio roto. Lo decisivo es que un sujeto, un miembro de la comunidad, ha realizado una acción con tendencia al menoscabo del objeto de bien jurídico, expresando con ello que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad, no le importan. Si uno pone el acento de la teoría de la imputación en la producción de resultados, las lesiones a bienes, entonces, no puede pensar — en este sentido— como un finalista; termina dominado por el dogma causal.

Presentada esta contraposición mediante un ejemplo muy corriente: alguien quiere matar a su víctima de un tiro, la espera y, cuando ella se acerca, efectivamente dispara y le da en la cabeza, partiéndole el cráneo.

Qué es lo disvalioso, lo malo de esto. Que la víctima haya muerto; que el autor haya disparado. Sin duda, todo se podría contestar. Que el autor haya hecho eso y que la víctima haya muerto. Ciertamente es un dato negativo, no querido por el Derecho, que, tras este episodio, haya un hombre muerto. Pero la razón por la cual esto es imputable al autor, es la misma razón que existiría igualmente si, por un movimiento repentino de la víctima, un desmayo por ejemplo, el proyectil solo hubiera rozado la cabeza, y no se tendría más que un hecho tentado. Es decir,

que la razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación. Y aquello que el sujeto puede dominar son sus actos; las consecuencias de sus actos solo puede dominarlas en la medida en que puede dominar sus actos. Ahora, dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación solo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho. El resultado, como tal, está fuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su hecho.

He aquí la idea central de lo anterior y lo que sostengo:

- 1) Un principio de lesividad, en el sentido de que la medida de un hecho punible esté dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico es incorrecto (porque, no solamente se trata de la gravedad del delito, sino del grado de culpabilidad alcanzado por el sujeto, pues hay que recordar que se trata de un Derecho Penal de acto y no de hecho, haciendo la observación de que en el artículo 296 Bis del Código de Procedimientos Penales, se establecen una serie de requisitos para que el juzgador al momento de citar sentencia demuestre además como dice el artículo en cita: “...*demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...*”¹⁴ Lo que como se argumenta resulta ilógico, o se toma en cuenta la gravedad del delito – Derecho Penal de hecho-, o se toma en cuenta la culpabilidad del agente –Derecho Penal de acto-);
- 2) La medida del ilícito es igual a la medida del dominio del sujeto sobre la posibilidad de menoscabar el objeto de bien jurídico;
- 3) Las representaciones dadas de hecho en cabeza del autor, son constitutivas

¹⁴ *Compilación Penal Federal y del DF*; Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2007, página 103.

para el dominio del sujeto sobre su hecho;

4) La tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible; lo demás es casualidad.

En el curso de estas exposiciones, trataré de demostrar que estas tesis son correctas, que son plenamente acordes a los derechos fundamentales del hombre, compatibles con la teoría de la imputación objetiva y válidas también frente al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Lo primero que uno podría preguntarse es a partir de dónde se infiere la estructura del hecho punible o los elementos de la imputación; es decir, de qué depende que aquéllas tesis sean falsas o correctas.

Una respuesta posible sería ésta: el punto de partida es el Derecho Positivo. Las decisiones político-criminales de la ley, definen si el ilícito se ciñe al disvalor de la acción, si solo le importa el disvalor de resultado o si es una combinación de ambos. Se razonaría de este modo, por ejemplo, si se argumentara más o menos así: los artículos 70 y 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal obligan a que la escala penal de la tentativa tenga, como máximo, un límite inferior al del máximo del delito consumado; por consiguiente, la consumación, y, con ello, el disvalor de resultado, tienen un efecto ascendente sobre la pena., con lo cual, el hecho punible se define en la ley también por el resultado.

Hay que tomar en consideración siempre las decisiones de la ley que pueden contraponerse a las consecuencias de una teoría. Si no fuera así sería porque la teoría no propone ninguna consecuencia práctica que pudiera ser regulada legalmente. En este sentido, desde luego es un dato importante establecer qué dice la ley.

Pero, quien se quedara en la explicación de las soluciones de un derecho positivo

concreto, no sería más que el intérprete de un texto. Esto no es el desarrollo o la proposición de una teoría. La labor principal de un jurista está orientada a la crítica externa de los sistemas legales vigentes y no al capricho de que algunos juzgadores dicten sentencias sin motivación y fundamentación, que imperativamente de acuerdo al artículo 16 constitucional, toda autoridad está obligado.

En definitiva, lo decisivo es determinar cuáles serían las disposiciones legales correctas, es decir, cuáles deberían regir.

Por lo demás, la pretensión de argumentar en favor de una teoría, a partir de la ley, fracasa de hecho por otras razones, incluso por olvido o ignorancia del mismo legislador. Y es que no hay prácticamente ningún sistema legal que esté dominado de modo siempre consecuente por la misma idea imputativa. Nuestras concepciones de imputación están siempre cruzadas por el dominio de intuiciones valorativas contrapuestas, y ésta se refleja siempre en la ley, aunque el texto esté escrito por un solo redactor. Esto es así en particular respecto de la tensión entre disvalor de acción y disvalor de resultado. La idea de querer fundir estos dos principios de imputación en un sistema coherente, no puede prosperar, pues es tributaria de dos concepciones que no tienen modo de corresponderse. Una idea proviene del dogma de la voluntad, y básicamente reza así: no hay ninguna infracción, ninguna culpabilidad, que no sea una culpabilidad de voluntad. La otra idea proviene de lo causal: infracción es la causación de un daño.

Quien quiera reunir estos principios antagónicos tendrá que contradecirse. A manera de ejemplo:

El Nuevo Código Penal, en su numeral 72, pone a la culpabilidad en la base del sistema de la imputación y firma que: *“El juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad* (teoría dualista de la pena, lo que no acontece en la realidad, puesto que al sentenciado se le impone solamente la

pena, pero no así la medida de seguridad mencionada y por tanto las sentencias son inconstitucionales de acuerdo al artículo 18 de nuestra Carta Magna, que indica: “*Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente... establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...*”.

Acerca del concepto de culpabilidad, no define mucho más que las formas de culpabilidad, a la manera de la teoría causal de la acción: dolo y culpa (artículo 18 del Nuevo Código Penal). Ahora bien, es muy claro que el dolo de una tentativa acabada y el dolo de un delito consumado no son diferentes; y la culpabilidad tampoco difiere si se le entiende como reprochabilidad, como motivación defectuosa, a pesar de la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél (delito) o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, como lo dice el artículo 29 fracción VII, interpretado a *contrario sensu*, del mismo Nuevo Código Penal, donde se encuentra definida la imputabilidad.

Por consiguiente, la diferencia entre tentativa y consumación es una pura diferencia objetiva, en el sentido de que el resultado objetivo no puede estar alcanzado a su vez por una mayor culpabilidad, que es idéntica en los dos casos; pero una diferencia objetiva es, una forma de responsabilidad objetiva. Por tanto, el dogma de la voluntad que recibe el artículo 72 del Nuevo Código Penal, no puede corresponderse con la mayor pena del delito consumado sobre el tentado que impone el artículo 78 del referido Código, al recoger el dogma causal. Por tanto, el punto de partida debe hallarse fuera de la ley, para interpretar a ésta, luego, del modo más correcto que sea posible. Haciendo hincapié a que el precepto 72 del mismo ordenamiento penal, refiere como una potestad, la calificación de la gravedad de la culpabilidad, al momento de imponer la sanción.

2. RELACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA PENA

Hoy en día domina la idea de que el sistema del hecho punible puede deducirse prácticamente por completo, a partir de la teoría de la pena, es decir, el criterio de legitimidad del castigo estatal que se presuponga como fundamento del sistema, determinaría todas las consecuencias.

Sin embargo, es común en la doctrina afirmar que el Derecho Penal se legitima por los fines de la pena estatal. Ahora bien, no cualquier fin legitima un Estado, ni su sistema punitivo. En los Estados totalitarios (como la Alemania nazi) el Estado no se legitimaba por los fines de la pena, ni siquiera por la fuerza de las armas. El Derecho pudo ser legal o puede ser legal, pero no era un Derecho justo, sino injusto, y un Derecho injusto no puede ser legítimo.

En los modernos Estados democráticos se discute cuáles son los fines de la pena que pueden legitimar un sistema punitivo. Y este debate gira en torno a dos ideas fundamentales: la retribución y la prevención. Por qué se impone la pena, con qué fin. El Estado ha de sancionar a los delincuentes sólo por el hecho de que han cometido un delito (retribución, volviendo al antiguo sistema ojo por ojo y diente por diente) o también para que en el futuro no se vuelva a delinquir (prevención); qué fines de prevención se persiguen (generales o especiales).

Los generales que sirven como ejemplo a la población de que se abstenga de cometer delitos. Y los especiales para que el sujeto no vuelva a delinquir.

Personalmente, no creo en esta posibilidad. Más bien soy partícipe de la idea fundamentada hace poco tiempo por Claus Roxin en el sentido de que "...en la determinación de la pena, debe por lo menos también tenerse en cuenta el principio de resocialización que (artículo 18 constitucional) debe inspirar la ejecución de las penas de prisión y ciertamente en una forma que permita tener en cuenta, dentro del margen de libertad de la culpabilidad, es decir en el marco de lo

ya adecuado y de lo todavía correspondiente a la culpabilidad, consideraciones de prevención especial y considerar la posibilidad de reinserción social...¹⁵ “.

Especialmente, con relación al tema que nos interesa, se debe decidir el disvalor de acto o también el disvalor de resultado, y esto no lo puede contestar la teoría de la pena.

Tómese como ejemplo la teoría de la retribución. Quien se proclame a si mismo retribucionista, con esto no habrá resuelto aún qué es lo que debe retribuir, si el disvalor de acto o de resultado. Quien haga nacer su sentido retribucionista de la pena, a partir de una intuición de justicia básica, que le obliga a ver en el daño causado por el hecho, el principio fundante de la medida de la pena como compensación del daño, dará una función al resultado en la estructura del hecho punible: tu sufrimiento debe corresponder al que le has hecho sufrir a otro. Esta es la explicación que Fernández Carrasquilla da al principio de lesividad: “Sin el daño, en efecto, la función retributiva de la pena pierde su piso y sentido...”. Uno de los ejemplos más antiguos de esta concepción se halla en la idea del Talión como se dijo con antelación: ojo por ojo, diente por diente. Esta posición apenas podría dejar una posibilidad para penar a la tentativa, que supone que tanto el ojo, como el diente quedaron, en definitiva, intactos. Pero quien, en cambio, vincule su sentido absoluto de la pena a la retribución de una mala voluntad, por ejemplo, porque ninguna expresión de voluntad ilícita debiera quedar impune, no tendrá por qué preguntarse por las consecuencias del hecho, por si el ojo o el diente están lastimados, sino por si el autor supo que habría de lastimarlos o si aceptó un contexto de acción del que podían derivarse tales lastimaduras. Lo mismo puede decirse de las teorías relativas. Incluso aquel que vea el fin del Derecho Penal en la protección de objetos físicos del mundo material como sustrato del bien jurídico, aún con ello, no podrá tener resuelta la tensión entre disvalor de acción y disvalor de resultado.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención*, Editorial Bosch. Barcelona España, Sin Edición, Traducción de Francisco Muñoz Conde, 1980, Página 94.

Generalmente se argumenta de otro modo, que la teoría de la prevención, como protectora de bienes jurídicos, permitiría darle un lugar al principio de lesividad: la pena está justificada porque hay una lesión al bien jurídico, y la finalidad de la pena está en la protección de bienes jurídicos.

Pero esto no puede ser así. Si la pena produce alguna clase de protección a los bienes físicos, esto no es precisamente respecto del bien que ha sido afectado con el delito a reprimir. Este bien ya está afectado y, probablemente, haya dejado de existir, como la vida del pasivo, por ejemplo, en el homicidio consumado. Si alguna protección es posible, lo es respecto de los bienes aún subsistentes o por decir, para señalar a través de la estigmatización este hecho, qué hechos de esta naturaleza no deben ser y serán reprimidos. Pero la prevención que se dirige al futuro, no puede distinguir entre delitos consumados o tentados, porque a la hora en que la norma pueda impartirle al autor futuro un mandato de abstención —a la hora en que el autor potencial pueda derivar un imperativo del hecho de que se haya castigado al autor del pasado—, en ese momento el autor futuro no podrá motivarse de una manera distinta para el delito consumado que para el de tentativa, porque todo lo que él puede hacer, justamente, es una tentativa del hecho o abstenerse; la motivación a la consumación es exactamente la misma que la motivación a su tentativa. Podría derivar el autor un mandato distinto de saber que a un autor de tentativa se le penará más levemente que al autor de un delito que se ha consumado; cómo podrá saber él de antemano si su tentativa llegará a la consumación. Y es que lo máximo que un Derecho Penal preventivo podría lograr para la protección de bienes jurídicos, sería justamente el poder evitar toda tentativa; si no hay tentativas, tampoco podrá haber consumaciones y, a la inversa, no puede evitarse ninguna consumación si no es a través de evitar la acción (en los delitos de comisión) o de compeler al salvamento (en los delitos de omisión). Más que esto, no se puede lograr en una relación razonable entre norma y autor.

No se descarta la posibilidad de una diferencia en el efecto disuasorio de la norma, derivada de que el autor sepa que el derecho reacciona de modo distinto

contra el hecho consumado que contra la tentativa, pero justamente una diferencia que prueba que es de lo más inconveniente es un tratamiento diferente.

En conclusión, la justificación del castigo estatal como medio para la protección de bienes jurídicos, no puede decir nada en favor de la relevancia del disvalor de resultado. A lo sumo, puede asegurar que ciertas acciones deben no ser. Si se quiere incluir algo más, esto no podría derivar de las teorías de la pena, como tampoco se pretende justificar algo en la teoría de la pena, así que ciertamente debe ser aceptable también desde el punto de vista de las teorías de la pena.

Es cierto que últimamente he tratado de fortalecer la idea de que el disvalor de acto es el único contenido del ilícito posible, a partir de la teoría de la prevención general positiva, lo que parecería indicar que pretendo inferir el sistema a partir de la teoría de los fines de la pena o de la esencia y fines de la pena. Trato de explicar la idea de que la pena es la reacción contra el quebrantamiento de la norma para mantener la norma como modelo de orientación del contacto social. Lo anterior lo puedo resumir así: para tener que reafirmar expectativas normativas no hace falta un disvalor de resultado, sólo hace falta que la conducta defraude la expectativa.

Pero la estructura del hecho punible no puede ser derivada por completo de las teorías de la pena, por el contrario, la identificación de la conducta criminal es justamente previa al hallazgo o formulación de la teoría que legitime su castigo. Y en consecuencia, el punto de partida tiene que ser otro.

3. LA TEORÍA DE LAS NORMAS

Una alternativa podría consistir en establecer el punto de partida en la teoría de las normas que se realiza como trasfondo a todo sistema de imputación. Es seguro que el delito consiste al menos en la infracción a una norma; esto, en sí, no

está discutido.

Por consiguiente, la base del sistema de la teoría del hecho punible tendría que partir de un concepto de norma. En términos generales, puede decirse que la teoría de las normas ha pretendido y pretende ser el fundamento objetivo de la sistemática del delito y por lo tanto de la dogmática penal. Dicho en otras palabras: al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema.

La historia moderna de la teoría de las normas, proviene de la obra conocida como *Las normas y su transgresión de Karl Binding*¹⁶. Esta teoría conducía en verdad a una identificación entre ilícito y culpabilidad. La norma consiste en una orden dirigida al autor, una prohibición de acción o un mandato de abstención. En esta posición, y toda vez que las órdenes están dirigidas para motivar su cumplimiento, sólo puede transgredir la norma quien es capaz de motivación. De este modo la denominada capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad definen también la contrariedad al derecho.

¹⁶ SANCINETTI, A. Marcelo. *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1997, página 43.

CAPÍTULO II

A MANERA DE RESEÑA

Es viable mencionar dentro de este tema un poco de la Política Criminal que a bien puede servir dentro de nuestro país y que como se verá, nuestros legisladores se han olvidado de la misma.

Todavía se continúa con el planteamiento surgido a fines del siglo antepasado, consistente en la atención de la Política Criminal, la que continúa presentándose como alternativa, llamada a desplazar, paulatina, pero inevitable a la ciencia jurídica. Lo cierto es que desde los orígenes de la Política Criminal, la misma no ha progresado y entretanto la dogmática jurídico-penal (en los países como Alemania, Italia, Colombia, Argentina y España) ha conocido los momentos más brillantes de su historia. Pero no por ello ha perdido la Política Criminal su pretensión alternativa de futuro, como lo prueba el hecho de que en gran parte de países, que no coinciden con el modelo italiano o germánico, haya ido acaparando la atención de los penalistas.

Siendo entonces la Política Criminal donde se incriminan determinadas acciones humanas, que el Estado considera como delictivas, conminándolas con una sanción, en forma de pena o medida de seguridad. Esta última actividad legislativa es conocida como Política Criminal. Concretamente Kleinschrod y Feuerbach, la conciben como una especie del arte de legislar, distinguiéndose del Derecho Penal como disciplina general. Término que fue acuñado por el alemán Franz Von Liszt en el siglo XIX, en el sentido de indicar que se encuentra condicionada por el pensamiento de la capacidad de mejora del ser humano, del individuo y de la sociedad.

Durante la época precortesiana, en nuestro país se legisló sobre la impartición de justicia, indicándose en algunos textos y códigos que:

Era costumbre entre los nahuas que los hijos de los señores y hombres ricos, siendo de siete años poco más o menos, entraban en los templos a servir a los ídolos, a donde servían barriendo y haciendo fuego delante de los templos, patios y salas, echaban los inciensos en los fuegos y servían a los *papahuaque* (dícese del que tenía cabellera intensa; nombre que se designaba a los ministros del culto prehispánico).¹⁷ Y cuando eran negligentes, traviosos o desobedientes, les ataban las manos y pies y les punzaban los muslos con unas puyas y los brazos y los pechos, y los echaban a rodar por las gradas debajo de los templos pequeños. Y más, es de saber que en México y asimismo en Texcoco y Tlacopan había tres consejos: El primero era el Consejo de las cosas de Guerra; el segundo era a donde había cuatro oidores para oír los pleitos de la gente común; el tercero era el consejo a donde se averiguaban los pleitos que entre señores y caballeros se ofrecían, o entre pueblos sobre señoríos o términos; y de este consejo en ciertas cosas señaladas daban parte al señor, que eran como casos reservados a estos reyes y señores de estos tres reinos que arriba están dichos.

Tenían pena de muerte los jueces que hacían alguna relación falsa al señor superior en algún pleito, y asimismo los jueces que sentenciaban a alguno injustamente.

Durante la época de la Conquista, se implantó un remedio de policía mixta y administración de justicia, donde se apreciaba que los frailes eran los encargados de la cura y el remedio para todo y para todos, esto es, trataron de juntar a todos los indígenas para mantener un buen orden, que como consecuencia daría un buen Estado, el cual sería católico, útil y muy provechoso, para lo espiritual, como para lo temporal, rigiéndolos, gobernándolos y doctrinándolos como apóstoles, de manera que los indígenas, sintieran, conocieran y confiaran en la administración de la justicia, esto es, en qué se les hacía y que se les habría de hacer.

¹⁷ ALCOBIZ, Fray Andrés de. *Mitos e Historias de los Antiguos Nahuas, Historia de los Mexicanos por sus Pinturas*, Editorial Conaculta, 2002, página 107 a 109.

Del pensamiento de Manuel de Lardizábal y Uribe, de menor trascendencia que el de Beccaria, pero de una gran significación en el mundo hispanoamericano (nacido en Tlaxcala en 1739). En 1782, con posterioridad a Beccaria, escribe su discurso sobre las penas, contraídas a la legislación vigente en España para facilitar su reforma. Siendo su obra la que refleja claramente las tendencias racionalistas y utilitaristas de su época, con una mayor carga de iusnaturalismo. Se acerca a Beccaria al reconocer en el contrato el origen de las penas, en cuanto los hombres mediante él cedieron parte de su libertad; pero se aleja de él y también de Juan Jacobo Rousseau, indicando que la ley tiene su origen en el Príncipe, pero no como representante de la voluntad originaria de los contratantes, ni tampoco en virtud de su autonomía como legislador, sino que la facultad para realizar la leyes es de Dios.

Por lo que hace a las penas, como Beccaria, las mismas deben atenerse al principio de la necesidad. A diferencia de Beccaria, Don Manuel de Lardizábal señala los fines de la pena, general y especial, planteando un sistema mixto, tanto de intimidación como de enmienda hacia los sujetos. Declarándose partidario de la pena de muerte, debiéndose aplicar ésta sólo cuando no haya otro recurso, para reestablecer el orden social. Para él la pena debe ser pública e irremisible.

De lo anterior, puedo a indicar que la obra de Lardizábal es evidentemente superior a la del italiano. Por los despliegues jurídicos, haciendo referencia a los problemas mas difíciles del Derecho Penal, como lo es, la autoría y participación, grados de ejecución del delito, la determinación de la pena, la gravedad punitiva del delito doloso y culposo, el error, la ignorancia, la enfermedad mental, las escalas penales y aún la ejecución de la pena, determinando los establecimientos de acuerdo a la edad, sexo y otras circunstancias personales de los sentenciados.

Así nace la ciencia penal del siglo XIX, perdiendo el carácter unitario que se le había dado, pasando a unilitarizarse cada una de las tendencias que se le habían propuesto. De lo que se trata ya no es de transformar al Estado, sino de

mantenerlo, eliminando los fallos de disfuncionalidad que lo puedan aquejar. Esto cambia totalmente la actitud de los nuevos pensadores del Derecho Penal, que ya no tienen una visión totalizadora, sino atomizada del fenómeno penal. De este modo unos se dedican al Derecho Penal, otros a la Criminología y algunos a la Política Criminal, siendo esta la rama que tiene menos importancia, hasta que aparece Von Liszt.¹⁸

Sin duda, la corriente reformista de la Política Criminal ha conseguido perfeccionar al Derecho Penal, sembrando la conciencia en nuestro tiempo de que es preciso mejorarlo, pero no por ello se puede arrinconar, siendo necesario penetrar en el significado y a las exigencias inherentes a la institución jurídica, que es el objeto de la regulación, misión que es característica de la dogmática jurídica.

En consecuencia de la necesidad de legislar, no se puede olvidar que todo texto legal requiere no sólo de su aclaración, sino de su concreción, que inevitablemente supone la necesidad de elegir entre las distintas posibilidades que ofrece la literalidad de la ley. Siendo inevitable que la política criminal sea una fiel compañera de la dogmática jurídico penal, en la labor de todo jurista, es decir. La creación de un nuevo derecho.

Una vez realizado el planteamiento indicado, pasaré al estudio del tema, siendo al respecto el aspecto subjetivo, mismo que inicia con el dolo y al respecto:

I. EL DOLO

SU CONCEPUALIZACIÓN.

En este capítulo desarrollaré el concepto de dolo dentro de las tres categorías que se le conoce:

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, página 102.

Dolo directo (*dolus directus*) de primer grado,

Dolo directo de segundo grado y;

Dolo eventual (o *dolus eventualis*).

Dentro del Derecho Penal conceptualizamos al dolo como “conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo de un delito,”¹⁹ o concepto unitario de dolo, que se lleva a cabo a las tres formas mencionadas.

“El dolo, en nuestra materia, tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo”.²⁰ Nos importan las acciones dolosas con relevancia penal, esto es, las comprendidas en los tipos penales, mientras el dolo sea empleado como un “concepto jurídico penal (dolo de tipo), su finalidad, su objetivo, su dirección, será la realización del tipo objetivo de un delito”.²¹

“El dolo típico pertenece al tipo subjetivo, y decide el tipo de pena, así como su magnitud”.²² El profesor Claus Roxín, como se aprecia, es de la opinión de que la “realización del plan constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”.²³

Hans Heinrich Jescheck, pone de manifiesto que: “...dolo significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal...”.²⁴ La doctrina causalista decía que el dolo era *dolus malus* y se componía de dos elementos: el

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 245.

²⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 77.

²¹ *Ídem*.

²² ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, España, 1997, página 415.

²³ *Íbidem*, páginas 416 y 417.

²⁴ JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Copartgraf, S. Coop., Andza, Granada, España, 1993, página 263.

conocimiento y voluntad de los hechos y, la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad, que no es otra cosa que conocer el derecho.²⁵

Dentro del finalismo se tiene al dolo, como dolo natural e incluye sólo el conocer y querer la realización de la parte objetiva del tipo legal, y no incluye la conciencia de la antijuridicidad.²⁶

Por lo que entonces dentro de los delitos dolosos, el dolo es el núcleo fundamental de la acción y del tipo, para esta teoría, el dolo no está libre de reproche por la culpabilidad, entendida ésta como reprochabilidad, porque se tiene que estudiar imperativamente (recordando la prelación lógica) antes de la antijuridicidad, y se tiene entonces al dolo como un dolo que no tiene valor, es decir avalorado o natural o neutro.

Como se señaló en el capítulo anterior, dentro de la teoría causal-naturalista o causalista, el dolo se encuentra en la culpabilidad, siendo entendido como dolo culpable, es decir, como dolo desvalorado.²⁷

En el funcionalismo el dolo sigue ubicado como elemento del tipo y componente de la acción, tratando algunos estudiosos de definirlo distintamente al que le asigna el finalismo.

II. ELEMENTOS DEL DOLO.

Dentro de cualesquiera de las concepciones a que me he referido se acepta que el dolo está constituido por dos elementos que son:

a) El conocimiento (entendido como elemento subjetivo) y;

²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, páginas 459 y siguientes.

²⁶ ZAFFARONI. *Manual de Derecho Penal*, Editorial Cárdenas, México, 1991, páginas 432 y siguientes.

²⁷ *Ibidem*, página 432.

b) La voluntad (entendida como elemento objetivo) del sujeto para cometer un delito.

1. ELEMENTO SUBJETIVO.

“Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica”;²⁸ esto es, el sujeto activo ha de conocer y querer la realización del tipo objetivo. El conocimiento es el presupuesto del querer (voluntad), puesto que nadie puede querer lo que no ha conocido, en este sentido Winfred Hassemer expone que:

*“...no se puede concebir una voluntad vacía de contenido...”*²⁹

Considerando que esta expresión se encuentra acertada, si partimos de una posición racional, nada que no haya sido conocido por un sujeto puede ser querido por éste, por lo que ese conocimiento es necesario como elemento del dolo, para llevar a cabo esa conducta delictiva.

Este conocimiento debe “extenderse por exigencia normativa a todos los elementos del tipo”,³⁰ el autor debe conocer los elementos descriptivos y normativos de la descripción típica.

Y dichos elementos descriptivos normativos lo pueden constituir: un individuo, los animales, mujer, hombre, casa, edificio, un automóvil, todos aquellos objetos materiales que integran el mundo real y que pueden ser percibidos a través de los sentidos. El sujeto activo que puede ser cualquiera (dentro de la autoría y

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 245.

²⁹ HASSEMER. *Los Elementos Característicos del Dolo...*página 927, cita en DÍAZ PITA, Ma. Del Mar, *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 47.

³⁰ CÓRDOBA RODA, Juan. *Una Nueva Concepción*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1963, página 79.

participación a que se refiere el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal), lo será en tratándose de los delitos de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico y debe tener conocimiento tanto de la lesión como de la puesta en peligro concreto del objeto de la conducta típica.³¹ “Los elementos descriptivos del tipo que presupongan una comprensión espiritual, debe captarse su sentido natural, como por ejemplo: dañar”.³²

Y por lo que hace a los “elementos normativos del tipo, se requiere pleno conocimiento de su significado, como “cosa mueble ajena”, documento público, funcionario, Juez”.³³

Pero no debe entenderse “por conocimiento del significado una exacta subsunción jurídica, sino que basta la “valoración paralela en la esfera del profano”.³⁴

Por lo que, “esto significa que debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el Legislador”.³⁵

a) CONCEPTO EXTRAJURÍDICO DE CONOCIMIENTO.

Empezaré por ubicar un concepto general de conocimiento, para posteriormente tratar de llegar a una concepción concreta aplicable al Derecho Penal.

La palabra conocimiento es definida por la Real Academia de la Lengua Española como la: “aptitud del alma para recibir las impresiones exteriores y por conocer, averiguar mediante las facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y

³¹ JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993, página 265.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ MEZGER, LEHRBUCH, cita en JESCHECK. página 238. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, página 265.

³⁵ *Íbidem*, página 266. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial, Tecfoto, Barcelona, 1996, páginas 241 y siguientes. Cfr., ROXÍN, *Derecho Penal*, Parte General, tomo I, páginas 365, 366, 459 y 460.

relaciones de las cosas, así como percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él”.³⁶

El diccionario de filosofía de Dagobert D. Runes³⁷ define el vocablo *congoscere* (conocer) objeto de una cognición. Y los “conocimientos pueden ser reales y existentes como en una percepción y recuerdos verídicos y pueden ser abstractos e ideales como en una concepción y evaluación; o pueden ser ficticios como en la imaginación y la alucinación”. El conocimiento es de naturaleza intelectual o espiritual, y se establece una relación entre la función de conocer y el objeto conocido, es la relación intelectual que se desarrolla entre la finalidad del conocimiento y el objeto conocido. El conocimiento recae sobre cosas exteriores, pero se origina en la psique de la persona, como la relación que se establece entre el conocimiento y el objeto que se conoce; en la teoría causal de acción se entiende como la relación psicológica que se da entre el autor y su hecho; el sujeto debe conocer lo que persigue, lo que quiere como suyo y como consecuencia de su conducta típica.

b) CONOCIMIENTOS QUE SE ENCUENTRAN EN EL DERECHO PENAL.

Para mejor entendimiento, el profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, expone las teorías de Von Kries, las que sirven como fundamentos para determinar el tipo de conocimientos que el Derecho Penal necesita para atribuir a un sujeto en particular, la realización de una acción a título de dolo. Se trata de la teoría de la adecuación, fundada por Von Kries la que descansa en una “aplicación del juicio de posibilidad a la relación de causalidad”.³⁸

³⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa, 22ª edición, Madrid, España, 2001, página 424.

³⁷ RUNES, Dagobert. *Diccionario de Filosofía*, Tratados y Manuales, Editorial Grijalbo, México, 1969, página 61.

³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos Cualificados*; Editorial Reus, Madrid, España, 1966, página 19.

Los conocimientos son derivados de un juicio de necesidad y de un juicio de probabilidad, y se emiten en base a dos clases de conocimientos: conocimientos nomológicos y ontológicos.

Los conocimientos nomológicos son aquellos que se adquieren a través de la experiencia en general, son conocimientos sobre las leyes de relación de un acontecimiento y abarca el “conocimiento de la leyes de la naturaleza”.³⁹

El conocimiento ontológico comprende los hechos, a eso se limita. Ejemplo: “el juicio de que una piedra arrojada al aire volverá a caer, descansa en: primero.- nuestro conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada (conocimiento óptico), y segundo.- nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza de la fuerza de gravedad (conocimiento nomológico)”.⁴⁰ Ya que “si nuestros conocimientos de ambos campos fueran perfectos, únicamente podríamos emitir juicios de necesidad”.⁴¹

Y “desde el punto de vista de la omnisciencia, habría que eliminar por completo el azar”;⁴² y desde una apreciación jurídico penal, ello significaría que un ser que poseyese en el momento de la acción ambos saberes sin ninguna clase de lagunas, “sólo podría obrar dolosamente, sea el que sea el resultado”, pero “éste ya había sido representado como necesario en el momento de la acción”.⁴³

Naturalmente que para el ser humano poseer estas dos clases de conocimientos ontológicos y nomológicos no es posible, porque quien tuviera la posibilidad de concebir y realizar juicios de necesidad al momento de cometer una acción típica, no sólo estaría en condiciones de conocer el presente sino, también el futuro, por

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos Cualificados*, Editorial Reus, Madrid, España, 1966, página 19.

⁴¹ *Idem.*

⁴² RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, página 6, cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, página 19.

⁴³ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, página 139, cita en GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, páginas 19 y 20.

lo que ya no estaríamos hablando de un sujeto común, ya ni de un científico, sino, de un ser sobrenatural que se asemejaría a Dios.

Y “en términos de dogmática penal, si un sujeto tiene la capacidad para emitir juicios de necesidad, entonces éste ya conocería aún antes de realizar la acción típica (*ex-ante*) el resultado preciso y concreto (*ex-post*)”.⁴⁴

A los juicios de necesidad, nomológicos y ontológicos, se oponen los juicios de probabilidad, cuyos conocimientos nomológicos y ontológicos son de menor intensidad que los anteriores.

Dentro de los juicios de probabilidad “se distingue la probabilidad subjetiva y la probabilidad con validez general (posibilidad objetiva):

La probabilidad subjetiva se construye en base al conocimiento experimental y fáctico de un individuo determinado”,⁴⁵ por lo que estos juicios, “tienen validez sólo respecto de un sujeto determinado”,⁴⁶ dependiendo de los conocimientos de cada individuo.

Si “toda probabilidad es subjetiva en el acontecer objetivo no existe el azar”,⁴⁷ si sólo es imaginable porque nuestro saber es limitado ¿cómo podemos hablar entonces de posibilidad objetiva o de probabilidad con validez general? V. Kries fundamenta estas expresiones, en que para la formación de un juicio de posibilidad objetiva presupone un conocimiento nomológico, que sin ser perfecto (puesto que para que fuese así tendría que comprender todas las leyes de la naturaleza –las ya descubiertas y las que aún no lo han sido-), abarca, sin embargo, el conocimiento experimental total de la humanidad. Tales juicios se

⁴⁴ DÍAZ ARANDA, Enrique. *El Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2000, página 120.

⁴⁵ TRAEGER, *Kausal begriff*, página 118, cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, página 20.

⁴⁶ RADBRUCH, *Die Lehre Von der Adäquaten Verursachung*, página 10, cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, página 20.

⁴⁷ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, página 6, cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, página 20.

puede decir que son objetivos porque poseen validez general para todos los hombres.⁴⁸

En conclusión de la exposición sobre los conocimientos nomológicos.

Tratándose de los conocimientos ontológicos la probabilidad se caracteriza porque “no conocemos exactamente la relación de las condiciones en el caso concreto”; por consiguiente, y otra vez, en oposición a la necesidad donde no existe circunstancia que no sea conocida, para emitir un juicio de probabilidad procedemos del siguiente modo: una parte de las condiciones esenciales para el suceso “la dejamos determinada, y otra parte la dejamos completamente indeterminada, la que incluye la totalidad de las circunstancias que podrían surgir”.⁴⁹

Los criterios expuestos son útiles para determinar la existencia o inexistencia del conocimiento y “son altamente productivos para la determinación de una acción dolosa o imprudente y, valen para los delitos de acción como para los de omisión”.⁵⁰

El sujeto o cualquier ser humano que posee conocimientos nomológicos generales y ontológicos, puede realizar juicios de probabilidad, y éstos los realiza conforme a un plan, se plantea el fin, desde ahí retrocede y elige los medios y “la forma de alcanzar ese fin”.⁵¹

Los conocimientos nomológicos generales, son comunes a todos los hombres, los que, aplicados al Derecho Penal, el sujeto activo conforme a ellos, si quiere realizar una conducta típica y antijurídica, esto es, una vez que el sujeto activo ha decidido el fin, concibe un plan para tratar de obtener el resultado elegido

⁴⁸ RADBRUCH, *Die Lehre Von der Adäquaten Verursachung*, página 10, cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, página 20.

⁴⁹ V. KRIES, *Vjschr, F. WISS, Phil*, 12 (1888), páginas 181 y ss; cita GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, páginas 20 y 21.

⁵⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique, *Op.cit.*, página 122.

⁵¹ *Idem*

(retroceso) y decide el cómo y el cuándo. El sujeto activo con fundamento en sus conocimientos generales selecciona los medios más útiles y eficaces que le permitan lograr su propósito.⁵²

Cuando el sujeto ha elegido y determinado el fin que se ha propuesto y el plan, a través del cual tratará de alcanzarlo, entonces se habrá integrado la primera parte de los conocimientos nomológicos, esto en el plano intelectual únicamente.

Después, se integran los actos preparatorios y luego los de ejecución, los que se actualizan en la realidad y con ellos se da inicio a los conocimientos ontológicos.⁵³

Una vez que el sujeto ha terminado de preparar los actos tendientes a la ejecución de los hechos, el agente decide ejecutarlos y dirigir la acción hacia las partes vitales de la víctima, como serían la cabeza y el corazón, y de esta manera tiene mayores probabilidades de realizar el fin propuesto, privar de la vida al sujeto pasivo, y después de haber realizado la conducta podrá conocer el resultado, sólo después.

Si el sujeto activo compra un arma, luego la utiliza (conocimientos ontológicos) y dispara a la cabeza o al corazón (conocimientos nomológicos), tendrá mayores probabilidades de obtener el resultado, muerte.

Una vez analizado el conocimiento que es importante para el Derecho Penal, se puede concluir que el conocimiento del sujeto activo que realiza una conducta debe estar fundamentado en un juicio de probabilidad general el que se basará en los conocimientos nomológicos y ontológicos que son comunes a la mayoría de los hombres.

⁵² *Íbidem*, páginas 122 y 123.

⁵³ *Íbidem*, página 123.

c) CONOCIMIENTOS ACTUALES Y POTENCIALES.

“La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal”.⁵⁴

Por lo que la conciencia actual consiste en conocer las circunstancias del hecho al momento de realizarlo, es decir, haberse representado dichas circunstancias, así como las consecuencias de su acción.

El sujeto antes de actuar, ha de haber identificado el objeto de su acción y conocer su naturaleza, si **A**, quien quiere privar de la vida es una mujer o es un hombre, o como lo expresa Roxin, “es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo”.⁵⁵ Por lo que el conocimiento falta si el sujeto activo de una conducta típica no ha percibido, o no se ha representado algún elemento del tipo.⁵⁶ Por ejemplo: si un sujeto realiza un disparo en contra de un espantapájaros y no se da cuenta que en realidad se trata de una persona, al no percibir esta circunstancia, se excluye el dolo.⁵⁷

Así el sujeto activo necesita conocer, para que se actualice el dolo, las circunstancias y las consecuencias que se verificarán como efecto de su acción típica.

Frank, manifiesta que “es suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de reflexión, en el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo debe haberlos conocido o sabido.”⁵⁸

⁵⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 78.

⁵⁵ ROXÍN. *Op. Cit.*, página 458.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ *Cfr.* ROXÍN, *Op. Cit.*, página 458.

⁵⁸ FRANK, *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, página 29, citado por DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 56.

El resultado es el objeto de conocimiento para el sujeto activo y los elementos del tipo (restantes) son el contenido de la conciencia; el autor debe saber y entender que su acción es prohibida, mientras que para Welzel el conocimiento debe ser,⁵⁹ “real, presente y actual”, esto es, que el sujeto conoce, se representa los elementos del tipo de manera actual al momento de cometer su acción típica.

La manifestación de Schröder, exige una “representación actual de los elementos del tipo, de manera que el sujeto en el momento del hecho, los tenga grabados en su conciencia”,⁶⁰ no quiere decir que con la circunstancia de que un sujeto tenga los hechos grabados en su conciencia haya reflexionado respecto de ellos.

Mezger, por su parte sostiene que es necesario para la imputación de un hecho a título doloso “un conocimiento actual por parte del sujeto, no siendo suficiente el mero conocimiento potencial, es decir, un haber podido conocer”.⁶¹

Dicho conocimiento potencial debe entenderse, por regla general, aquel contenido de la memoria que normalmente permanece inconsciente pero que puede hacerse consciente a través de un particular proceso denominado “actualización”. Es decir, en la mente o conciencia del sujeto permanecen de manera “oculta”, inconsciente, datos que en un momento específico se vuelven conscientes, se actualizan, es decir, son potencialmente actualizables; por lo que si hablamos de conocimientos actuales, nos referimos a aquéllos que el sujeto actualiza al momento de realizar el hecho típico y antijurídico.

En ese instante, el conocimiento es actual, el sujeto conoce los elementos del tipo de delito y decide la comisión del hecho prohibido por la norma penal.⁶² Siguiendo

⁵⁹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edición, Editorial Berlín, 1969, páginas 60 y 145, cita DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 56.

⁶⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21ª Edición, Munich, 1982, página 859, nota 14, cita DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 56.

⁶¹ MEZGER, *Wandlungen der Strafrechtlichen Tatbestandlehre*, NJW, 1953, página 780, cita DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 57.

⁶² *Cfr.*, WELZEL, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, traducción de Cerezo Mir, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1964, página 106.

a este autor, sostiene que el conocimiento ha de ser actual en relación al tipo penal y potencial en relación a la antijuridicidad.⁶³ Lo que significa que el sujeto tiene un conocimiento general en relación a la prohibición de su conducta, y naturalmente, dicho conocimiento debe estar presente, ser actual o actualizado al momento en que realiza la conducta típica y antijurídica; y al instante en que el sujeto activo elige el fin, planea y ejecuta su conducta está consciente, sabe lo que quiere, entonces conoce los elementos del tipo legal; sus conocimientos son actuales y también conoce la materia de la prohibición, y cuando realiza la conducta, percibe las consecuencias de su acción, es decir está consciente que al cometer un delito se hace acreedor a una sanción.

d) EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL.

El conocimiento del tipo objetivo en su dimensión completa, es la tesis que sostiene la doctrina mayoritaria, tanto en Alemania como en España. Es decir, el sujeto tiene como objeto de conocimiento al tipo objetivo en su totalidad, es decir, éste deberá conocer tanto los elementos descriptivos como los normativos al momento de realizar su conducta típica, sólo así se le podrá imputar el resultado a título de dolo.

Welzel, sostiene que el dolo tiene un doble aspecto, uno intelectual y otro volitivo. El aspecto *cognoscitivo* (intelectual) “comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias o elementos objetivos del hecho del tipo legal”.⁶⁴

Y para Jescheck, el dolo “significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”.⁶⁵ Y el “conocimiento del sujeto activo ha de referirse a los elementos del tipo ubicados en el pasado y en el presente”.⁶⁶

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 78.

⁶⁵ JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993, página 263.

⁶⁶ *Ibidem*, página 264.

El autor debe, además, prever en sus rasgos esenciales el resultado y su relación causal, como elementos típicos futuros, el dolo debe actualizarse al hecho típico. El dolo tendrá siempre como objeto de conocimiento todos los elementos objetivos del tipo. El sujeto puede conocer con mayor facilidad los elementos descriptivos que forman parte del mundo externo, como son: animal, persona, edificio; objetos materiales que se perciben a través de los sentidos, y tratándose de los delitos de lesión, el sujeto debe conocer el resultado y en los de peligro, debe conocer la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, de manera actual y concreta. En los delitos de resultado el dolo debe abarcar el proceso causal. Tratándose de los elementos descriptivos del tipo penal que presuponen una comprensión espiritual, habrán de conocerse en su sentido natural, por ejemplo: dañar, el apoderamiento injusto de una cosa ajena mueble, privar de la vida, privar de la libertad, etc.

En lo que se refiere a los elementos normativos del tipo, se requiere pleno conocimiento de su significado, por ejemplo: cosa mueble ajena, documento público o privado, funcionario, Juez. Lo que ha de entenderse por conocimiento del significado, no es una exacta subsunción jurídica, sino que basta la valoración paralela en la esfera del profano. Lo que “significa que debe haber en el pensamiento del individuo una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador”.⁶⁷

Y “el elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material”.⁶⁸

En el delito de homicidio doloso se requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo legal de homicidio, se realiza la acción adecuada para privar de la vida a una persona.

⁶⁷ JESCHECHK. *Op. Cit.*, páginas 265 y 266

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 264

Mir Puig, considera que “el objeto del dolo típico se integra de elementos descriptivos y normativos. Ambos pueden a su vez constituir elementos esenciales y accidentales”.⁶⁹

Y por lo que se refiere a los elementos descriptivos, como ya se analizó con anterioridad, son aquellos que se pueden percibir por los sentidos, por ejemplo: casa, persona, etc.

En cuanto a los elementos normativos, como ya se dijo, son aquellos que tienen una connotación jurídica o social cultural. Y siguiendo a este autor, los elementos del tipo penal “sean descriptivos o normativos, los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser esenciales o accidentales”.⁷⁰

Y de los “elementos esenciales depende la existencia del delito de que se trate”, y los accidentales cuando se presentan determinan únicamente la agravación o la atenuación del delito base y su ausencia no trae como consecuencia la inexistencia del delito fundamental.⁷¹

Y en cuanto a los elementos accidentales, pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de que se trate, o bien en forma genérica, como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes o agravantes). En cuanto a los “primeros les llamamos elementos típicos accidentales, en contraposición a las circunstancias atenuantes o agravantes”.⁷²

El dolo también debe conocer a los tipos agravados (cualificados) o atenuados (privilegiados).⁷³

Gómez Benítez, considera que “el momento *cognoscitivo*, comprende el conocimiento real o actual (no sólo potencial) de la realización de los elementos

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 241.

⁷⁰ *Ibidem.*, página 242.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² MIR PUIG, *Op. Cit.*, página 242.

⁷³ *Ibidem*, página 243.

descriptivos, y normativos del tipo, del curso causal en las condiciones de imputación objetiva del resultado (en los delitos de resultado)”,⁷⁴ entendiendo resultado como “lesión de un bien jurídico, tratándose de los elementos de la autoría o de la participación, y de los elementos accidentales, es decir, de todos los elementos del tipo objetivo”.⁷⁵

Juan Bustos Ramírez en relación a este tema, indica que: “...el dolo, al recaer sobre las características objetivas de la tipicidad, no sólo abarca entonces las puramente descriptivas sino también las normativas...”.⁷⁶

Lo indicado con antelación me lleva a deducir que para llevar a cabo la imputación de una acción a título de dolo directo, indirecto o eventual, es necesario que el sujeto conozca y se represente todos los elementos objetivos del tipo legal del delito que va a cometer. Requiriéndose un conocimiento actual (no imaginario), al momento de la realización del hecho típico; en los delitos de resultado, formando parte del tipo.

Las críticas que hacen a estas teorías son en el sentido de que el autor de una conducta que produce un resultado lesivo a un bien jurídico, no puede conocer éste antes de que sea producido (*ex-ante*), sino hasta que es obtenido (*ex-post*) lo que se considera razonable; y por lo que se refiere a los elementos descriptivos, éstos han de ser conocidos por el autor de manera actual, es decir, al momento de ejecutar la conducta típica; y en cuanto a los elementos normativos, éstos representan mayor dificultad y es suficiente una valoración paralela en la esfera del profano.

⁷⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1988, página 206.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 209.

e) LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES EN EL SUJETO ACTIVO

Si un sujeto está en condiciones de prever un daño en virtud de sus conocimientos especiales, en tanto que la generalidad de las personas no está en condiciones de hacerlo,⁷⁷ el resultado obtenido le será imputable a título de dolo. El ejemplo que se anota para ilustrar lo anterior es el caso del hemofílico: un sujeto propina un puñetazo a un hemofílico, que en condiciones normales el sujeto pasivo no sufriría mayores complicaciones, pero si el autor colocado en una situación *ex-ante*, conoce las condiciones especiales de salud en que se encuentra el sujeto pasivo y sabe que su acción es peligrosa para el bien jurídico (la vida), entonces puede hacer un juicio de probabilidad en relación a la posibilidad de obtener el resultado planteado y perseguido, por ello ha de valorarse su conducta desde un punto de vista *ex-ante* (antes de) y se concluirá que la misma es muy peligrosa para el bien jurídico vida, y deberá imputarse el resultado a título de dolo. Otro ejemplo que expongo: un sujeto que recibe unos golpes que le causan lesiones, sin que el autor tenga el ánimo de privarlo de la vida, y el sujeto lesionado muere cuando es trasladado al hospital a consecuencia de un accidente que sufre la ambulancia donde es conducido, no debe pensarse por la privación de la vida, sino únicamente por las lesiones que se le causaron.

En el presente caso la conducta del autor no es la adecuada para causar la muerte del sujeto pasivo, por lo que el resultado no le es atribuido al sujeto activo. O en el caso de la embarazada, que al momento de ser intervenida quirúrgicamente en una circunstancia abortiva, se corta la energía eléctrica y la paciente muere. Esta conducta tampoco es imputable a su autor, porque no es la causa del resultado muerte; salvo que el sujeto activo conozca la situación especial en que se pondrá el sujeto pasivo, o la circunstancia en que se encuentra la víctima, tratándose del caso del hemofílico.

⁷⁷ JAKOBS. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Mellá, Editorial Civitas, Madrid, 1996, página 136.

En los casos anteriores el sujeto activo no tiene la intención de provocar el resultado (muerte) del sujeto pasivo, por lo que no se le podrá imputar el resultado a título de dolo y como se trata de circunstancias que no pueden ser conocidas, tampoco se le podrá imputar al autor de la conducta el resultado a título de culpa. Es decir, el juicio de probabilidad en relación a que esa conducta pudiera causar el resultado, realmente carece de posibilidades⁷⁸ para el conocimiento de un sujeto común. Pero en el caso del hemofílico, si el autor conocía que el sujeto pasivo padecía esos problemas de salud y que al propinarle el golpe iba a causarle la muerte, entonces sí se le puede imputar el resultado a título de dolo, ya que las probabilidades para obtener el resultado se incrementan.

f) COMPROBACIÓN DEL ELEMENTO INTELECTUAL DEL DOLO.

No sólo hay que tomar en cuenta el aspecto psicológico del conocimiento, sino que es necesario tomar en consideración el carácter normativo que se manifiesta en esta clase de elementos para adecuarlos a la teoría del delito; de por sí el aspecto psicológico del conocimiento es de imposible comprobación desde la óptica del jurista.

El elemento cognitivo del dolo es de carácter subjetivo y por lo mismo estamos imposibilitados para probarlo en el mundo empírico, por lo que el medio para determinarlo, es a través de los elementos externos de la acción que sí pueden ser constatados.

El sujeto activo ha de conocer los elementos objetivos del tipo penal de que se trate. Es decir, ha de intimar de manera precisa “los elementos objetivos del tipo”⁷⁹ penal que actualiza con su acción, debe saber qué delito está cometiendo, si le dispara a un hombre, el autor lo percibe, no hay error en su apreciación, se

⁷⁸ Cfr., MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª Edición, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, páginas 228 y siguientes.

⁷⁹ DÍAZ PITA, María del Mar, *Op. Cit.*, página 72.

plantea *ex-ante* el resultado que persigue con su conducta típica, y en este caso dolosa, así se trate de dolo directo o eventual.

El juzgador debe hacer un análisis de los elementos externos de la acción, y situarse ante una perspectiva *ex-ante* (antes de) y una perspectiva *ex-post* (después de – o sea, una prognosis jurídica) en relación a la conducta y su efecto para hacerse de elementos de juicio y estar en posibilidades de determinar si el sujeto activo actuó o no con dolo. El dolo se deduce, se fundamenta como consecuencia de una serie de decisiones de naturaleza valorativa por parte del juzgador. Dado que no es posible la prueba del conocimiento como elemento del dolo de manera directa, se reconoce el papel que desempeña la prueba indiciaria como el medio idóneo para obtener el fin deseado y buscado; los indicios, entendidos como hechos, son el resultado a través del cual se puede inferir que el autor de una acción típica, sabe y conoce lo que quiere alcanzar con su conducta típico penal.

De lo anterior se puede destacar que “toda la doctrina se ha encargado de recordar, los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica”.⁸⁰ Por lo que se sigue confirmando que los indicios son la base del conocimiento, o mejor de constatación del dolo.

Y actualmente se propone que el juzgador se coloque en el proceso como un observador, desde una perspectiva *ex-ante* y trate de conocer todo lo relacionado con los hechos concretos materia de la causa penal de su conocimiento, y procure indagar y determinar qué es lo que el autor se proponía y con qué medios contó para realizar su acción típica.

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los Elementos Subjetivos del Delito*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1990, página 323.

En cuanto a la perspectiva *ex-post*, el Juzgador realiza su valoración respecto de los hechos ya conocidos, es decir, sobre el resultado típico.⁸¹

En cuanto al sujeto activo, lo que realmente éste debe conocer es el resultado producido con su conducta, ya que no puede presentar algo que aún no se ha realizado, el autor puede representarse un fin, más no conocer algo que objetivamente no ha ocurrido.

2. EL SEGUNDO ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO.

La concepción tradicional del dolo, como ya dijimos anteriormente, es el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo.

En el apartado anterior desarrollé el otro elemento del dolo que es el conocimiento, por lo que ahora tocará el turno a la voluntad.

a) ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO.

La voluntad se concibe como el querer la realización de los elementos del tipo objetivo, una vez que el sujeto sabe, conoce lo que quiere, decide o no realizar la acción que probablemente traiga como consecuencia la producción del resultado planeado; pero el sujeto, primero conoce el objetivo y después decide su realización, porque no se puede querer lo que no se ha conocido.

La voluntad como elemento del dolo, al igual que el elemento *cognitivo* es de difícil comprobación en la práctica procesal penal, por lo que existen términos que son

⁸¹ *Cfr.*, ROXÍN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, tomo I, traducción por Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, páginas 360 y siguientes, también *Cfr.*, con MIR PUIG, Santiago, *Op. Cit.*, página 216.

entendidos como sinónimos, es decir, el “querer, consentir, conformarse con”,⁸² etc. La falta de precisión en la terminología empleada ya entraña dificultad en su comprensión y aunado a la imposibilidad de constatación, se incrementa el problema, por lo que se ha procedido a inferir el dolo de los elementos fácticos; y el querer o voluntad del dolo, ha de referirse a conductas penalmente tipificadas, es decir, la acción del sujeto debe dirigirse a la realización de un tipo penal, ya que la voluntad forma parte del dolo y el dolo es parte integrante de la conducta; naturalmente se concibe al dolo como elemento del tipo penal.

Por lo que “...la voluntad consiste en la decisión de realizar la acción típica y en la ejecución de esa decisión...”.⁸³

La intención que se tiene definida por algunos autores es entendida como sinónimo de dolo, y nos permite comprender lo que el sujeto se propone, que es la realización del resultado típico. La decisión marca la diferencia entre “el dolo y la pura ilusión”.⁸⁴ Por lo que el dolo debe presentarse en el autor al momento de la realización de los hechos, no antes ni después. La voluntad ha de referirse, entonces, a los hechos, a lo externo; en concreto, debe estar relacionada con la lesión a un bien jurídico tutelado por la norma penal, sin olvidar que el Derecho Penal regula acciones llevadas a cabo por la voluntad consciente de su autor, y que son relevantes para el Derecho Penal, en consecuencia, las acciones no voluntarias, como son: los movimientos reflejos, fuerza exterior irresistible, el sonambulismo, etc, son formas de ausencia de conducta, donde no interviene la voluntad del autor.

Por lo que “la intención implica que el autor persigue la acción típica o el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas. De ahí que en la intención predomine el factor

⁸² JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, traducido por Muñoz Conde y Mir Puig, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, páginas 422 y siguientes.

⁸³ JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, página 264.

⁸⁴ *Ibidem*, páginas 264 y 265.

volitivo del dolo”.⁸⁵ Es decir, que la voluntad predomina a la intención, si el sujeto quiere cometer homicidio, lo hace, si quiere lesionar, lo consigue, por lo que la intención del sujeto va dirigida a la realización objetiva del tipo penal, el autor quiere la ejecución de la acción típica, y tratándose de delitos de resultado, persigue el resultado típico.

La voluntad es integrante del dolo, de ahí que el Derecho Penal regule comportamientos humanos; entendidos como una conducta externa y final del hombre.

Y “los hechos del hombre que no tengan este carácter no serán comportamientos humanos en sentido jurídico penal”.⁸⁶ La voluntad es elemento integrante del dolo, y al ser el dolo integrante de la acción, consecuentemente la voluntad forma parte de la acción típica.

b) CONCEPTO EXTRAJURÍDICO DE LA VOLUNTAD.

Santo Tomás de Aquino indica que la voluntad es “una propiedad de la naturaleza racional del hombre, que le permite dirigirse a sí mismo hacia sus fines”.⁸⁷

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la voluntad como la “intención, ánimo o resolución de hacer una cosa, o bien la voluntad es el deseo de hacer una cosa”.

Estas definiciones coinciden en su contenido y objetivo, es decir el contenido de la voluntad es el fin perseguido por el sujeto con la realización de su acción, por ejemplo: un sujeto quiere matar a una persona, su finalidad es el contenido de su voluntad, que consiste en matar a otro, al realizar su acción típica.

⁸⁵ JESCHEK, *Op. Cit.*, página 267.

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 181.

⁸⁷ SANTO TOMÁS. *Summa Theológica*, Tomo II, 9, 1ª, art. 2º, 19ª edición, 1970, cita en Ferreira D. Francisco José, *Teoría General del Delito*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1988, página 351.

Entendemos que la voluntad es una “fuerza subjetiva que compele a accionar de conformidad con los fines propuestos y concebidos por un sujeto determinado; la idea naturalmente nace en la psique del autor y decide actuar o no. La voluntad también significa resolución, determinación, que quiere decir fijar los términos, distinguir, discernir respecto de una cosa.”⁸⁸ Por lo que la “resolución, la decisión o la reflexión, como la voluntad, implican la preexistencia de reflexión lógica y *cognoscitiva* respecto de aquello a que se determina”.⁸⁹

“La voluntad es una fuerza psíquica que mueve lo corporal en el hombre. Es la dinámica psicomotora que convierte los motivos en ideas y éstos en actos corpóreos”.⁹⁰ Esta concepción de voluntad coincide con la voluntad o querer que la doctrina tradicional sustenta como elemento del dolo.

Cuando se conozca qué es lo que el autor quiso, se podrá determinar si se trata de dolo directo, indirecto o dolo eventual, es decir, el autor debe querer la realización de los elementos objetivos del tipo penal.

La voluntad es la fuerza motriz, es el motor que impulsa al espíritu sobre la materia, es el factor que hace accionar y determina al autor a conducirse contrario al contenido de la norma penal y, se hace merecedor del reproche. La voluntad está en todos los actos del hombre.

3. LA VOLUNTAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.

El Derecho Penal se ocupa de la reglamentación de la conducta humana, pero sólo son penadas aquellas acciones que son dominadas por la voluntad.⁹¹

⁸⁸ FERREIRA D. Francisco José. *Teoría General del Delito*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia. 1988, página 351.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 240.

La voluntad dirige a la acción y para que ésta tenga relevancia penal, ha de existir una norma penal que la regule como ilícita, y que se trate, desde luego, de una acción voluntaria, ya que aquellos actos humanos que no tienen la característica de voluntarios no son trascendentes jurídico penalmente.

a) EL CONCEPTO DE VOLUNTAD EN LA CONCEPCIÓN CAUSALISTA.

La acción causal es definida como una causa de “modificación del mundo exterior provocada por un ser humano”.⁹²

Para el causalismo existe una diferencia que siempre se manifiesta entre la voluntad y su contenido, y la acción sólo es objetiva y el aspecto subjetivo forma parte de la culpabilidad. La voluntad es comprendida como mera voluntad de causar, sin dirección del curso causal, sin importar hacia donde se dirige el movimiento voluntario. Ya que la “dirección o finalidad es un factor de naturaleza subjetiva y, por tanto, ajena a la definición de acción”.⁹³

La voluntad puede ser una inervación muscular que ha causado una modificación o alteración en el mundo exterior, es decir, ha causado un resultado típico (omisión).

En la acción causal el contenido de la voluntad es intrascendente para afirmar que un sujeto ha realizado una acción, ya que se trata de una simple inervación causal, impulso de la voluntad ciega, que pone en marcha un curso causal determinado, sólo es voluntad de causar, que ignora el contenido de la voluntad, es decir, su “dirección o finalidad, y, por tanto, carecía de componentes valorativos”.⁹⁴

⁹² WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1964, páginas 25 y siguientes.

⁹³ GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Editorial Civitas, Madrid España, 1988, página 51.

⁹⁴ *Ibidem*, páginas 51 y 52.

El contenido de la voluntad se entiende como “la relación psicológica entre el autor y su hecho, y se analiza en la culpabilidad”.⁹⁵

Por lo que la relación que se da entre sujeto activo y su hecho puede ser dolosa o culposa, atendiendo a la dirección que le da a su voluntad, es decir, si el autor dirige su voluntad con la finalidad de causar un resultado típico, el delito será doloso, y, se estará ante un delito imprudente cuando el autor no dirija su voluntad con la finalidad de causar un resultado típico.

Al situar la voluntad en la acción y definirla como mera voluntariedad, mera voluntad de causar un resultado típico, como motor de la acción, como inervación causal, como impulso de voluntad ciega, sin dirección, sin contenido; el contenido de la voluntad, que es, la finalidad, la dirección que imprime el sujeto a su acción se analiza en el sistema causal de acción como contenido o forma de culpabilidad.

Edmund Mezger, concibe la acción como la “realización de la voluntad de un ser humano”.⁹⁶ En este contexto la voluntad ya no es concebida como un movimiento corporal mecánico natural, que produce un resultado en el mundo exterior que es percibido por los sentidos, sino, que se reconoce un “cierto sentido al actuar humano”.⁹⁷ Por lo que se define la voluntad como propia del actuar humano, pero su contenido sigue perteneciendo a la culpabilidad, como una de sus formas.

4. CONCEPCIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL FINALISMO.

“La acción humana es ejercicio de actividad final”.

Por lo que la acción es un acontecer final y no únicamente causal. “La finalidad”, como característica de la acción, se sustenta en que el hombre gracias a su saber

⁹⁵ *Íbidem*, páginas 52 y siguientes

⁹⁶ MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción de Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de *Derecho Privado*, Madrid, España, 1937, páginas 100 y siguientes.

⁹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, Santiago. *Teoría Jurídica del Delito, Op. Cit.*, páginas 59 y siguientes.

causal, puede prever, dentro de cierto límites, las consecuencias posibles de su conducta, y consecuentemente asignarse fines diversos, y puede dirigir su acción, tomando en cuenta un “plan para obtener la realización de sus fines”.⁹⁸

La acción final es dirigida de una manera consciente hacia un fin, y el acontecer causal no está dirigido en función de un fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento.⁹⁹

En la teoría final de acción la voluntad desempeña una función fundamental en el concepto de acción. Y la finalidad se sustenta en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de cierto límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, consecuentemente, la acción conforme un plan, a la realización del fin, por lo que la voluntad es elemento básico de la acción final. La voluntad dirige a la acción hacia la realización del fin; por lo que la voluntad forma parte de la estructura de la acción con todo su contenido, por ello se trata de un proceso causal vidente y no ciego como en el causalismo; esto es, la voluntad final, como elemento que determina de manera objetiva el acontecer real, por lo que “pertenece a la acción”.¹⁰⁰

La voluntad tiene un proceso de formación interno, psicológico, y un proceso de formación externo, en el mundo real. Por ello la voluntad es un factor que regula la acción humana y se integra de dos fases: una interna que se desarrolla en la psique del sujeto y otra externa que tiene lugar en el mundo real.

La voluntad es parte de la acción, y sólo las personas la poseen, por lo que sin su presencia una acción no podrá ser imputable a su autor, es decir, el Derecho Penal sólo regula conductas humanas voluntarias y no sucesos naturales que están fuera del control humano.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, traducción de Cerezo Mir, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1964, página 25.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*, página 26.

En líneas anteriores señalé cuáles son las acciones no voluntarias las que ahora menciono como ejemplo para ilustrar lo anterior y son: los actos reflejos, acciones realizadas en estado de inconciencia o realizadas como consecuencia de una fuerza física exterior insuperable.

Pero en estos ejemplos el sujeto activo no sólo desconoce la probable producción de lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, esto es, no se lo representa, sino que tampoco lo acepta, no lo consciente y no lo quiere, por lo que no se presenta ni el conocimiento ni la voluntad que son elementos del dolo, y por tanto estamos en presencia de acciones no dolosas y que por ello carecen de relevancia jurídico penal.

Luego entonces, el dolo forma parte de la estructura de la acción dolosa; y la voluntad forma parte esencial de la acción y es elemento del dolo.

5. LA INACCESIBILIDAD CIENTÍFICA DE LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO DEL DOLO.

Empíricamente la voluntad es indemostrable por tratarse de un aspecto psicológico, ya que sólo el sujeto puede saber lo que realmente quiere, porque no se trata de elementos de carácter objetivo, sino, espiritual y éstos no se pueden demostrar científicamente.

No se puede demostrar la actitud del sujeto activo ni antes ni después de los hechos producidos, porque no se cuenta con los medios científicos adecuados para probarlo. La voluntad como elemento del dolo no es un hecho “fácilmente demostrable y observable como cualquier otro dato perceptible por lo sentidos”.¹⁰¹

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Prólogo en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los Elementos Subjetivos del Delito*, Bases Metodológicas, Editorial Tirant to Blanch, 1990, página 9.

La característica de los elementos subjetivos consiste “precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido”.¹⁰² Por ejemplo: cuando se afirma que un sujeto activo “actuó con dolo, se está en realidad presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”.¹⁰³

La indemostrabilidad científica del aspecto psicológico, denominado voluntad o querer la realización de la conducta y producción del resultado típico, ha traído como consecuencia que un importante sector doctrinal haya emprendido la normativización de los elementos subjetivos del delito.

a) POSICIÓN NORMATIVA.

Existen “afirmaciones doctrinales que consideran la formulación y constatación de los elementos subjetivos de la teoría del delito como una labor casi en exclusiva normativa”.¹⁰⁴

Por lo que los grandes doctrinarios que adoptan una perspectiva normativa en la comprobación de los elementos subjetivos del delito suplen el aspecto psicológico de éstos y proponen “un punto de partida normativo, en el sentido de clasificar actuaciones sociales defectuosas que se expresan objetivamente en una acción”.¹⁰⁵ Por lo que estos autores partidarios de la perspectiva normativa de los elementos subjetivos en la teoría jurídica del delito, consideran que no es tarea de los conceptos subjetivos del Derecho Penal el expresar tesis o proposiciones

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibidem*, página 10.

¹⁰⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los Elementos Subjetivos del Delito*, Bases Metodológicas, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1990, página 73.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, página 87.

psicológicas, sino ser simples “títulos”, soportes, de “determinados presupuestos de valoración jurídica de las conductas humanas”.¹⁰⁶

Por lo que “estamos, por consiguiente, ante una postura que subordina, al menos parcialmente, la adecuación empírica de los elementos subjetivos de una determinada figura de delito al logro de una expresión correcta de las referencias valorativas que inspiran el precepto en cuestión”.¹⁰⁷ Surge esta corriente doctrinal como consecuencia derivada de su inaccesibilidad a un análisis empírico.¹⁰⁸

Los elementos subjetivos no se pueden describir y sólo hay que conformarse con imputarlos al sujeto activo de un delito. Existe incapacidad procesal para su constatación. Por lo que en el procedimiento procesal que se practica “no ya para observarlos y describirlos sino para deducirlos”.¹⁰⁹

Se presentan dos vías para explicar los elementos subjetivos del delito y son: el “enfoque ontológico representado en particular, por la corriente finalista”,¹¹⁰ que se ocupa de las conductas humanas, tal como se presentan en la vida real, es decir, que se encuentran en el mundo del ser. La otra vía es la perspectiva normativa cuyo razonamiento se fundamenta en consideraciones de orden valorativo. Estos dos modos de analizar los elementos subjetivos del delito se contraponen.

En el enfoque ontológico, el contacto psicológico propio del delito doloso aparece como una cuestión predeterminada por el objeto sobre el que actúa el Derecho Penal, por la realidad que éste regula;¹¹¹ el segundo criterio, al contrario “extrae

¹⁰⁶ DIEZ RIPOLLES, *Op. Cit.*, página 74.

¹⁰⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los Elementos Subjetivos del Delito*, Bases Metodológicas, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1990, página 75.

¹⁰⁸ *Ibidem*, página 81.

¹⁰⁹ *Ibidem*, páginas 81 y 82.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., páginas 366 y siguientes., cita en Patricia LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, 1999, página 208.

¹¹¹ *Cfr.*, WELZEL, *Studien*, cit., en especial, página 518, cita en LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y Conocimiento*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1999, página 208.

aquel contenido subjetivo del sentido y fin del ordenamiento punitivo”.¹¹² Algunos autores lo “ven como el efecto de la presencia plena en el comportamiento de los datos subjetivos que caracterizan a la acción humana como fenómeno social”,¹¹³ y otros lo “consideran la causa de que ciertos aspectos internos y no otros se erijan en componentes decisivos de la gravedad de la conducta.”¹¹⁴

La perspectiva normativa se aparta del concepto de dolo neutro y en vez de partir de la conducta y del resultado típicos, lo hace en consideraciones relacionadas con los fines de la pena, no ignorando que el dolo forma parte de la acción y no de la pena.

Los partidarios de la corriente teleológica o normativa del dolo se han inclinado por caracterizar a los hechos dolosos partiendo de la concepción de una decisión contra el bien jurídico, y se fundamentan en que es “lógico que el comportamiento doloso refleje exactamente lo contrario de lo que las normas penales persiguen como fin, que es la protección de bienes jurídicos, es decir cuando el sujeto activo tomó la decisión en contra de bienes jurídicos tutelados por la norma penal”.¹¹⁵

Esta posición doctrinal se presta para la confusión, ya que unos autores afirman que la función principal para determinar si un hecho es doloso o no, le corresponde a la voluntad como elemento del dolo y otros sostienen que ese papel le corresponde al elemento *cognoscitivo*.

Hassemer, entiende al dolo como decisión contra un bien jurídico, y la razón por la que una acción dolosa merece mayor pena, es porque, un “sujeto asume el riesgo representado por su acción, o cuando convierte ese riesgo en fundamento de la conducta”.¹¹⁶ Cuando esto sucede, lesiona la norma penal tutelar del bien jurídico

¹¹² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., en especial, páginas 46 y siguientes., cita en LAURENZO COPPELO, Patricia, *Dolo y Conocimiento*, Op. Cit., página 208.

¹¹³ Cfr., KAUFMANN, *Der Dolus Eventualis*, cit., página 67, cita en LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, Op. Cit., página 208.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Cfr., LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y Conocimiento*, Op. Cit., página 222.

¹¹⁶ *Ibidem*., página 223.

protegido, y también, niega la existencia de la norma penal. Esto es común, tratándose de delitos dolosos o culposos.

La conducta dolosa representa mayor peligro que la culposa y por ello merece mayor pena, ya que implica “mayor grado de participación interna del sujeto en el hecho externo”.¹¹⁷

En este orden de ideas la voluntad como elemento del dolo es la máxima protagonista ya que expresa la gravedad de la acción típica.

Puppe, manifiesta que la mayor punición del delito doloso no se fundamenta en el aspecto interno del sujeto frente al resultado típico, “sino en lo que su conducta expresa externamente desde el punto de vista del Derecho, por lo que habrá una contraposición con la norma jurídico-penal, cuando la acción provenga de un ser inteligente y aparezca como expresión de la máxima de que el bien jurídico puede ser lesionado”.¹¹⁸

En esta definición se desecha todo aspecto psicológico y sólo toma en consideración las características normativas. Cuando el sujeto se conforma con un resultado que se producirá dadas las características del riesgo, su “conducta podrá interpretarse como una decisión contra un bien jurídico tutelado”.¹¹⁹ Sólo se le da crédito al conocimiento como elemento del dolo.

Me inclino por la postura de que el dolo y, consecuentemente, sus elementos voluntad y conocimiento, se infieren de la realización de los elementos objetivos del tipo legal y de las circunstancias relacionadas con el hecho típico; partiendo de una concepción lógico objetiva de la teoría de la acción, porque representa mayor claridad, y, la teoría funcionalista considero que se presta a confusiones.

¹¹⁷ HASSEMER, *Kennzeichen*, cit., página 297, cita en LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y Conocimiento, Op. Cit.*, página 224, *Cfr.*, DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual, Op. Cit.*, páginas 190, 307 y siguientes.

¹¹⁸ PUPPE, *Der Vostellungsinhalt*, cit., página 14, cita en LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento, Op. Cit.*, página 225.

¹¹⁹ *Íbidem*, página 226.

Aunque no hay que dejar de tomar en cuenta la valoración que se hace de los hechos típicos producidos para determinar si el delito cometido es doloso o culposo, pero siempre partiendo de la concepción ontológica de la teoría del delito y no desde la perspectiva del fin de la pena y la prevención general únicamente. Se deben tomar en cuenta los aspectos psicológicos en toda acción típica para determinar si se está en presencia de dolo o culpa, tratándose de un delito.

b) **ROXÍN.**

CONSIDERA LA REALIZACIÓN DEL PLAN DE AUTOR.

Claus Roxín, concibe al dolo como “realización del plan”.¹²⁰ El sujeto activo toma la decisión de actuar contra el bien jurídico, y ha aceptado la producción del resultado típico como posible, y pone en marcha un plan.

“...cuando se puede afirmar que un resultado o cualquier otra circunstancia ha sido asumida en la voluntad del que actúa y se ha convertido, a través de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, en parte integrante del plan del hecho, hay que ser consciente de la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil y a menudo guiado por tendencias irracionales y sólo relativamente consciente...”.¹²¹ Roxín, define el elemento volitivo del dolo como decisión en contra de un bien jurídico, pero el concepto “decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos...”.¹²²

El sujeto activo que conoce la posibilidad de que se produzca la lesión a un bien jurídico y no se desiste de su acción, de la realización de su plan, se entenderá que se ha decidido en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal.

¹²⁰ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 425.

¹²¹ *Íbidem.*, página 427.

¹²² *Íbidem.*, página 429.

Roxín, quiere abarcar las tres formas de dolo con el concepto de realización del plan del sujeto; concepción con la que pretende sustituir los elementos del dolo, como son: conocimiento y voluntad del autor de la conducta típica.

Considera que un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho “resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del autor”.¹²³

Al definir la voluntad como elemento del dolo, como decisión del sujeto en contra del bien jurídico; de manera implícita acepta el otro elemento del dolo, es decir, el conocimiento como integrante de la acción típica, porque nadie puede decidir el llevar a cabo la realización de un plan sin conocer o saber lo que quiere, por lo que el vocablo decisión trata de sustituir a la dicción querer, dándole una connotación normativa; pero de cualquier manera el dolo se infiere de la valoración que se hace de los hechos típicos; y el sujeto al concebir un plan naturalmente sabe y conoce su objetivo y mediante la realización de su acción observando el plan concebido obtiene el resultado deseado.

Por lo que tanto el conocimiento como la voluntad siguen siendo elementos integrantes del dolo en Derecho Penal, necesarios para determinar cuando una conducta es dolosa o culposa.

¹²³ ROXÍN, *Strafrecht*. página 269, cita en DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 184.

CAPÍTULO III

I. CLASES DE DOLO.

Coincido con el concepto de dolo que sostiene la doctrina tradicional, sin desestimar las aportaciones importantes con las que han contribuido los autores representantes de las nuevas tendencias, tesis que de alguna manera contribuyen para enriquecer la teoría del delito.

Por ello me ocuparé del dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. También citaré algunas otras concepciones del dolo.

1. DOLO DIRECTO (DOLUS DIRECTUS).

Autores como Jescheck y Roxín, asimilan la intención del sujeto al dolo directo de primer grado.

Por lo que “la intención implica que el autor persigue la acción típica o el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas”.¹⁷ La intención o propósito es “la persecución dirigida a un fin del resultado típico”.¹⁸ En el dolo directo el sujeto activo quiere y persigue el resultado con su acción.

En el dolo directo el sujeto activo quiere “realizar precisamente el resultado o la acción típica si se trata de delitos de simple actividad”.¹⁹

Si el sujeto quiere privar de la vida a otro, realiza la acción típica y obtiene el resultado. El dolo directo también es definido como dolo directo de primer grado.

¹⁷ JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993, página 267.

¹⁸ ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, páginas 415 y 417.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 248.

2. DOLO INDIRECTO (DOLUS INDIRECTUS).

“Este tipo de dolo es una variante del anterior.²⁰ El sujeto activo “sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear”.²¹

Por ejemplo: Alberto quiere matar a Sergio y pone una bomba en el coche de Sergio, la que hará explosión en el momento de encender el motor del vehículo, y, matará también al chofer de Sergio. La muerte de Sergio se produce con dolo directo y la muerte del chofer se realiza con dolo de consecuencias necesarias, así también, denominado el dolo indirecto.

3. DOLO EVENTUAL (DOLUS EVENTUALIS).

En este tipo de dolo el sujeto activo “se representa la realización del tipo penal como posible”.²² El sujeto no quiere producir el resultado típico, pero no detiene su acción y admite su eventual realización, por lo que “cuenta con él, admite su producción, el sujeto acepta el riesgo”.²³

Por ejemplo: el sujeto activo que pretende copular con una mujer, piensa que existen posibilidades de que ésta tenga menos de doce años de edad, aún así realiza su conducta y acepta el resultado típico que se produce. En este caso, dicha acción se subsumirá en el supuesto de hecho contenido en el artículo 266 del Código Penal Federal.

Es necesario distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, para ello Roxín ha señalado que la diferencia entre dolo eventual y la culpa consciente, consiste en que el dolo es realización del plan por parte del sujeto, “en tanto que culpa

²⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1987, página 208.

²¹ *Ibidem.*, página 209.

²² *Idem.*

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, página 248.

consciente es ligereza o negligencia”.²⁴ Así cuando un sujeto decide realizar una acción y se representa como posible la producción de otro resultado típico que él no quería, pero lo acepta como de probable realización, está consciente de su posible producción y sigue con su plan, entonces estaremos en presencia de dolo eventual; por lo que la “decisión, por posible lesión de bienes jurídicos, hace la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente y justifica la mayor sanción en caso de dolo eventual y consecuentemente la culpa consciente será sancionada con menor pena”.²⁵

En la culpa consciente el autor confía en que el resultado típico no se producirá o podrá evitarlo, por lo que no lo acepta, a pesar de que tiene la conciencia del riesgo; en el dolo eventual se manifiesta con mayor intensidad el elemento cognitivo que en la culpa consciente.

Por lo que, la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente radica en que en el dolo eventual el sujeto activo acepta el resultado típico como posible, asimismo se “conforma con el riesgo que la realización del tipo representa, y en la culpa consciente el sujeto confía en la no producción del resultado”.²⁶

En los dos supuestos el sujeto se plantea y se representa como posible la producción del resultado, en el dolo eventual lo asume, lo acepta y en la culpa consciente no lo acepta y tiene el autor la confianza en que no se producirá el resultado; ambas concepciones son semejantes y se castiga con mayor pena, al dolo eventual que a la culpa consciente por cuestiones de política criminal, y sólo existe dolo eventual y no culpa consciente.

²⁴ ROXÍN, *Derecho Penal... Op. Cit.*, páginas 424 y siguientes., *Cfr.*, JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Op. Cit.*, páginas 269 y siguientes.

²⁵ *Cfr.*, ROXÍN, *Derecho Penal... Op. Cit.*, páginas 425 y siguientes.

²⁶ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal, Parte General*, traducción del Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, página 69.

II. TEORÍAS DEL DOLO EVENTUAL.

1. TRADICIONALES VOLITIVAS.

a) DEL CONSENTIMIENTO.

Exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el “sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él”.²⁷

Es en la aprobación, por parte del sujeto activo, del resultado, es la aceptación o consentimiento que se manifiesta en la psique del autor de un hecho típico, el autor prevé la producción del mismo; ²⁸ “...para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya “querido” en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna...”.²⁹

Que el autor de un hecho típico incluya en su plan el resultado desaprobado por la norma penal vigente y que lo asuma en su voluntad como posible, es suficiente para que se considere como dolo eventual. Los términos aprobación, aceptación y consentimiento son entendidos como sinónimos por la doctrina. Pero no es posible determinar si el sujeto activo ha decidido y ha consentido la producción del resultado típico, porque la voluntad como elemento del dolo, y por tratarse de un fenómeno psíquico no puede ser probado científicamente.

Frank, sustenta dos fórmulas para discernir el dolo eventual de la culpa consciente. La primera: “si lo que me parece probable (es decir, la producción del resultado lesivo) fuese seguro, no obstante actuaría; si lo que me parece posible

²⁷ ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 430.

²⁸ *Ibidem.*, página 431.

²⁹ *Idem.*

fuera seguro, no actuaría”.³⁰ En el primer caso se trataría de dolo eventual; y en el segundo de culpa consciente.

La segunda, sostiene: “si el autor se dice: suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo, su culpabilidad es dolosa”.³¹

En este caso el sujeto activo simplemente ante la posibilidad de que el resultado se produzca lo acepta, lo consciente, entonces es indudable que se trataría de dolo eventual.

Se ha dicho que las actitudes psíquicas de los autores de hechos típicos no pueden ser demostradas científicamente y lo que se debe tomar en cuenta para determinar si se actualiza el dolo en cualquiera de sus tres manifestaciones son los elementos objetivos y circunstancias típicas; ya que el Derecho Penal, cuyo fin más importante es la tutela de bienes jurídicos y no la de “desvalorar las posturas internas de los sujetos que llevan a cabo tales ataques”.³²

Postura que comparte Roxín, Schroth y Hassemer, dentro de las nuevas tendencias doctrinales. Gimbernat en España y Frisch en Alemania sostienen que el “conocimiento es el único elemento del dolo”.³³

La primera fórmula de Frank expresada de la siguiente manera: “si lo que me parece probable fuera seguro, no obstante actuaría, (estaríamos ante dolo eventual); si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (estaríamos ante la hipótesis de la culpa consciente)”. Esta fórmula nos permite determinar si el sujeto activo realizó su conducta típica con dolo eventual o culpa consciente. Enrique Gimbernat Ordeig, aborda la siguiente crítica: ¿cómo demostrar que el

³⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 169.

³¹ DÍAZ PITA, María del Mar. *Op. Cit.*, página 169, *Cfr.*, ROXÍN, *Derecho Penal, Op. Cit.*, página 438.

³² DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 170.

³³ *Idem.*

autor habría preferido el resultado antijurídico producido antes que renunciar a su comportamiento?³⁴ A esta teoría también se le “podría objetar que utiliza, para la imputación a título de dolo, una premisa condicional irreal: que el autor se plantea lo que haría, caso de que el resultado fuere de segura producción”.³⁵

La teoría de la voluntad, o sea, el querer el resultado típico, hace que el sujeto imagine el resultado como si ya se hubiese producido; y no se puede demostrar lo que el autor quiso, “ni aún en casos en que el sujeto imagine el resultado como de segura producción”.³⁶ El resultado no es de segura producción.

Esta teoría puede derivar en un Derecho Penal de autor, porque trata más de la personalidad del sujeto que de probar si el hecho fue realizado con dolo eventual o culpa consciente, lo que no es aceptable.

La segunda fórmula sostenida por Frank, conforme a la cual un sujeto actuaría con dolo eventual si se planteara: “Suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo”. Ya expuse que la finalidad del Derecho Penal no es la valoración de la psique del sujeto, sino, la de sancionar los hechos producidos y prohibidos por la norma penal y no se puede probar lo que el sujeto activo se planteó o realmente quiso, por lo que habrá dolo eventual.

b) TEORÍA DEL SENTIMIENTO O DE LA INDIFERENCIA.

La teoría del sentimiento o de la indiferencia fue desarrollada por Engisch en 1930. Donde según ésta hay *dolus eventualis*, “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y

³⁴ GIMBERNAT, *Acerca del Dolo Eventual...* página 252, cita en Díaz Pita, María del Mar, *El Dolo Eventual, Op. Cit.*, página 173.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 250.

³⁶ *Idem.*

sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”³⁷

Roxín, le da la razón a esta teoría del sentimiento en “cuanto a que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente”.³⁸

Pero no quiere decir que si el sujeto no es indiferente no se actualiza el dolo, “lo decisivo es a favor y en contra de que se decida uno para el caso eventual, y no con qué deseos y esperanzas lo haga”.³⁹

La indiferencia demostrada por el sujeto activo respecto de la lesión que pudieran sufrir los bienes jurídicos tutelados por la norma penal no es una condición suficiente para establecer la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual, ya que los sujetos que realizan conductas culposas también demuestran indiferencia hacia bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

Por lo que la teoría de la indiferencia no es adecuada para solucionar casos concretos y determinar si existe dolo o imprudencia y es conveniente valorar el hecho típico e inferir de ello si hay o no dolo, ya que muchos delitos no serían justamente sancionados, bastaría con que el autor demostrara que no actuó con indiferencia hacia los bienes jurídicos protegidos por la norma penal; y traería como consecuencia que se aplicara un Derecho Penal de autor y no de acto, por lo que si el sujeto desea o no el resultado típico, es irrelevante para excluir el dolo eventual.

³⁷ ROXÍN, Claus. *Derecho Penal*, , Parte General, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, página 432.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Íbidem*, página 433.

2. TEORÍAS TRADICIONALES COGNITIVAS.

a) DE LA REPRESENTACIÓN.

Constituye la concepción, contraria a las teorías volitivas, y explica la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente; toma como base una perspectiva únicamente intelectual; y rechaza el elemento volitivo como elemento integrante del dolo eventual.

El elemento volitivo sólo es parte del dolo directo y del dolo indirecto. Y “la mera representación de la posibilidad de producción del resultado sin ningún elemento volitivo que fundamente ya el dolo eventual”.⁴⁰

La teoría de la representación fue desarrollada por Schröder y después se profundizó en ella en múltiples trabajos, especialmente de Schmidhäuser”.⁴¹

Estos autores fundamentaron dicha teoría en la mera representación por parte del sujeto de la “posibilidad de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo, es suficiente para afirmar el dolo, y la confianza de dicho sujeto en que el resultado, a pesar de su acción no se producirá equivale a la negación de la representación y, por tanto, excluye el dolo”.⁴²

Schröder, termina por negar la existencia de la culpa consciente: “Toda imprudencia, es imprudencia inconsciente”. Y Schmidhäuser expresa que se ha de distinguir “dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y desconocimiento”.⁴³

Por lo que la teoría de la representación tampoco es adecuada para distinguir dolo eventual de culpa consciente ya que en ambos casos la representación es una

⁴⁰ ROXÍN, Claus. *Op. Cit.*, página 435.

⁴¹ *Idem.*

⁴² DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 90.

⁴³ ROXÍN, Claus. *Op. Cit.*, página 433.

característica común, por ello Schröder y Schmidhäuser terminan aceptando sólo la culpa inconsciente.

b) DE LA PROBABILIDAD.

Siendo “otra variante de la teoría de la representación, cuyo principal exponente es H. Mayer”.⁴⁴

Por la imposibilidad de demostrar el elemento volitivo o querer del resultado en el dolo eventual, “la teoría de la probabilidad admite la existencia del 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”.⁴⁵

Esta teoría tiene su fundamento en la intensidad de la representación con la que el sujeto activo perciba la probabilidad de realización de la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal, así “determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no”.⁴⁶

Conforme a la teoría de la probabilidad el único elemento para imputar a título de dolo un resultado típico es el *cognitivo*; por lo que estamos ante la probabilidad subjetiva, que sólo tiene verificativo en la mente del sujeto activo, y por lo tanto no estamos en la posibilidad de demostrar si el sujeto activo realizó o no un juicio de probabilidad de realización de un resultado típico.

El juzgador realizará un juicio de valor, el que deberá “estar basado en las circunstancias del hecho que sean susceptibles de ser probadas”.⁴⁷ Es decir, de

⁴⁴ *Íbidem.*, página 435.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *Op. Cit.*, página 249.

⁴⁶ DÍAZ PITA, *Op. Cit.*, página 96.

⁴⁷ *Íbidem*, página 97.

los hechos realizados por el sujeto, el Juez tratará de inferir si éste se representó la probable producción de la lesión al bien jurídico protegido por el tipo penal.

3. TESIS DE ROXÍN.

Lleva a cabo una crítica a las teorías del consentimiento y del sentimiento o de la indiferencia, porque fundamentan la actualización del dolo en la actitud que asume el sujeto activo frente al resultado típico. Y critica las teorías de la representación y de la probabilidad por basar la concurrencia del dolo en un hecho típico en que el sujeto activo valoró como altamente probable la producción de la lesión al bien jurídico.

Por lo que la “afirmación de dolo no presupone una actitud determinada del sujeto ante el resultado como lo sustentan las teorías volitivas”.⁴⁸ Ni tampoco la valoración que el sujeto de la acción típica realiza de la previsible actualización de los hechos como lo afirman las “teorías *cognitivas*”.⁴⁹ Lo que el Derecho Penal persigue es la protección de bienes jurídicos de la posible realización de conductas típicas, que pueden traer como consecuencia la lesión o puesta en peligro de dichos bienes, y no tiene como misión el sancionar las concepciones psicológicas de los sujetos, como lo afirman las teorías volitivas.

Tratándose de las teorías *cognitivas* en casos de imprudencia, la menor penalidad se fundamenta en que el sujeto valoró mal la posible producción de las consecuencias accesorias, y por ello creyó innecesario tomarlas en consideración,⁵⁰ y “eso le salvaría de una pena sustancialmente más grave”.⁵¹

⁴⁸ DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 185.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ DÍAZ ARANDA, Enrique, *El Dolo, Op. Cit.*, página 152.

Como consecuencia de que las teorías *volitivas* y *cognitivas* integrantes del dolo, no resuelven la problemática que se plantea entre el dolo eventual y la culpa consciente, según Roxín, los elementos volitivos y cognitivos han de ser sustituidos por una concepción normativa; así el elemento volitivo ha de entenderse como la “decisión en contra del bien jurídico protegido”.⁵² Y por consiguiente la esperanza en que el resultado no se produzca en nada cambia la situación y por ello el legislador prevé una pena mayor para estos hechos.⁵³

La fórmula de Roxín, es la realización del plan del sujeto y la decisión en contra del bien jurídico, como concepción normativa del dolo y la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente.⁵⁴

III. OTRAS CLASES DE DOLO.

1. DOLO ALTERNATIVO (*DOLUS ALTERNATIVUS*).

“El dolo directo ha querido clasificarse, a su vez, en determinado e indeterminado o alternativo, según que el sujeto se proponga un solo resultado o cualquiera entre varios”.⁵⁵

Por ejemplo: el sujeto activo dispara y le es indiferente el lesionar o privar de la vida al pasivo. En esta clasificación no se añade nada nuevo al dolo directo, “sólo representa una conjunción de varias formas de dolo, pero no una nueva forma independiente del mismo”.⁵⁶

⁵² DÍAZ PITA, María del Mar. *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, página 187.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España, sin fecha de publicación, página 25, *Cfr.*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, tomo III, Editorial Cárdenas, México, 1988, página 354.

⁵⁶ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, *Op. Cit.*, página 155, *Cfr.*, DÍAZ PALOS, Fernando, *Dolo Penal*, *Op. Cit.*, página 26.

Como ya mencioné anteriormente, me adhiero al concepto tradicional de dolo: conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal, y por ello aprecio que lo que se presenta en la concepción del dolo alternativo no es una nueva forma de dolo, sino la consecución de un hecho típico de manera circunstancial.

Roxín, manifiesta que se actualiza el dolo alternativo cuando “el sujeto se propone o cuenta con realizar bien un tipo o bien otro”.⁵⁷

Expongo el ejemplo de los supuestos de hecho contenido en el artículo 368 bis, del Código Penal Federal: “Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario”. Los supuestos de hecho contenidos en este artículo se actualizan con frecuencia en el Distrito Federal.

Uno de los supuestos de hecho que se ha convertido en una práctica común es el de “posesión de auto robado”.

2. DOLO PRECEDENTE O INICIAL Y DOLO SUBSIGUIENTE.

El *dolus antecedens*, es “un dolo previo a la ejecución durante la fase preparatoria”.⁵⁸

Roxín, sostiene que no basta un dolo inicial o previo porque si se entiende al dolo “como base de la realización del plan, ha de concurrir durante la acción ejecutiva”,⁵⁹ esto porque el Derecho Penal regula acciones, es decir, hechos y no puede sancionar la mera concepción psíquica de los mismos; por ejemplo: si en una riña un sujeto saca su arma de fuego cargada, con dolo de matar, pero quiere

⁵⁷ ROXÍN, Claus., *Op. Cit.*, página 455.

⁵⁸ *Ibidem.*, página 453.

⁵⁹ *Idem.*

privar de la vida al pasivo de un disparo, y después de una prolongada pelea, se escapa un disparo por error antes de que el activo se disponga a realizar la acción ejecutiva, en este caso sólo sería punible el homicidio culposo.

Porque en la fase preparatoria el dolo no es punible, ya que no se puede probar lo que el sujeto quería, y tratar de hacerle “responsable por delito consumado doloso cuando este se sucede en fase preparatoria contraría la valoración legal”.⁶⁰

“El *dolus subsequens*, o dolo subsiguiente o consecutivo, no existe “en sentido jurídicopenal”.⁶¹ Un ejemplo: un sujeto mata a otro por imprudencia, y después de cometido el hecho típico se da cuenta que se trata de su enemigo, y se alegra, no obstante, sólo será castigado por homicidio culposo y no doloso. Porque “sólo se puede hablar de realización del plan cuando el plan existía antes de acometer la acción ejecutiva”.⁶²

3. DOLO SUBSIDIARIO.

No se está ante una forma de dolo diferente al dolo directo o eventual, “sino de una forma del querer que en cada caso habrá de investigar si corresponde a dolo directo o a dolo eventual”.⁶³ El dolo subsidiario no existe, lo que es subsidiario es el tipo penal, por ejemplo: en el caso de que un “sujeto que dispara contra otro sujeto con la intención de matarlo o herirlo, si consuma el homicidio, éste subsume al dolo de lesiones y a la tentativa de homicidio, también”.⁶⁴

En el caso de que “ambos quedaren tentados y no fueren subsidiarios (lesionar al amo o al perro) habría un concurso ideal,⁶⁵ y si no son subsidiarios y hay uno consumado también”.⁶⁶

⁶⁰ *Íbidem.*, página 454, *Cfr.*, DÍAZ PALOS, Fernando, *Op. Cit.*, página 28.

⁶¹ Roxín, Claus. *Derecho Penal, Op. Cit.*, página 454.

⁶² *Idem.*

⁶³ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Op. Cit.*, página 356.

⁶⁴ *Íbidem.*, página 355.

⁶⁵ WELZEL, *Op. Cit.*, en Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, *Op. Cit.*, 356.

⁶⁶ ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, *Op. Cit.*, página 356.

4. DOLO DE ÍMPETU.

Este tipo de dolo, es una “forma antigua, que ya no se usa, y se utilizaba en los casos de tentativa en los que no se producen lesiones al bien jurídico, o en caso de que se lleguen a producir, ha de corresponderles pena menor”.⁶⁷

5. DOLO ESPECÍFICO.

Se “designan los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo”, “terminología que rechaza Zaffaroni”.⁶⁸ Naturalmente la doctrina ya ha superado este concepto de dolo, al aceptarse mayoritariamente las tres clases de dolo: dolo directo, indirecto y eventual.

6. DOLO DE PELIGRO O DOLO DE LESIÓN.

“Sólo son formas típicas de dolo, según sean tipos de lesión o de peligro”.⁶⁹ Tampoco se trata de una especie nueva de dolo, y es rechazado por la mayoría de la doctrina; y sólo se podría tratar de delitos de peligro en lo que puede actualizarse el dolo directo y eventual, ejemplo: “delitos contra la salud pública”.⁷⁰ La concepción de dolo de peligro o de lesión es defendida por los doctrinarios que, “desde la denominada teoría de la representación pura niegan el elemento volitivo del dolo”.⁷¹

Se considera a Bekker como “precursor de esta teoría, Von Liszt la adopta posteriormente y su denominación y fundamentación dogmática se debe a Frank”.⁷²

⁶⁷ ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, *Op. Cit.*, páginas 356 y siguientes., *Cfr.*, DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo Penal, Op. Cit.*, página 27.

⁶⁸ ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, *Op. Cit.*, página 359, *Cfr.*, en JIMÉNEZ DE AZÚA en su obra *La Ley y el Delito*, página 366.

⁶⁹ ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, *Op. Cit.*, página 358.

⁷⁰ DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo Penal, Op. Cit.*, página 29.

⁷¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa. *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Editorial Gráficas Arias Montaña, Madrid, España, 1994, páginas 52 y 53.

7. DOLO GENERAL (DOLUS GENERALIS).

El sujeto activo “cree haber consumado el delito, pero en realidad se produce el resultado típico como consecuencia de una acción posterior”.⁷³ Ejemplo: el sujeto estrangula a su víctima y creé que la mató y la lanza por un precipicio con la finalidad de ocultar el hecho típico, pero la víctima muere realmente por la caída, ya que sólo había perdido el conocimiento. De esta manera el sujeto activo logra su objetivo, la consumación del delito doloso. Esta es una forma de dolo que ha sido superada por la doctrina mayoritaria que sólo acepta el dolo directo, indirecto y eventual.

IV. LA RECKLESSNESS ANGLOSAJONA.

Es necesario conocer la concepción de Recklessness para poder ubicarnos en el tema a desarrollar, aunque no es mi intención resolver la problemática que plantea esta figura jurídica, sino, buscar alguna comparación dogmática con lo que se entiende por dolo eventual. Enseguida expongo el concepto antes citado.

a) CONCEPTO DE RECKLESSNESS.

“La recklessness es una forma de imputación subjetiva característica del sistema penal del Common Law. Situada entre el dolo (*intention*) y la imprudencia (*negligence*), tiene conceptualmente la estructura de ésta, pero de hecho se la trata como comisión dolosa del delito”.⁷⁴

⁷² *Idem.*

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993, página 254, *Cfr.*, DÍAZ PALOS, Fernando, *Dolo Penal*, Op. Cit., páginas 29 y 30.

⁷⁴ FLETCHER, George P. *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1997, página 176.

Se equipara, según Fletcher, al dolo eventual en la concepción que sostiene la teoría de la representación, en la que se resalta el conocimiento en demérito del elemento volitivo.⁷⁵

O se le puede considerar según la teoría del sentimiento, “como una actitud de consciente desprecio hacia el resultado”.⁷⁶

La recklessness permite castigar con la misma pena que la comisión dolosa del delito, hechos que en sí podrían ser... imprudentes, pero que por la indiferencia y desconsideración del sujeto hacia la producción de la lesión del bien jurídico protegido por la norma penal se aplica la pena del delito doloso. Ejemplo: “La hipótesis es que si se conoce el riesgo y se decide correrlo de todos modos, la acción parece más despreciativa para los intereses ajenos que si no se es consciente del riesgo en absoluto.

La recklessness no es un grado más alto de la imprudencia, es decir, no es imprudencia consciente, aunque puede entenderse como de menor intensidad que la intención, por ello se puede determinar que la recklessness no se equipara ni al dolo ni a la imprudencia; es una institución jurídica del Derecho Angloamericano que se presta a la confusión.

La recklessness por su definición puede decirse que se asemeja al dolo eventual, pero no es así en cuanto a la aplicación de las penas, ya que esta figura anglosajona permite al juzgador moverse en una gama más amplia, por lo que tiene posibilidades de imponer la pena más grave o más leve basándose en el grado de participación interna del sujeto activo.⁷⁷

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Cfr.* DÍAZ PITA, María del Mar. *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994, páginas 255 y siguientes.

En el Derecho Penal Mexicano en su artículo 8° del Código Penal Federal, se dispone que “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”, lo mismo que el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal. Por ello en nuestra legislación penal no hay posibilidades de moverse más allá del dolo y de la culpa, y se establece en la ley penal un mínimo y un máximo dentro del cual el Juzgador debe actuar.

En el Derecho Angloamericano no se pregunta si el sujeto quiso o no un posible resultado típico, “sino por el conocimiento actual del agente sobre el riesgo que conlleva su acción”.⁷⁸ Es decir, si el sujeto activo está consciente de que su conducta pone en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal y aún así realiza su acción, naturalmente se ubica en el supuesto de recklessness.

La recklessness o desconsideración, se presenta cuando el sujeto activo se comporta de forma arriesgada y sin justificación, hacia el bien jurídico, y lo hace de manera consciente, aunque el resultado típico no se produzca.

⁷⁸ *Íbidem.*, página 258.

CAPÍTULO IV

DIVERSAS TEORÍAS DEL DOLO Y DE LA CULPABILIDAD PARA EL TRATAMIENTO DEL ERROR.

El momento del dolo debe coincidir o ser concomitante con el de la realización de la acción, la voluntad anterior al comienzo de la ejecución (llamada dolo antecedente no es un dolo necesariamente como el que se ha desarrollado en páginas anteriores y, por consiguiente, es irrelevante el efecto típico. La voluntad posterior a la realización del tipo objetivo (llamada dolo subsecuente) tampoco es dolo, porque no puede regir la realización de algo que ya se ha producido. Siendo que este tipo de dolo llamado dolo antecedente y subsecuente son solo disposiciones anteriores irrelevantes. Lo problemas que suelen plantearse no están estrictamente referidos a estas clases de dolo.

Por ejemplo, en el delito continuo o permanente no hay dolo subsecuente si alguien interviene durante el estado consumativo. Tampoco lo hay cuando se interrumpe una acción y se comienza otra, como resultado de una nueva decisión.

Dentro de la tradición jurídico penal se han tratado problemas que derivan de la disparidad entre el plan del agente y lo realmente sucedido en el mundo, como desvíos del curso causal o como errores sobre éste, dentro de ese conjunto se encuentran supuestos en que no existe una causalidad que se desvía de lo planeado, sino que en algunos se ajusta a lo planeado en forma incuestionable (en el error *in personam*) y en general en los errores sobre el objeto, en tanto que en otros no son casos de error, al menos en sentido estricto (el llamado error en el golpe). Pero de ahí en general se prefiere referirse a un conjunto diverso de supuestos problemáticos que plantea la disparidad entre lo planeado y lo realizado o sucedido.

Prácticamente estos problemas se resolvían conforme a los criterios denominados como ausencia de dolo, en razón de las llamadas desviaciones esenciales del

curso causal, pero deben ser resueltos en los casos en que no hay tipicidad objetiva.

Por ejemplo: La muerte en el incendio de un Hospital, es el caso en que no hay tipicidad objetiva, y no un supuesto de ausencia de dolo.

Pero no obstante en el ejemplo anterior, puede existir la dominabilidad y es factible que el agente asuma el dominio obrando dolosamente, pero la pregunta es hasta qué punto puede imputarse subjetivamente (dolo) una mutación en el mundo no exactamente coincidente con el plan. Y sostengo que, entonces, no siempre la imputación objetiva coincide con la subjetiva, aunque el sujeto quiera asumir el dominio del hecho con su dolo. Y para mejor ilustración expongo:

1. TEORÍA DEL DOLO.

Esta teoría trata de explicar las diversas formas del error.

A la teoría que sostiene que la conciencia de la antijuridicidad es parte integrante del dolo y a éste como forma de culpabilidad (sistema causalista), es lo que se conoce como “teoría del dolo” (*dolus malus*), “según la cual todo dolo es ya desvalorado por el hecho de ser dolo.”¹⁷

Según esta teoría, la conciencia de la antijuridicidad debe ser actual o efectiva, por lo que si no se presenta este componente del dolo, éste no se integra.

La teoría del dolo da el mismo trato al error de prohibición que al error de tipo, es decir, si en ambos tipos de error, éste es invencible se presenta la impunidad porque no se actualiza ni el dolo ni la imprudencia, pero si el error es “vencible se da la imprudencia; y el error de prohibición excluye el dolo”.¹⁸

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Cárdenas, México, 1991, página 558.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, páginas 553 y 554.

En la doctrina causalista el error era entendido como “error de hecho y error de derecho, en el finalismo se concibe como error de tipo y error de prohibición”. El error de tipo se actualiza cuando éste recae en cualquier elemento del tipo, ya se trate de elementos descriptivos o normativos, sea de hecho o de derecho. Al error de tipo, “se contrapone el error sobre el estar prohibido del hecho, es decir, el error de prohibición”.¹⁹

Ejemplo: artículo 272 del Código Penal Federal y 181 del Código Penal para el Distrito Federal dispone: “Los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes”, incluyendo este último a los hermanos, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí, y en el caso de que no se tenga ese conocimiento que esta prohibido por la ley penal, se actualizará el error de prohibición.

La teoría del dolo sostiene que tratándose del error sobre los “presupuestos de una causa de justificación, se está ante un error que excluye el dolo, y como ya vimos al error de tipo, de prohibición, de hecho y de derecho se les da el mismo tratamiento dogmático, esto es, si se trata de error invencible se excluye el dolo y la imprudencia y no se sanciona, y si se trata de error vencible se da la imprudencia y puede ser sancionado.

a) TEORÍA ESTRICTA DEL DOLO.

Esta teoría sostiene que se “requiere siempre el conocimiento efectivo de la antijuridicidad”,²⁰ es decir, cuando el autor no sabe si su conducta es o no antijurídica, no realiza una acción dolosa; hay exclusión del dolo porque no se actualiza un conocimiento efectivo de la conciencia de la antijuridicidad.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 554.

²⁰ *Idem.*

Según la teoría estricta del dolo, éste se ubica sistemáticamente en la culpabilidad y es la expresión clásica de la teoría del delito; y como es sabido, esta teoría no resuelve ni explica la tentativa ni la omisión. El causalismo clásico erróneamente sustenta que si concurren los presupuestos de una causa de justificación, se está ante la presencia de un error que excluye el dolo.

b) TEORÍA LIMITADA DEL DOLO.

Esta teoría ya no exige el conocimiento efectivo de la conciencia de la antijuridicidad como condición para la integración del *dolus malus*, que sigue formando parte de la culpabilidad.

Edmund Mezger, “advirtió que hay casos en que hay dolo y no hay conocimiento de la antijuridicidad”;²¹ por lo que, el sujeto que desconoce si su acción es no contraria a la ley penal, pero no tiene interés en investigarlo, ya que no le importa, este sujeto con su actitud “está demostrando un desprecio por el orden jurídico quizá mayor que el de quien conoce efectivamente la antijuridicidad de su conducta”.²²

El mismo Mezger, afirmó la existencia del dolo si al autor le había faltado, por “ceguera jurídica u hostilidad al derecho, la conciencia de lo injusto”.²³ La teoría limitada del dolo se ubica en el sistema neoclásico.

2. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría fue “formulada por Welzel”.²⁴ En el sistema final de acción, el dolo se transformó en dolo natural y pasó a formar parte tanto de la acción así como del

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Op. Cit.*, página 558, Cfr., Wessels, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, páginas 130 y siguientes.

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, página 558.

²³ *Íbidem.*, páginas 558 y 559.

²⁴ Wessels, Johannes. *Derecho Penal*, Parte General, traducción del Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, páginas 130 y 131.

tipo penal; y se desprende del dolo la conciencia de la antijuridicidad, la que pasa a formar parte de la culpabilidad, como un elemento de la misma.

Por ello, el error de prohibición ya no excluía el dolo, y la conciencia de la antijuridicidad, de la acción pasó a valorarse solo de manera potencial, como conocimiento potencial de la antijuridicidad. Y si el conocimiento potencial de la antijuridicidad no se presenta, se estará ante el error de prohibición, el cual no excluye el dolo del injusto, sino que solo disminuye la culpabilidad, afecta el grado de culpabilidad.

Por lo que el error de prohibición invencible no excluye el dolo, solo excluye la culpabilidad y, si el error de prohibición es vencible, tampoco excluye el dolo, únicamente disminuye la culpabilidad en grado y naturalmente la pena será menor.²⁵

Para que exista culpabilidad, es necesario la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, es decir, “la posibilidad de conocer la prohibición del hecho”, por lo que, si no existe la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, como sucede en el caso del error de prohibición invencible, se excluye la culpabilidad y todo tipo de pena.

Tratándose del error vencible de prohibición no se excluye la culpabilidad, solo disminuye ésta, porque existe la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad.

Pero en caso de “error burdo (o craso) en el sentido de que es del todo inexcusable, por ejemplo, alguien que cree que robar no está prohibido, no puede ni siquiera disminuir la reprochabilidad del hecho”.²⁶

²⁵ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 559.

²⁶ *Ibidem.*, páginas 554 y 555.

El sujeto precisa la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho; en el error invencible no existe esa posibilidad y por ello se excluye la culpabilidad y, por tanto, la pena; tratándose del error vencible, sí existe la posibilidad de conocer la antijuridicidad por parte del sujeto activo, por lo que, no desaparece la culpabilidad, solo la disminuye.

En el finalismo importa el conocimiento potencial, no actual, de la antijuridicidad, es decir, la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho.²⁷

En la teoría de la culpabilidad la falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho no afecta, tratándose del error de prohibición, el dolo, sino únicamente la culpabilidad, así lo considera el finalismo. Pero según el causalismo sí desaparece el dolo, tratándose del error de prohibición invencible, y si lo que se presenta es error vencible da lugar a imprudencia, el mismo tratamiento se da al error de tipo, a esto se le denomina teoría del dolo.

a) TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD.

Al ser trasladado el dolo al tipo, pasó como dolo neutro y se dejó en la culpabilidad “la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, entendido como conocimiento potencial de la prohibición del hecho”.²⁸ Esto es así para el finalismo.

“La teoría estricta de la culpabilidad extiende la teoría de la culpabilidad al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Se entiende subsistente el dolo y solo se excluye, atenúa o mantiene la culpabilidad según que el error sea invencible, vencible o burdo”.²⁹

²⁷ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal,...* Op. Cit., página 555, Cfr., Welzel, *El Nuevo Sistema*, Op. Cit., páginas 112 y siguientes.

²⁸ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, páginas 555 y 556.

²⁹ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Op. Cit., páginas 560 y siguientes.

Para la teoría del dolo sostenida por la concepción clásica, “la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error que excluye el dolo”.³⁰

Esta concepción da igual trato al error de hecho, de derecho, de tipo o de prohibición, si el error es invencible excluye el dolo y la culpa, y si es vencible se da la imprudencia.

Para el finalismo la “suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de prohibición –o, más concretamente, un error de permisión–”.³¹

El sujeto activo asume que se encuentra justificada su acción, es decir permitida.

Por ejemplo: “El que cree erróneamente que es agredido por otra persona y se defiende de ella causándole unas lesiones, realizaría el tipo del delito de lesiones en forma dolosa pero actuaría con error de prohibición (o permisión)”.³² Las lesiones causadas serían dolosas, pero el sujeto activo creería que le estaba permitido.

b) TEORÍA RESTRINGIDA DE LA CULPABILIDAD.

Esta concepción admite “la teoría de la culpabilidad”, tratándose del error de prohibición cuando el sujeto activo cree que su conducta no está regulada por una ley penal, pero no se aplica la misma cuando se está ante “la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación”.³³

³⁰ Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, páginas 556 y 557.

³¹ *Idem.*

³² Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 556.

³³ *Idem.*

En este supuesto podría aplicarse la teoría del dolo, que excluye el dolo en caso de error invencible y si el error es vencible procede la imprudencia.

c) TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO.

Esta teoría consiste en “que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación se trate como error de tipo y no de prohibición”.³⁴

Si se actualiza la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación de manera imperativa, para que se de o aparezca el tipo negativo y la causa de justificación también es imprescindible, para que se configure el tipo total de injusto.

La fórmula que expone Santiago Mir Puig, es elocuente a saber: (tipo positivo + tipo negativo).

Por lo que la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación supone un error respecto al tipo negativo, y por ello referente al tipo total de injusto y se está ante la presencia de un error de tipo.

Es de tomarse en cuenta “que el error no recaerá aquí sobre la admisión por el Derecho de una causa de justificación”.³⁵ Y se estará ante la presencia de “un error de prohibición el de quien, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el Derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa”.³⁶

³⁴ Cfr., WESSELS Johannes, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, página 133.

³⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 557; Cfr., con WESSELS Johannes, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, página 135.

³⁶ Mir Puig, Santiago, *Op. Cit.*, página 557; Cfr., con WESSELS Johannes, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, páginas 135 y 136, Cfr., asimismo, ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, páginas 556 y siguientes.

Por ejemplo: quien dispara sobre otro al que cree erróneamente su agresor y yerra sobre la situación al suponer que concurren los presupuestos de la legítima defensa. Existe un error de tipo que versa sobre su parte negativa, si, en cambio, dispara sobre quien en días anteriores le ofendió, creyendo erróneamente que tiene derecho a vengarse según la ley, incurre en un error de prohibición por suponer que el Derecho admite la venganza como causa de justificación.

También “existe error de permisión si el agredido legítimamente prosigue su defensa después de dejar inconsciente al agresor y le da muerte creyendo que no sobrepasa con ello los límites legales de legítima defensa”.³⁷

Mir Puig³⁸ distingue al error de tipo positivo del error de prohibición directo en que el error de tipo se refiere o recae sobre la situación (de hecho) y el error de prohibición afecta el aspecto relacionado con la prohibición de la realización del hecho.

Y en lo que se refiere a las causas de justificación hay que señalar la diferencia entre error de tipo negativo que incide en los presupuestos típicos de la situación justificativa y el error de prohibición indirecto o de permisión que recae respecto del Derecho; esta es la característica que hace posible la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición.

La teoría de la culpabilidad resuelve la impunidad que provocaba la teoría del dolo, es decir, esta teoría como ya lo expresé anteriormente, en caso de presentarse error de prohibición invencible se excluía el dolo y no se podía castigar por imprudencia en todos los casos, puesto que la imprudencia solo procede en delitos específicamente determinados por la ley penal, según la teoría de la culpabilidad el dolo no desaparece en el error de prohibición vencible, sólo se atenúa.

³⁷ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996, página 557.

³⁸ *Ibidem.*, página 558.

Actualmente así sucede en el Código Penal Alemán, en el Código Penal Español y también en nuestro Código Penal Federal Mexicano, en el que se adopta la teoría de la culpabilidad, concretamente en su artículo 15 fracción VIII.³⁹

La teoría del dolo da igual tratamiento al error de tipo, al error de prohibición y al error sobre los presupuestos de una causa de justificación, esto es: si el error es invencible excluye el dolo y la culpa en los tres tipos de error y si se trata de error vencible entonces se da la imprudencia. Esta teoría, en el causalismo clásico sostenía que el conocimiento de la antijuridicidad debería ser actual, efectivo, y era parte integrante del dolo, por ello se denominaba al dolo como "*dolus malus*". También afirmaba esta teoría que el error de prohibición excluía el dolo.

La teoría del dolo en su acepción estricta, entendía la conciencia de la antijuridicidad como integrante del dolo y el conocimiento de la antijuridicidad debía ser efectivo y si no era así, el dolo quedaba excluido.

En la concepción limitada de la teoría del dolo creada por Mezger, el conocimiento efectivo de la antijuridicidad podía ser reemplazado por la ceguera para el Derecho. Como es sabido, este autor pertenece a la concepción neoclásica del delito, en esta etapa del desarrollo de la teoría del delito, ya no se exigía que el conocimiento de la antijuridicidad fuera efectivo para que se actualizara el dolo, sino que había casos en que había dolo y no se daba el conocimiento efectivo de la antijuridicidad, a lo que Mezger denomina "ceguera para el derecho". La teoría del dolo conducía a la impunidad en la mayoría de los casos ya que cualquier persona podía alegar la falta de conocimiento de la antijuridicidad, aún tratándose del error burdo, lo que era inadmisibles político-criminalmente, por ello los Tribunales alemanes y los Tribunales españoles la rechazaron.

³⁹ Cfr., Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, *Op. Cit.*, página 559, Cfr., también, Wessels, Johannes, *Derecho Penal*, Parte General, *Op. Cit.*, páginas 134 y siguientes, Cfr., también, Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, *Op. Cit.*, páginas 559 y siguientes, Cfr., también, Maurach, Reinhart, *Derecho Penal*, Parte General, traducción por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, páginas 651 y siguientes.

La teoría de la culpabilidad fue creada por Welzel y a partir de allí fue tomada en cuenta por los Tribunales alemanes, que admitieron la posibilidad de que el error de prohibición sirviera como eximente o atenuante de la culpabilidad.

La teoría estricta de la culpabilidad, sitúa el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, y entiende el conocimiento de la antijuridicidad como potencial, como posibilidad de dicha comprensión, y el dolo es ubicado como elemento del tipo, según la doctrina finalista, y es definido como dolo natural. Esta posición doctrinal (teoría de la culpabilidad) viene a ser una interpretación que no excluye el dolo si se trata del error de prohibición, si el error es invencible excluye la culpabilidad y si es vencible la culpabilidad es atenuada, y soluciona, por tanto, los problemas de impunidad que provocaba la teoría del dolo.

La teoría estricta de la culpabilidad, es aplicable al error de prohibición en los términos planteados con anterioridad, asimismo, en relación al error sobre los presupuestos de una causa de justificación, en ambos casos el dolo no se excluye, es decir, subsiste la culpabilidad o atenúa ésta, ya sea que se trate de error invencible o vencible.

La teoría estricta de la culpabilidad sostiene que si el sujeto supone erróneamente que concurre una causa de justificación, esto debe ser tratado y constituye un error de prohibición, el sujeto considera que su acción se encuentra justificada, es decir, permitida.

La teoría restringida de la culpabilidad, acepta como válida la concepción que se hace por la teoría estricta de la culpabilidad, pero solo tratándose del error de prohibición; si se trata de la suposición errónea de la concurrencia de una causa de justificación, debe ser tratada como error de tipo, como lo fundamenta la teoría de los elementos negativos del tipo.

Es aplicable en este caso la teoría del dolo, ya que si se trata del error invencible, excluye el dolo, y si el error es vencible, se da la imprudencia.

Actualmente, la teoría de la culpabilidad es aceptada tanto por la doctrina mayoritaria, como por la ley.

3.- ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES.

Antes de abordar este tema, es necesario señalar la clasificación de los delitos en orden al tipo, y así se tiene a los:

a) **Fundamentales o básicos.**- Que son aquéllos que no derivan de tipo alguno, siendo independiente de cualquier otro, además de que no contiene circunstancia alguna que agrave o atenúe la penalidad. Ejemplo: Artículo 239 del Nuevo Código Penal, Daño en Propiedad Ajena.

b) **Especiales.**- Se forman autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito, que pueden ser:

Especiales privilegiados.- Cuando se formula autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena. Ejemplo: Artículo 130 (de las lesiones) en relación con el numeral 133 (referente a la riña) del Nuevo Código Penal.

Especiales cualificados.- Cuando se formula autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica agravación o aumento de la pena. Ejemplo: Artículo 130 (de las lesiones) en relación con el 131 (referente a la relación de parentesco o afinidad) del Nuevo Código Penal.

c) **Complementados, circunstanciados o subordinados.**- Necesitan para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndose una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo. Ejemplo: El artículo 220 (relativo al robo) en

relación con el 223 (relativo a las circunstancias calificativas) del Nuevo Código Penal.

d) **Complementado, circunstanciado o subordinado, privilegiado.**- Aquél que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico, pero sin que se origine un delito autónomo, al que se agrega una circunstancia atenuándolo. Ejemplo: Artículo 222 del Nuevo Código Penal, referente al Robo de Uso.

e) **Complementado, circunstanciado o subordinado, cualificado.**- Aquél que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico, pero sin que se origine un delito autónomo, al que se agrega una circunstancia, agravándolo. Ejemplo: Artículo 125 del Nuevo Código Penal (referente al Homicidio en razón de parentesco).

f) **De formulación casuística.**- Es aquél donde se señala casuísticamente el medio productor del resultado. Ejemplo: Artículo 174 (referente a la Violación “Al que por medio...” del Nuevo Código Penal.

g) **Alternativamente formados.**- Es suficiente una conducta o hecho para que exista el delito, empero, el tipo puede contener más de una conducta, siendo en consecuencia los que contengan la preposición “ó” respecto de conductas. Ejemplo: Artículo 214 del Nuevo Código Penal, referente a la Difamación: “Al que con ánimo de dañar, comunique a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física o moral de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causar o cause a ésta una afectación en su honor, dignidad o reputación...”.

h) **Acumulativamente formados.**- Cuando las conductas o hechos están previstos en forma acumulativa, es decir que contengan la preposición “y”. Ejemplo: Artículo 266 del Nuevo Código Penal, referente a la Coalición de Servidores Públicos: “A los servidores públicos que, con el fin de impedir o

suspender las funciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, se coaliguen y tomen medidas contrarias a una ley...”.

Dentro de esta calificación en orden al tipo, significa que hay tipos objetivos que por alguna característica particular de uno ó más de sus elementos, denotan algún contenido de injusto (delito) mayor o menor, traducido en una pena o escala penal agravada o atenuada.

En el aspecto subjetivo de los tipos calificados o privilegiados, se ha considerado que cuando el agente supone erróneamente que en la tipicidad objetiva existen las circunstancias que fundan la agravación o atenuación, de cualquier manera habría de su parte un dolo realizador del tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en la cual estaría formalmente incursionada, tanto objetiva como subjetivamente.

Conforme a esta idea del dolo en los tipos agravados y atenuados, los errores sobre las circunstancias típicas podían resolverse satisfactoriamente en los siguientes casos:

- a) En los supuestos de falsa suposición de agravantes, la tipicidad objetiva del tipo básico impide que la imputación subjetiva exceda esa medida, de modo que no puede imputarse más que el tipo básico.
- b) En los de ignorancia de atenuantes existentes en la tipicidad objetiva, con el mismo criterio debe concluirse que la imputación subjetiva excede esa medida, de modo que no puede imputarse más que por el mismo tipo básico.
- c) En los de ignorancia de las circunstancias calificativas de la tipicidad objetiva, como de todos modos está dado el dolo del tipo básico, también debe concluirse que la imputación subjetiva debe reducir la objetiva y, por consiguiente, imputar por el tipo básico.

De lo anterior se impone considerar las reglas sobre errores en estos tipos conforme a la idea funcional del dolo y no por efecto de un juego deductivo independiente de la mera formulación legal de los tipos, frecuentemente considerados como calificados o atenuados, conforme a criterios arbitrarios del legislador o a los discutibles de los intérpretes, para ello es menester independizar las reglas de estos criterios y establecer una base cierta, conforme a la cual, en cualquier caso de escalas penales (imposición de penas) alteradas en razón de mayor o menor contenido injusto de una acción típica, el dolo como concepto, ha destinado a eliminar la responsabilidad objetiva (culpabilidad); en ningún caso debe alterar los límites señalados por la imputación objetiva y fundar una imputación subjetiva correspondiente a un injusto mayor (tanto en la falsa suposición de agravantes como en la ignorancia de atenuantes), ni tampoco pueden imputarse subjetivamente elementos objetivos que funden un mayor injusto cuando sean desconocidos por el agente.

4.- LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN LA TENTATIVA

La tentativa, como toda tipicidad, supone un aspecto subjetivo como correlación de su aspecto objetivo (que exige un principio de ejecución y una falta de consumación). En lo subjetivo se requiere el fin de cometer el delito, es decir el dolo.

La expresión del artículo 15 del Nuevo Código Penal, no puede entenderse de otro modo que como realización de la tipicidad objetiva, pues si se la entendiese en sentido estricto (conducta, típica, antijurídica y culpable), no podrían cometer tentativa aquellos que actuaran justificada o inculpablemente.

No hay un dolo de tentativa, aunque esta fórmula sea diferente de las específicas que anticipa; sin embargo, el dolo de tentativa, mirado desde el comienzo de ejecución, sólo puede llegar a equipararse con el dolo del delito consumado que anticipa en el tiempo y que media entre el comienzo de ejecución y la

consumación, lo que importa es que cuando el curso lesivo se interrumpen cualquiera de los momentos de esa dinámica, el dolo de la tentativa sea distinto al dolo de la consumación o la frustración, simplemente porque tanto lo subjetivo como lo objetivo queda abortado o incompleto.

Que el dolo de la tentativa sea distinto al de la consumación, no dice nada a favor del dolo de la tentativa, puesto que el dolo de la tentativa, pasa de ser el mismo dolo de la consumación, solo que en potencia, lo que da lugar a que sean tan distintos como lo era un niño, pasado del adulto actual, pese a lo cual ambos son la misma persona.

No se puede hablar de dolo en la tentativa, en el mismo sentido de que no puede decirse que la persona que se propone cruzar el río nadando, solo tiene el fin de ahogarse antes de llegar a la otra orilla.

Una estructura de acción semejante sería tan irracional como aquéllas que no le reconocen como contenido de la finalidad.

El *iter criminis* solo explica que lo que no se completó, todavía no es, y por lo tanto, es algo diferente a la concreción final e inversamente que lo completado desde el punto de vista subjetivo y objetivo es algo distinto, que sintetiza mediante la negación de etapas anteriores. No obstante, reconoce que lo subjetivo en la tentativa solo es idéntico al dolo de la consumación o de la frustración, como proyecto o finalidad, en un momento determinado y nada más, es decir, desde el comienzo de ejecución hasta el momento en que el curso lesivo se interrumpe sin lograr por qué fue consumido por su etapa posterior; en la consumación, la tentativa deja de ser algo real porque fue sintetizada, pero en la tentativa, la perspectiva final de consumación como proyecto, también es algo irreal, conservando solo una identidad entre el comienzo de ejecución y el momento inmediato anterior a la consumación, lo que no es otra cosa que afirmar que la tentativa es idéntica a si misma en lo objetivo, tanto como en lo subjetivo.

Como consecuencia de esta identidad, llevada a un ámbito de prohibición, que se inicia en el comienzo de ejecución y se agota antes de la consumación, este dolo tiene el mismo tratamiento que el del delito consumado, no porque sea equivalente, si no por la común naturaleza subjetiva. Siendo por ello que se dice que la tentativa tiene los mismos elementos subjetivos distintos del dolo.

5.- EL DERECHO PENAL, PROVEEDOR DE SEGURIDAD JURÍDICA

Es de todos sabido que siempre se ha planteado la dificultad para construir una teoría jurídica sobre un puro poder que no admite explicación racional. Se trata de saber si es posible programar decisiones jurídicas acerca de un poder que no está legitimado o que, al menos, no se logra legitimar unívocamente ni en toda su extensión. El Derecho Penal no tiene por tarea la legitimación de toda la criminalización y menos aún, del conjunto amplísimo del poder punitivo (negativo o represivo, subterráneo y paralelo, positivo o configurador), sino la de legitimar solo lo único que puede programar: las decisiones de las agencias jurídicas. Las agencias jurídicas no poseen el poder de criminalización primaria (que ejercen las políticas) ni el de criminalización secundaria (que ejercen las ejecutivas, junto a todo el resto del poder punitivo). En consecuencia, el único ejercicio del poder que pueden programar no puede exceder el ámbito del reducido poder jurisdiccional que ejercen sobre la criminalización secundaria. Tampoco tienen poder para neutralizar la formidable potencia de las restantes agencias del sistema penal, ni para reemplazar los modelos punitivos de decisión de conflictos por modelos que provean soluciones efectivas. En el marco de un inmenso ejercicio de poder no legitimado, las agencias jurídicas solo pueden decidir acerca del sometimiento al mismo de poquísimas personas, más o menos arbitrariamente seleccionadas, por lo general, en función de estereotipos y torpezas (operas toscas) entrenadas para su protagonismo conflictivo. Los operadores de las agencias jurídicas deben tomar decisiones en esos casos, porque de no hacerlo se extendería sin límites el restante poder de sistema penal y arrasaría con todo el Estado de Derecho. Este deber decisorio constituye su función jurídica y como tal, es racional si lo ejerce en

la medida en que su propio poder lo permite y orientado hacia la limitación y contención del poder punitivo. Siempre que las agencias jurídicas deciden limitando y conteniendo las manifestaciones del poder, propias del Estado de policía, ejercen de modo óptimo su propio poder, están legitimadas como función necesaria para la supervivencia del Estado de Derecho y como condición para su reafirmación contenedora del Estado de policía que invariablemente éste encierra en su propio seno. El modelo de una rama del derecho como programación de un ejercicio de poder que está legitimado en la medida en que contiene, limita o reduce el ejercicio de otro poder que no está legitimado, no es original en el marco general del saber jurídico, sino que ha sido precedido en buena medida por el derecho Internacional Humanitario, que se basa principalmente en los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Desde la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la guerra es un ejercicio de poder no legitimado, pero no por ello la guerra desaparece, sino que su consideración como hecho de poder, cancela la vieja disputa sobre la guerra justa. El saber de los juristas no suprime los poderes ilegítimos, porque solo puede programar el ejercicio del limitado poder de las agencias jurídicas. En el caso del Derecho Internacional Humanitario, está claro que los órganos de aplicación del mismo – principalmente la Cruz Roja Internacional- no tienen poder para evitar ni detener las guerras, sino únicamente para limitar y contener parte de su violencia, y esto es justamente lo que hacen y lo único que se les puede exigir que hagan. Nadie duda de la legitimidad ni de la racionalidad del derecho Internacional Humanitario, precisamente porque se trata de un programa de limitación y contención de un hecho de violencia irracional y deslegitimado. Lo irracional sería exigirle que programe lo que no tiene poder para realizar: La desaparición de las guerras del planeta.

La idea de que la pena es extrajurídica y tiene semejanzas con la guerra que no es nueva. En América fue sostenida en el siglo XIX por uno de los penalistas más creativos (Barreto, Tobías), que con toda claridad afirmaba que el concepto de pena no es un concepto jurídico, sino un concepto político y agregaba, quien

busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra. Siguiendo esta línea, el Derecho Penal puede reconstruirse sobre un modelo muy semejante al derecho humanitario, partiendo de una teoría negativa de toda función manifiesta del poder punitivo y agnóstica respecto de su función latente: la pena (y todo el poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar. Resulta racional una teoría del Derecho Penal que lo programe para acotar y para reducir el poder punitivo, hasta el límite del poder de las agencias jurídicas, pues se orienta hacia lo único posible dentro de su ámbito decisorio programable. No se pretende legitimar el poder de otros, sino legitimar y ampliar el poder jurídico que es el único cuyo ejercicio puede orientar, dado que las agencias jurídicas no disponen de otro en forma directa.

De lo anterior se puede inferir que dentro del poder punitivo del Estado, la sociedad mexicana necesita de jueces más preparados y capaces para hacer frente al puesto que desempeñan, y no quedar los nombramientos al capricho o compadrazgo, esto es, que la Universidad Nacional Autónoma de México (por ser la máxima casa de estudios) avale los exámenes que sean practicados a los aspirantes a jueces de primera instancia, tanto a los de Distrito como a los del fuero común, siendo en la especie un Consejo autónomo el que evalúe los conocimientos de estos aspirantes, mismo que deberá quedar integrado por un profesor emérito de la facultad de Derecho, un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un abogado postulante (únicamente de la materia en que se va a desarrollar el examen, esto es, en materia civil, penal, administrativa, laboral etcétera), un profesor de psicología de la dicha Casa de Estudios y por último un Magistrado de Tribunal Colegiado, para que al final de cada examen se desarrolle una deliberación, en un plazo no mayor a una hora, después de practicado éste. Siendo a desarrollarse los exámenes en dos fases: uno escrito, de conocimientos generales de todas las materias del derecho, así como la elaboración de una sentencia a un caso concreto y el otro, oral, de la materia por la que se va a concursar. Lo anterior constituirá una mayor garantía de rectitud y de justicia y no

como hasta ahora lo es, un divorcio de los principios democráticos liberales que consagra nuestra Constitución. De esta manera se puede abanderar el tan soñado Estado Social y Democrático de Derecho, donde solamente los más aptos llegarán a impartir la justicia tan anhelada por nuestro gran país que es México.

De todo lo anterior se puede concluir que la afirmación del Derecho consiste en realizar determinados valores, por lo que no es posible comprender su función social cuando no se toman en cuenta los fines a los que debe servir, siendo bien vistas las cosas, la raíz del iuspositivismo y la doctrina del Derecho Natural permiten descubrir la relación dialéctica entre las diversas pautas de validez y dan sentido al anhelo de que su aplicación conduzca al establecimiento de un orden, que resulte a un tiempo eficaz y justo.

CONCLUSIONES

1.- El ilícito alcanza su mayor grado donde el autor asume la posibilidad de que ya sea inevitable la consumación.

2.- Así como el ilícito se funda en el dolo, la exclusión de ilícito se produce exclusivamente por el error.

3.- La evaluación errónea de los presupuestos de justificación, da lugar en algún caso a una responsabilidad por imprudencia.

4.- El desarrollo del plan de acción que tiende a lesionar un bien jurídico expresa, en su momento, un parámetro de disvalor ascendente y alcanza su mayor punto de partida en la pérdida de control sobre el hecho, siendo donde pierde el dominio del hecho, el lugar en donde se alcanza el final del delito, y a partir de este momento ya no se puede arrepentir o desistir.

5.- Tanto el Nuevo Código Penal, como el Código Penal Federal, no cuentan con alguna de las teorías que se han estudiado en la presente, sino que existe una mezcla de ellas y por ello no es fácil su adecuación, en el primero como ya se dijo, se encuentra en el artículo 4 y en el segundo, en el artículo 9 párrafo primero.

6.- El Nuevo Código Penal, carece de exposición de motivos y el Federal de 1931 también, dado que esta exposición de motivos debe ser apreciada para poder observar qué teoría es en la que se basó el legislador para desarrollar un Código Penal.

7.- Es menester que tanto los Ministerios Públicos y Jueces Penales, se actualicen en sus conocimientos, para no seguir creando impunidad o abuso dentro de la función que les tiene encomendada la Constitución.

8.- Siendo de señalar que el Estado aún cuenta con Instituciones extralimitadas en sus atribuciones, poco acostumbradas a la competencia y exigencia, obsoletas e insuficientes para combatir con éxito el crimen organizado y violento, por lo que debe sofisticarse al nivel que lo ha hecho el delincuente.

PROPUESTA DE TESIS

Dentro de la teoría del delito en nuestra Entidad Federativa se habla en el Nuevo Código Penal de los criterios de imputación subjetiva, como lo hace el artículo 4, al referir que la acción u omisión pueden ser consideradas delictivas, cuando lesionen o pongan en peligro sin causa justa el bien jurídico; dicho precepto menciona también el principio del bien jurídico tutelado, el cual puede ser lesionado o puesto en peligro, sin embargo, por lo que se refiere al final de la gravedad de éste, cabe advertir que no estamos ante un Derecho Penal de peligrosidad, sino de acto, debiendo tomar en consideración que no es posible que un Código Penal como el de esta entidad, mencione la política que desarrollan nuestros gobernantes, al decir en la mencionada exposición de motivos que se debe retomar el sentido inhibitor y persuasivo de la legislación penal, para recomponer socialmente a la ciudad de México, olvidando en todo momento que la ciudad no esta descompuesta, si no que la criminalidad que vivimos en ella ha superado la acción del Estado como consecuencia de las ineptitudes de los mismos gobernantes, y no se puede recomponer como ellos mismos lo dicen, porque con la promulgación de un Código Penal sin política criminal que es, la idea fundamental de los principios (como el de humanidad referente a la prohibición de las penas aplicadas con crueldad y sus consecuencias- muerte, castración, esterilización, amputación, etc.- principio de *non bis in idem*, relativo a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, principio de legalidad, principio de culpabilidad, que indica que nadie puede ser sujeto a una pena hasta que no se demuestre que efectivamente cometió el delito, etc.) sobre la lucha

contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y la medida de seguridad, como es el caso, que debió observar tanto las medidas de seguridad, post delictuales y predelictuales, para lograr efectos en las medidas de seguridad individuales y generales, incluso se atrevió a decir la Asamblea Legislativa que no fue un acto legislativo el Código de 1931, empero, si no fuese así, entonces, porque no han dejado en libertad a todos y cada uno de los sentenciados que se encuentran presos y que fueron procesados con ese Código de acuerdo al principio de legalidad, establecido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, *Nullum crimen, Nulla poena Sine lege*; apreciándose que lo que trata la Asamblea Legislativa es de manifestarse políticamente y tratar de justificar un trabajo tan burdo, de escaso de conocimiento jurídico. Incluso pone de manifiesto su sentido proselitista al mencionar en la misma supuesta exposición de motivos que la urgencia para que se legisle en materia penal no es del Gobierno del Distrito Federal o del Partido de la Revolución Democrática, sino de la sociedad. Es necesario señalar que dicha exposición de motivos del mal llamado Nuevo Código Penal como se ha venido indicando, pues si se hace otro Código Penal ahora se llamaría “Segundo Nuevo Código Penal”, por lo que entonces este Código Penal que actualmente nos rige, se encuentra carente de motivos por los cuales se realizó, aunado a que en el punto 4 de la Exposición de Motivos referente a MEJORES INSTRUMENTOS PARA LA PERSECUCIÓN DE LA DELINCUENCIA en el párrafo quinto se indica que se amplía la conducta delictiva de los encargados o empleados de centros de reclusión que cobren a cambio de sus servicios cualquier cantidad, no sólo a los familiares de los internos, sino también a sus visitantes, lo que a la fecha sigue igual, puesto que se siguen

cobrando dádivas y peor aún, ahora se cobra en los estacionamientos de los centros de prevención y readaptación social una cuota, dizque para mejorar los servicios penitenciarios, los que continúan en los mismos términos. Asimismo el propio Gobierno del Distrito Federal que tacha al poder Federal de ineptitudes en sus discursos, cae el mismo en esos supuestos, es decir, en el número 6 de la mencionada exposición de motivos en el párrafo onceavo indica que se modifica la descripción del delito de corrupción de menores, para ampliar la protección a las niñas y niños, siendo necesario establecer que quedaría mejor la denominación de forma genérica a los infantes y no como se indica en dicha exposición. Por lo que es necesario que para que una reforma sea eficaz, debe inspirarse la misma en la realidad social y en la política criminal (referentes al delincuente, a las penas y medidas de seguridad), sin descuidar por ningún concepto la técnica, que ha servido para elaborar los ordenamientos positivos de mejor calidad, siendo los anteriores solamente algunos de los errores que se encuentran en esta legislación, pues si se mencionan a todos sería motivo de otro estudio.

Otro Código Penal donde se abarque todos y cada uno de los puntos señalados en la tesis, es decir elaborar otro Nuevo Código Penal, que contenga exposición de motivos, y no como la que se realizó tan somera, esto para saber a que Escuela nos encontramos adheridos, puesto que el Nuevo Código Penal quedó peor que el de 1931, y sería mejor que se hiciera un Código Penal para toda la República y no como sucede en estos tiempos, que cada Estado maneja uno diferente, dejando pasar por alto los criterios de política Estatal que manejan los

gobernantes, porque el avance de un Código Penal, señala el avance de un pueblo.

Tomando en consideración todos y cada uno de los conceptos de la imputación subjetiva e imputación objetiva (culpabilidad), así como el sistema bicarrial de las penas y medidas de seguridad, esto es, que al sentenciado se le imponga una pena (pecuniaria o privativa de libertad) y una medida de seguridad (postdelictual, como lo sería un trabajo en favor de la comunidad no remunerado, asistencia a talleres o cursos de psicología, etc.).

Nuevo Código Penal que contraviene además lo señalado en el artículo 52 párrafo primero (referente a la culpabilidad del procesado) del Código Penal Federal, dado que este último nos indica sobre la culpabilidad del delincuente y no sobre la peligrosidad del mismo, en donde, como ya se dijo, el Juez tiene que tomar en consideración al momento de dictar una sentencia condenatoria ese principio de culpabilidad.

Debiéndose observar que todas las instituciones que intervienen en el aparato judicial, se encuentren preparadas y organizadas sofisticándose al nivel que lo ha hecho el delincuente. Pues en esto la percepción es negativa, al afirmarse que se encuentra la sociedad a una delincuencia organizada, peligrosa y violenta, contra instituciones convencionales, rezagadas y debilitadas.

Al contar con Instituciones tan extralimitadas en sus atribuciones, tan poco acostumbradas a la competencia y exigencia, obsoletas e insuficientes para combatir con éxito el crimen organizado y violento, tan poco estrictas en sus procedimientos y trámites internos, lo que genera corrupción, abandono de responsabilidades y ausencia de medios de autocontrol y control social, en resumen, la vida institucional actual no responde a las necesidades sociales que se plantean y que pueden enumerarse de la siguiente manera:

- a) debe existir una política criminal firme, que brinde certidumbre y seguridad jurídica;
- b) debe ampliarse la infraestructura penitenciaria, evitar el abuso de la pena de prisión, abrir alternativas penales, incentivar el trabajo de reos que cuentan con penas de larga duración, establecer penas cortas y trabajos forzados, combatir la reincidencia;
- c) debe acotarse la actividad del Ministerio Público, evitando abusos, extralimitaciones y uso de sus facultades en beneficio del Gobierno y ver más por la sociedad, perfeccionando su capacidad de investigación criminal.;
- d) la policía judicial debe dedicarse solamente a auxiliar la investigación de delitos específicos y no al patrullaje abierto, que para eso se encuentra la Secretaría de Seguridad Pública.

Además de necesitar nuestro sistema de procuración e impartición de justicia de una reforma establecida para el nombramiento de los Ministerios Públicos en general, como para los jueces y el personal que labora en dichas instituciones, así

como la adecuada capacitación para el mejor desempeño de sus labores, como ya se dijo en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALCOBIZ, Fray Andrés de. *Mitos e Historias de los Antiguos Nahuas. Historia de los Mexicanos por sus Pinturas*, Editorial CONACULTA, 2002.
- 2.- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- 3.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- 4.- _____. *Introducción al Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- 5.- CÓRDOBA RODA, Juan. *Una Nueva Concepción*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1963.
- 6.- DÍAZ ARANDA, Enrique. *El Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- 7.- DÍAZ PALOS, Fernando. *Dolo Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España, sin fecha de publicación.

8.- DÍAZ PITA, María del Mar. *El Dolo Eventual*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1994.

9.- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los Elementos Subjetivos del Delito*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1990.

10.- FERREIRA D. Francisco José. *Teoría General del Delito*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1988.

11.- FLETCHER, George P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1997.

12.- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos Cualificados*, Editorial Reus, Madrid, España, 1966.

13.- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1988.

14.- JAKOBS. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Mellá, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

15.- JAKOBS. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

- 16.- JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993.
- 17.- _____. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, traducido por Muñoz Conde y Mir Puig, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981.
- 18.- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Volumen I, El Derecho Penal – El Delito; Segunda reimpresión de la segunda edición, traducción por el padre José J. Ortega Torres, Editorial Themis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- 19.- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La imputación Objetiva del Resultado*, Cuadernos de derechos Judiciales, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- 20.- MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*, Parte General, traducción por Jorge Bofill Genssch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- 21.- MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, traducción de Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1937.
- 22.- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, España, 1996.
- 23.- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, España, 1993.

- 24.- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.
- 25.- RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa. *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Editorial Gráficas Arias Montaña, Madrid, España, 1994.
- 26.- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención*. Editorial Bosch, Barcelona España, sin edición, traducción de Francisco Muñoz Conde, 1980.
- 27.- _____. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
- 28.- _____. *Teoría del tipo penal*, Editorial Bosch Barcelona, España, 2000.
- 29.- SANCINETTI, A. Marcelo. *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- 30.- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Reus, S.A., Tercera Edición, Traducido de la 20ª edición por Luis Jiménez de Azúa, Madrid, España.
- 31.- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2ª edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

32.- _____. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, traducción de Cerezo Mir, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1964.

33.- WESSELS, Johannes. *Derecho Penal, Parte General*, traducción del Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.

34.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Cárdenas, México, 1991.

35.- _____. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, Editorial Cárdenas, México, 1988.

DICCIONARIOS

1.- DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 18ª Edición, México, 1992.

2.- *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, Editorial Porrúa, S. A., 4ª Edición, México, 1999.

3.- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa, 22ª Edición, Madrid, España, 2001.

4.- RUNES, Dagobert. *Diccionario de Filosofía*, Tratados y Manuales, Grijalbo, México, 1969.

LEGISLACIÓN

1.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, 152^a Edición, México, 2006.

2.- *Compilación Penal Federal y del DF*; Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2007.

3.- *Código Federal de Procedimientos Penales Anotado*, Cárdenas Editor y Distribuidores, México, 1986.

4.- *Código de Organización y Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios* del 15 de diciembre de 1929.