



CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO

I. EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO

Para comprender el todo en sus partes debemos partir del origen de las cosas y entenderlas incluso en sus partes. Por ello, el punto de partida en el presente estudio lo constituye “el ser humano”, entendido éste como “ser social”, mismo que en su diaria interacción con otros “seres sociales” fue gestando la necesidad de un ente que regule dichos comportamientos individuales, los cuales se encuentran dirigidos en y hacia una colectividad.

Así surge el derecho, se gesta a partir de las realidades humanas, y atento a éstas va cambiando, se va adecuando; por lo que solamente en su capacidad de movilidad o adaptabilidad es que el derecho podrá coexistir con y para el propio ser humano. Sin embargo, como ente mismo, el derecho, y en concreto el derecho penal, tiene su propia complejidad, no solamente en cuanto a su dinámica sino respecto a su estructura, siendo la *teoría del delito* la que nos auxiliará en el camino trazado por éste, teniendo en cuenta que, tal como lo define Bacigalupo, “la teoría del delito es un *instrumento conceptual* para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en ley”.¹

Será, pues, gracias a este *instrumento conceptual* que se estará en capacidad de determinar si una conducta humana se adecua o no al calificativo de *delito*, así como de abordar el concepto de *dolo*, mismo que en el transcurso de la historia ha revestido innumerables análisis, y marcado importantes cambios estructurales en la propia teoría del delito, los cuales no han sido caprichosos, sino que han respondido a su propio contex-

¹ Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Akal, 1990, p. 86.

to cultural, político, económico, social, religioso, temporal, en una palabra, a la realidad humana de la época.

El dolo en los diversos sistemas de derecho penal

El hombre es producto de su propia historia, por lo que en el devenir histórico la ciencia del derecho penal ha enfrentado diferentes realidades, ante las cuales se han ofrecido variadas soluciones, todas ellas adecuadas a su propia problemática; motivo por el cual “en la historia del pensamiento penal se han dado diferentes intentos de síntesis, que difieren entre sí por la intensidad relativa que se atribuye a cada principio en la elaboración del sistema penal”.² Así, dicha ciencia ha caminado por diferentes corrientes del pensamiento filosófico, mismas que han influido en el pensamiento jurídico; de las cuales se puede concretar un estudio sistemático en tres ejes principales: causalismo, finalismo y funcionalismo; corrientes que referiremos en forma somera por no ser el tema central de este trabajo, pero que de manera concreta debemos tener presentes, a fin de analizar y valorar la evolución que los estudiosos del derecho han alcanzado.

Cada una de estas tres corrientes del pensamiento filosófico ha ubicado y entendido en forma distinta el actuar humano, así como la necesidad o merecimiento de la pena y la forma en cómo se debe fijar el *quantum* de la misma; incluso, se ha llegado a distintas concepciones en torno a la sociedad, lo cual lleva a conceptualizar de distinta forma al *delito*, así como su estudio y concreción; por lo que antes de definir el concepto de *dolo*, y definir una postura al respecto, es preciso circunscribir dicho concepto con base en cada una de las distintas épocas en que ha vivido el ser humano, pues sólo así estaremos en capacidad de atender a la realidad, la cual, si bien se basa en sucesos históricos, deberá ser capaz de resolver las realidades presentes. Por lo que a continuación se citarán los puntos trascendentes de cada una de estas etapas históricas.

A. Causalismo

La corriente del causalismo se ubica en la etapa del pensamiento llamado naturalismo, y se sustenta en dar crédito solamente a aquello que

² *Ibidem*, p. 81.

era captado por los sentidos. En esta época la conducta era considerada bajo una concepción puramente objetiva, tal como lo sostenía Franz Von Liszt, al definir la *acción* como una mera “inervación muscular voluntaria que produce un resultado”, y al *acto* como “la voluntad objetivada”; agregando que “no existe, por consiguiente, acto, cuando alguno causa daño en cosas de otro durante un ataque de epilepsia; cuando se halla imposibilitado, por un desvanecimiento, de cumplir un deber, o cuando obra violentado por fuerza irresistible”.³ Agregando que entre dicha inervación muscular y el resultado producido por ésta debería existir un nexo causal; es decir, una relación directa entre el resultado y la causa de éste. De ahí le deviene el término “causalismo”.

La doctrina penal causalista, preocupada por constituir una teoría jurídica del delito con base en la categoría de la acción, ubicó a la conducta en el *centro del sistema*, pero al darle valor preponderante a la causalidad sobre la voluntariedad de la acción, relegó al *dolo* hasta un tercer nivel del sistema: la culpabilidad; de tal manera que fue el *desvalor de resultado* quien vino a ocupar el *centro* (punto de equilibrio) del sistema penal causalista.⁴ Por lo que, atendiendo al concepto *monista* objetivo del injusto, éste vino a conformar solamente por elementos objetivos, y toda vez que esta corriente se basa en la observación, se entendía que el derecho penal reaccionaba solamente ante la creación de *resultados*, por lo que era igualmente el *desvalor de resultado* el elemento configurador del injusto.

Etapas del pensamiento en que, como sostiene Armando Urosa,

logra un método estructurado con la acción de modo causal-objetivo que debe formalmente romper el orden jurídico y cuya valoración del autor y componentes subjetivos del delito recaen en la culpabilidad, creando un sencillo modelo de estudio teórico del delito y didácticamente ventajoso que cumplía con las expectativas positivistas que imperaban a finales del siglo XIX, sin que haya considerado al tipo penal como elemento clasifi-

³ Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal. Tomo II*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 285.

⁴ Schünemann, Bernd, *cit.* por Quintino Zepeda, Rubén, *Perspectivas penales*, México, ActO-concretO, 2000, p. 11.

catorio del delito, pues éste fue reconocido y admitido como elemento sistemático y esencial del ilícito después de Beling en 1906.⁵

Con base en las aportaciones propias del causalismo, y a las grandes aportaciones de Von Liszt, es que se logra evolucionar hasta llegar a 1906, época en que Beling, estudioso del derecho, aporta, a la teoría del delito, la creación del *tipo* y sostenía que éste

es objetivo y libre de valorar (no valorativo)... El *tipo* es un puro objeto de valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad, para poder afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad⁶ [conservándose una postura puramente objetiva].

Posterior a esta etapa del causalismo natural de Von Liszt y Beling surge el causalismo valorativo, influenciado por los neokantianos, impregnando al derecho penal de influencias axiológicas con carga valorativa. Por lo que sostenían que el *dolo* no está necesariamente en la culpabilidad, generando una carga subjetiva a nivel de antijuridicidad. Aun cuando seguían considerando un *tipo penal* como puramente objetivo, ya se empiezan a considerar los elementos normativos y los elementos subjetivos distintos al dolo, y situando al dolo y la “imprudencia” en la culpabilidad, como elementos subjetivos del *tipo*. El causalismo valorativo se encuentra notablemente influenciado con la aportación de los elementos subjetivos distintos al dolo (ánimos, intenciones, etcétera); factores que solamente servían para graduar la culpabilidad, llegando al análisis del *dolo* con la sola integración de un tipo avalorado.

B. *Finalismo*

Hacia 1930, como respuesta a las contravenciones que para el derecho implicó la escuela de Kiel en Alemania, y en busca de reivindicar la dig-

⁵ Urosa Ramírez, Gerardo Armando, *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, México, Porrúa, 2002, p. 25.

⁶ Beling, Ernest von, *cit.* por Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 8 y 9.

nidad del ser humano, surge la corriente finalista, cuyo principal precursor fue Hans Welzel, quien sostenía:

la acción humana es ejercicio de actividad final... La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines.⁷ La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera “voluntariedad”. La “voluntariedad” significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor... A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas.⁸

Sin duda, estos postulados dieron un gran vuelco a la concepción misma del ser humano, y, por consecuencia, influenciaron notablemente las concepciones y estructuras jurídico-penales; de tal suerte que surge un gran cambio en la ubicación sistemática de los elementos subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo), los cuales en corrientes anteriores eran estudiados en la culpabilidad, y a partir del finalismo su valoración se sitúa en el *tipo penal*, teniendo por consecuencia un juicio con contenido final de acción y una voluntad “vidente”, con sentido (dejando atrás la voluntad “ciega” de los causalistas). Y, por consecuencia, la culpabilidad viene a integrarse con elementos meramente normativos.⁹ Con ello no solamente se llega al traslado del dolo y la culpa (antes situados en la culpabilidad), al *tipo penal*; sino que además superaba la

⁷ Welzel, Hans, *cit.*, en *ibidem*, p. 45.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁹ *Ibidem*, p. 53. “La teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos... (pues)... toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—; ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo... empero, se debe precisar que... el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... de ahí que éste se conciba como la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.

anterior idea de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad y que en el *tipo penal* no existía nada que no fuera objetivo.¹⁰

Debido a estos cambios en la estructura del delito es que la dogmática finalista concibe que “el *centro* del sistema final se corresponde con el *desvalor de la acción*”;¹¹ de donde obtenemos que sea “el *dolo* quien ocupe el punto central del sistema”.¹² Dejándole de interesar al derecho penal las acciones por sí mismas, para atender las acciones con un sentido humano y social.

C. *Funcionalismo*

Aún no superado el finalismo, a partir de 1970, surgen autores como Claus Roxin y Günther Jakobs, quienes tienden las líneas para el nacimiento de la corriente funcionalista. El primero de los autores citados aporta un funcionalismo estructural (más ecléctico o moderado), quien, bajo la concepción de un sistema abierto, logra vincular al derecho penal con la política criminal, sosteniendo que “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del derecho penal”.¹³ Y el segundo de los mencionados, aporta un funcionalismo sistémico (normativizado y un tanto “radical”); para quien la “*prevención general positiva* únicamente tiene por objeto mostrar que lo correcto *es confiar en la vigencia de la norma*; entendiéndose por vigencia de la norma, la estabilidad sobrevinida por la pena frente a la defraudación de una expectativa normativa de carácter penal”.¹⁴ De ahí que Jakobs sostenga que la misión del derecho penal es la estabilidad y restablecimiento de la norma.

¹⁰ Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 67.

¹¹ Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 4, p. 14.

¹² *Idem*.

¹³ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 33. “La vinculación al derecho y la utilidad político criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal”.

¹⁴ Jakobs, Günther, *cit.* por Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, nota 4, p. 309.

En esta corriente se sigue manteniendo el dolo y la culpa (como elementos subjetivos) dentro del *tipo penal*; sin embargo, se analiza el actuar humano bajo el lente de la teoría de la imputación objetiva.¹⁵ Esta teoría atiende al concepto normativo de la conducta, misma que presupone un conocimiento *ex ante* sobre los elementos objetivos del *tipo penal*, pero que debe ser analizada bajo los principios de *riesgo permitido*, *principio de confianza*, *prohibición de regreso* y *competencia de la víctima*. Entendiendo, entre otras cosas, que cada individuo desempeña un rol en la sociedad, y será con base en dicho rol que habrá de responsabilizarse dentro de la sociedad. Teoría que se analizará en capítulos subsecuentes, por ser, en la dogmática actual, “punta de lanza” para la interpretación de las estructuras jurídico-penales de nuestra época.

Con estos nuevos planteamientos surgen posturas como las de Canció Melia, quien opina:

Luego de haber argumentado la evolución del elemento subjetivo del delito, nos hemos percatado que estamos ante una normativización de todas las categorías del delito, y no es ajena a ella el tipo penal, donde precisamente se encuentra el *dolo*; cuya problemática actual está determinada por la relación normativa con la imputación objetiva y la búsqueda de la *relevancia del elemento cognitivo en desmero del volitivo*, cada una de éstas ya no en un sentido psicológico, sino netamente normativo.¹⁶

Como se ha analizado, aun de manera breve, y con la oportunidad de circunscribir cada corriente a los albores de su época, se puede comprender la necesidad de un derecho cambiante, un derecho capaz de evolucionar.

¹⁵ Cfr. Morales Cauti, Julio César, “El dolo como conocimiento. Estado actual del tipo subjetivo”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional del Derecho Penal y Criminología*: “Las limitaciones ontológicas del finalismo fueron duramente criticadas por Claus Roxin, cuyo pensamiento significó un avance cualitativo en cuanto a la sistematización de la teoría del delito y cuyo máximo aporte es según muchos, la sistematización de la teoría de la imputación objetiva, y la relación que establece entre ésta y el tipo subjetivo, pues Roxin determina que la imputación objetiva es el mismo tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos, pero entiende a estos últimos desde una perspectiva voluntarista, que en sus términos no serían sino, «el saber y querer la realización de los elementos del tipo objetivo», y que en la problemática del dolo eventual y la culpa consciente, utiliza un criterio psicológico como es la «realización del plan»; esta perspectiva de análisis del tipo subjetivo, ha sido duramente criticada, especialmente luego de la publicación de la obra de Wolfgang Frisch”.

¹⁶ *Idem*.

nar, toda vez que las realidades y necesidades del ser humano también van cambiando, y actualmente, más que nunca, nos encontramos ante una sociedad compleja, lo que implica voltear hacia la historia, pero con los ojos del presente, mismos que se proyectan hacia el futuro, ya que sólo así se entenderán las nuevas realidades humanas, las cuales ya no dependen de su propia individualidad, sino que se corresponden a relaciones supraindividuales, y concatenadas con los factores de riesgo que cada una de nuestras conductas pueda detonar en beneficio o perjuicio para la colectividad.

Esta nueva realidad sociocultural nos permite analizar la trascendencia de la integración del dolo, mismo que presupone un elemento sustancial en la sistemática del delito; la cual habrá de adecuarse a nuevos contextos sociales, así como a los nuevos factores de riesgo, incluso de la actual salvaguarda de los delitos *de peligro*, por demás reconocidos y tutelados en nuestro actual sistema de derecho penal.

II. INTEGRACIÓN ACTUAL DEL DOLO

Como se ha analizado en párrafos anteriores, a través de la historia el *dolo* se ha entendido e integrado con diversos contenidos y, por consecuencia, se ha ubicado en distintos niveles del estudio sistemático del delito. Actualmente, la postura mayoritaria concibe a éste como un elemento subjetivo integrante del *tipo penal*, que a su vez se compone “invariablemente” (para la mayoría) por dos elementos: el *cognitivo* (el conocer) y el *volitivo* (el querer), los cuales en la medida que se circunscriban en el actuar humano harán posible que del análisis se desprenda la concreción de una conducta *dolosa*, y por tanto, permitirnos avanzar hacia el estudio sistemático de la misma, es decir, al análisis de la antijuridicidad. Para el funcionalismo sistémico de Jakobs, “la función que cumple el lado subjetivo del hecho es la de servir a la realización del fin de la pena, consistente en el mantenimiento de la vigencia de la norma y, en este sentido, en la prevención general positiva”.¹⁷

Se han realizado diversos estudios en torno al contenido del dolo, por ser éste uno de los ejes rectores para entender el contenido real del actuar humano, sin embargo, dada su carga subjetiva, siempre ha revestido gran

¹⁷ Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 127.

problema la constatación del mismo, permitiendo que su “difícil” comprobación, o su “fácil” desvirtuación, produzca impunidades e injusticias en el ejercicio del derecho penal. Por lo que, para emitir un criterio sustentado en cuanto a la integración del dolo con los elementos antes mencionados, se analizará el contenido e importancia de cada uno de ellos.

1. *Elemento cognitivo*

El ser humano, como ente pensante y racional, debe ser entendido como una persona capaz de conocer su realidad individual y social; la base de dicho conocimiento le dará la facultad y capacidad de tomar decisiones autoresponsables.

Por ello, a partir de que se supera el causalismo naturalista (el cual entendía el actuar humano como mera inervación muscular), y se reconoce en las conductas humanas el contenido valorativo que caracteriza a cada una de ellas, es que se responsabiliza al sujeto de su actuar consciente, ya que dejamos de ser meros factores de movimientos para reconocernos como seres dotados de trascendencia. Y en donde nuestros actos individuales están concatenados con los factores sociales y, por tanto, formando un binomio inseparable y coresponsable que denominaremos: “individuo-sociedad”, gestándose así el “ser social”.

Esta evolución, en aras del razonamiento humano, generó importantes avances para el derecho penal y su capacidad de entender las conductas humanas. A la vez, significó la emancipación propia del individuo, y con ello todo lo que implica dejar de ser una persona incapaz de dotar de sentido sus movimientos y tomar sus propias decisiones, para convertirse en una persona responsable de sus actos. Así, actualmente, el elemento del conocimiento como parte integrante del dolo es defendido por la dogmática en general, aun cuando en la evolución de la ciencia del derecho, el concepto del “conocimiento” ha tenido diversas aristas, matices y límites; los cuales, sin embargo, siguen conservando una misma esencia, pudiendo apreciarse en posturas sostenidas por estudiosos del derecho como Beling, quien, inserto en la corriente causalista, sostenía que:

para que exista dolo, el autor debe... *haber conocido las circunstancias de hecho que pertenecen al delito-tipo...* siendo necesario solamente el conocimiento de las “*circunstancias de hecho*”, que contempladas jurídicamen-

te, reproducen la imagen del delito-tipo legal. “Circunstancias del hecho” significa estado de cosas puramente objetivo; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito tipo).¹⁸

Lo anterior deja clara la postura objetiva del dolo sostenida por Beling.

A la fecha, el “conocimiento” sigue siendo la base para poder calificar una conducta como dolosa, toda vez que, atento a ello, se podrá determinar si el sujeto ha actuado motivado o no por la norma, y si la conducta desplegada por éste ha sido dirigida con conocimiento, pero sin motivación o con indiferencia a la norma; supuestos en los que se estará ante una conducta que ha incrementando el riesgo social, precisamente por la conciencia y capacidad de raciocinio frente a sus propios actos; análisis planteado en la teoría del riesgo desarrollada por Frish, misma que se analizará en el siguiente capítulo.

Respecto a la trascendencia del elemento cognitivo del dolo, Gimbernat manifiesta estar de acuerdo con la posición absolutamente dominante, y sostiene que:

Son dolosas las consecuencias que se saben necesariamente unidas al resultado directamente perseguido; no importa que ahí no pueda hablarse en sentido estricto —aunque sí, tal vez, en un sentido jurídico— de voluntariedad: lo que importa es que la conciencia del autor de la “necesidad” de tales consecuencias supone un comportamiento de especial gravedad y que la ley quiere castigar lo especialmente grave como “doloso”. Por ello, también, por la grave reprobabilidad del comportamiento, deben imputarse como dolosas aquellas consecuencias cuya producción el sujeto estimó que con suma probabilidad irían vinculadas al resultado que directamente perseguía. Esta conducta es tan grave que su calificación de dolosa no puede desaparecer porque el sujeto se diga: Si en vez de haber noventa probabilidades entre cien hubiese un ciento por ciento, no actuaría.¹⁹

Queda claro que una vez insertado el dolo y la culpa en el tipo penal se dotó de contenido valorativo al tipo, y se insertó el dolo en éste último; empezándose a concebir al dolo con contenido necesariamente cog-

¹⁸ Beling, Ernest von, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia, 2003, pp. 76 y 77.

¹⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 193.

nitivo y volitivo, tal como hasta la fecha lo sigue sosteniendo la mayoría, independientemente que se atiende a los diferentes “niveles” de dolo (dolo directo o dolo eventual), pudiéndose comprender, hasta el momento, que será con base en dicho conocimiento que el sujeto podrá valorar su conducta y determinarse conforme a ésta.

A. Elemento cognitivo como punto toral del dolo

En páginas anteriores nos hemos referido al término dolo en forma general, sin hacer alusión a la diferenciación que se presenta entre dolo directo y dolo eventual; pues realmente en nuestra legislación no se especifica la diferencia gradual del reproche y consiguientemente de la sanción correspondiente a ambos dolos, sino que del artículo 9o. del Código Penal Federal se desprende que: “obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

Con la ayuda de la dogmática jurídico-penal es que se pueden extraer, de un determinado precepto legal, los factores que diferencian al dolo directo del dolo eventual. Sin embargo, partimos del hecho que entre ambos existe un común denominador: el elemento cognitivo; toda vez que, indistintamente, se requiere que el sujeto conozca los elementos objetivos del tipo penal. Incluso, si nos enfocamos al análisis del tipo penal de *lege lata*. Tal como comenta Morales Cauti:

en ningún momento se hace referencia alguna al elemento volitivo, más si de alguna manera se puede deducir, que el elemento cognitivo es propio de la conducta dolosa, ello se deduce del *error de tipo*, cuando se sostiene que una conducta no puede ser atribuida a título de dolosa, si se desconoce algún elemento del tipo objetivo, por lo que se concluye de *lege lata* que un elemento configurador del dolo es el conocimiento, pero además de una argumentación de *lege lata*, es necesario fundamentar dicho argumento con postulados propios de la dogmática penal.²⁰

De tal suerte que el punto toral para la integración del dolo lo constituye el elemento cognitivo (entendido como la capacidad y factibilidad de conocer o prever, siendo en este último verbo subsumido el primero,

²⁰ Morales Cauti, Julio César, *op. cit.*, nota 15.

ya que solamente se puede prever aquello que se conoce), y únicamente se marcará la diferencia del actuar humano, en tanto dolo directo o eventual, dependiendo si “quiere” o “acepta” (respectivamente) el resultado; aspectos de carácter volitivo que se analizarán más adelante. Pero ello no evitará la conformación del dolo que por sí ya está dado por el multicitado elemento cognitivo.

¿Será la diferenciación en el ámbito volitivo, suficiente para atenuar la conducta del sujeto y, por consecuencia, el riesgo generado hacia el sano desarrollo del hombre en sociedad?; es decir, al individuo que, formando parte de un colectivo social, se encuentra amenazado por el riesgo que presupone el uso de sustancias tóxicas emanadas de una fábrica textil, ¿le interesará que los sujetos que participan en dicha organización del riesgo “quieran” o simplemente “accepten” producir dicho riesgo a la colectividad? ¿No le interesará más bien a dicho sujeto pasivo (o víctima) el riesgo que de *facto* está generando en su salud el incremento del riesgo, producto de dicha organización? ¿Acaso el riesgo o lesión que sufre la colectividad tiene alguna diferencia real con base en el “querer” o “aceptar” del sujeto, que ya con pleno conocimiento sobrepasa los niveles de riesgo permitido? o, yendo aún más lejos, ¿será la sociedad quien tenga que soportar los riesgos que genera la “indiferencia” de quien, con pleno conocimiento de su actuar, simplemente se determina a hacerlo? Realidades que, dada la delgadísima línea delimitadora entre dolo eventual y culpa con representación, nos pueden conducir a dar como respuesta o “defensa”, esta última (es decir, una culpa con representación); con la problemática que reviste la incapacidad de imputar una responsabilidad penal, ante la falta de punibilidad que presupongan los límites fijados por los *numerus clausus*.

Esta realidad viene a generar la no remota hipótesis de que los sujetos que participan en dicha organización de riesgo, con suficiente astucia, eliminen de su conducta el “querer” o “aceptar” (como elementos volitivos), independientemente del conocimiento concreto del riesgo que genera su actuar; pero, ¿en un estudio sistemático del delito, ello sería suficiente para eliminar el dolo de dicha conducta? ¿Esto nos llevaría por simple silogismo a argumentar un delito culposo? Y si dicha conducta no está contemplada en el *numerus clausus*, ¿estaríamos ante la más irónica de las impunidades?

Las respuestas absurdas, e incluso la falta de respuestas a las anteriores interrogantes, implica la necesidad de adaptar nuestra concepción primigenia del dolo a la actual sociedad del riesgo en que nos encontramos, pues a ésta lo que le interesa es la capacidad y factibilidad de conocer y de prever que tenga el individuo, y con base en ello tenga suficiente motivación por la norma; toda vez que sus aportaciones objetivas y en definitiva cuantitativas, que se atribuyan al factor de riesgo, serán las que repercutan directamente en la tutela de los bienes jurídico-colectivos e individuales. Concepciones básicas del funcionalismo sistémico de Jakobs, quien parte de la base de que el “derecho penal no regula sucesos de la naturaleza, sino hechos sociales con contenido expresivo”.²¹

Respecto del elemento cognitivo como punto sustentador del dolo, Morales Cauti señala, en su artículo “El dolo como conocimiento. Estado actual del tipo subjetivo”, lo siguiente:

En este sentido, el conocimiento sí es un elemento que se halle tanto en el dolo directo, dolo de consecuencia necesaria y dolo eventual, ya que independientemente de la intención del autor, este elemento cognitivo se presenta en todas las formas de intervención penal más severas. Además de ello, el fundamento principal por el cual el conocimiento es el elemento distintivo, esencial de la conducta dolosa, es porque, el derecho penal no imputa intenciones, sino conductas, es decir que relevancia tiene la voluntad, si en un determinado caso en el que el autor conoce el riesgo concreto para el bien jurídico; lo único que importa, es el conocimiento del riesgo concreto creado para el bien jurídico, del cual surge un deber de evitar dicha concreción del riesgo creado, o porque tiene el conocimiento del riesgo para el bien jurídico del cual es garante y tiene el deber especial de controlar dicho riesgo. Por ello es que si el autor conoce del riesgo concreto para el bien jurídico y dicho riesgo se materializa en un resultado lesivo, su conducta será atribuida a título de dolosa, ello porque como ya lo he

²¹ López Barja de Quiroga, Jacobo, *op. cit.*, nota 10, p. 102. Refiriéndose a la postura de Jakobs comenta: “la teoría sistémica considera que existen subsistemas dentro del sistema, y la función del subsistema penal es mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema. El derecho penal se presenta como un instrumento para la estabilización del sistema. La protección social se produce «reafirmando al que confía en la norma en su confianza». En este sentido la pena tiene tres efectos: a) ejercitar la confianza de la norma; b) ejercitar en la fidelidad al derecho, y c) ejercitar en la aceptación de las consecuencias. Por tal razón el bien jurídico penal que debe proteger el derecho es «la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción»”.

venido sosteniendo, tiene el deber de controlar dichos riesgos, y al no hacerlo, está decidiendo por su lesión.²²

B. Teoría de la representación

Dada la importancia y trascendencia de los elementos que componen el dolo, y en concreto, en cuanto al elemento cognitivo, la teoría de la representación se desarrolló en la posguerra, primero con las aportaciones de Schröder, y después con las aportaciones de Smidhäuser se logra la profundización de dicha teoría, la cual se basa principalmente en que: “la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de esa posibilidad”.²³ Conocimiento que daba pauta a la dificultad presentada en la imprudencia consciente, dada la existencia del elemento cognitivo; de modo que se habría de distinguir entre dolo e imprudencia básicamente en cuanto el conocimiento y desconocimiento.²⁴ Asimismo, se reconocen las importantes aportaciones del filósofo-jurista Frank, quien con su teoría da al elemento del “conocimiento” un contenido medular y suficiente para la integración del dolo, entendiendo que el actuar con conocimiento es por sí mismo generador de una conducta dolosa; por lo que, sin el afán de analizar los puntos controvertidos de dicha teoría, nos permitimos citarla y tenerla presente en el transcurso del presente trabajo, por lo que, en palabras de Beling, entenderemos que:

Conforme al uso corriente de la vida cotidiana que toma como equivalentes las expresiones “doloso”, e “intencional” (de propósito), se manejaba anteriormente el concepto de *dolus (Vorsatz)* como identificable con el concepto de “propósito”, “intención” (*Absicht*).

Contra ello se dirigió la “teoría de la representación” (entre otros, Frank). La cual señaló justamente que, correctamente entendido “propósito” significa la dirección de la voluntad hacia un fin, cuyo logro el autor se ha “propuesto”, y que es el que a él le interesa: una acción “para”. Si se to-

²² Morales Cauti, Julio César, *op. cit.*, nota 15.

²³ Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2003, t. I, p. 433.

²⁴ Schmidhäuser, *cit.* por Roxin, Claus, *idem*.

mase lo penalmente “doloso” como sinónimo a lo “propuesto” sólo sería punible por “homicidio doloso”, p. ej., aquél a quien le interesase matar al hombre efectivamente muerto, y no lo sería aquél que cohibiese el hecho para el logro de otro fin, para el cual el homicidio sólo servía de medio (ejemplo de Frank: el bandido que dispara contra un hombre solamente *para* probar el alcance de su escopeta y no *para* matar a un hombre).

De hecho, el dolo es independiente de la existencia de un “propósito” coincidente. Los “propósitos” del autor desempeñan otro papel.

La teoría de la representación concluía en que para el dolo *nada importa* el elemento *voluntario* (la dirección del querer), y que el dolo ya está dado en la representación correspondiente. La “teoría de la voluntad”, que es su opuesta, discute este punto.²⁵

Con el precedente de la teoría de la representación surgen autores alemanes que defienden la teoría cognitiva pura del dolo, misma que niega la existencia de un elemento volitivo como parte integrante del dolo. Tal como comenta Bacigalupo, la teoría cognitiva pura del dolo,

entiende lo ilícito como un acto socialmente dañoso (la lesión de un bien jurídico), o sea, como una perturbación del orden de bienes jurídicos y concibe la norma como un juicio de valor sobre el hecho en el que no se considera, en principio, al autor (*norma objetiva de valoración*). El momento al que se conecta la acción penal del Estado es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido: *importa más lo causado que lo que se quiso causar*.²⁶

Dentro de los actuales defensores de la teoría cognitiva pura del dolo se encuentran Jakobs y Frisch, para quienes el aporte intelectual del individuo se concreta en su actitud o toma de postura de lesionar, con lo cual se genera el dolo de poner en peligro o de lesionar; siendo, por tanto, suficiente para integrar un dolo total (directo o eventual). Tal como lo conciben Herzberg, Bottke y Puppe, quienes logran dicha diferenciación trasladando el problema de delimitación al tipo objetivo.²⁷

²⁵ Beling, Ernest, *op. cit.*, nota 18, p. 86.

²⁶ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 1, p. 93.

²⁷ Rodríguez Montañez, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Gráficas Arias Montano-Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 79.

a. Tesis de Jakobs

Para Jakobs, dolo es el conocimiento de la acción y sus consecuencias.²⁸ Definición por demás objetiva, dejando radicalmente fuera el aspecto volitivo como elemento constitutivo del dolo; sin embargo, aclara que, aunado al intelecto del sujeto, habrá que acompañar a éste de un *juicio válido* que habrá de realizar el autor al momento de llevar a cabo su acción. Por lo que también sostiene que: “Quien no se ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción no tenga consecuencias, no ha “juzgado” aún el resultado como no improbable”.²⁹ Lo que implica que al sujeto no le resulta siquiera “lejana” dicha posibilidad.

Cabe detenernos un poco en lo referente al “juicio válido” para el autor, toda vez que nos enfrentamos ante un subjetivismo relativo, es decir, una valoración tan personal que por tanto pierde objetividad. Esto implicará que con base en dicho “juicio”, obviamente, sobre lo ya conocido, el autor se dirija con “cierta” o “personal” motivación hacia la norma, de suerte que la evitación del resultado típico dependerá de dicha motivación y, por ende, la eliminación del dolo podría circunscribirse en definitiva al “juicio válido” del autor. Siendo con ello difícil diferenciar entre “juicio válido” y el elemento volitivo del cual se pretende prescindir. Jakobs resuelve esta situación planteando que: “Esa importancia depende del rango del bien jurídico afectado y de la densidad/proximidad del riesgo, en una valoración jurídica u objetiva, pues lo decisivo no es la relevancia en el proceso de motivación del autor en concreto, sino que objetivamente ese riesgo se considere relevante en dicho proceso”.³⁰ Al planteamiento antes expuesto, la doctrina plantea otra interrogante a este jurista; consistente en la posibilidad de que el dolo dependa del mayor o menor “grado” o “valor” que se le dé a determinados bienes jurídicos, situación que compartimos, pues difícilmente se puede “justificar la ponderación” de bienes jurídicos, en el elemento subjetivo del tipo, y que por demás, sí tenemos claro que se dé dentro del análisis de la antijuridicidad, donde, tratándose de estado de necesidad justificante, y atento a la salvaguarda de un bien jurídico de mayor valor, se concluye que dicha conducta no es antijurídica, dado el manejo de costes-beneficios que la

²⁸ Jakobs, Günther, *cit.* por Rodríguez Montañez, *idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 80.

³⁰ *Idem*.

misma dogmática tiene que asumir. Igual situación se presenta dentro del estado de necesidad exculpante, donde se salvaguarda un bien jurídico sacrificando otro de igual valor, siendo factible eliminar la culpabilidad, esto atento a la conocida frase “el derecho no puede exigir actos heroicos”.

Roxin —diferiendo de la postura de Jakobs— manifiesta que:

habría que estar de acuerdo con esta concepción si realmente fuera cierto que el sujeto ya incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido siempre que percibe la posibilidad de la realización de un tipo y a pesar de ello sigue actuando. Pero esto no es así... la situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente... Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista.³¹

Por otro lado, tenemos que Jakobs diferencia la fuerza que tiene el elemento intelectual frente al volitivo, toda vez que, respecto del primero, el autor simplemente no puede plantearse la hipótesis de “no querer conocer lo que conoce”, en tanto que el elemento volitivo sí se planteará respecto de la mera decisión del autor de llevar a cabo su acción. También señala que:

el autor que juzga seriamente no puede, con independencia de ello, disponer sobre un “no conformarse” o “no tomarse en serio”; pero a través de su actitud puede evitarse la formación de un juicio serio o, un juicio ya existente puede suprimirse; entonces, y sólo entonces, falta el dolo eventual, porque falta un juicio serio de que la realización del tipo no sea improbable.

Y agrega: “un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, sin que para él sea razonable, o cuando el peligro no es de una densidad/proximidad relevante en la decisión”.³² Esta postura se logra entender dentro de la concepción de rol que se maneja en los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, en donde, “la psique no se puede entender en un plano individualizado,

³¹ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, pp. 433 y 434.

³² Jakobs, Günther, *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 81.

sino atento al rol que dicho sujeto desempeña dentro de una sociedad”.³³ Es decir, atento a lo que la sociedad “espera” y ha “confiado” que realice el sujeto.

Para Jakobs “no es posible que se dé un defecto volitivo si se conoce la regla... cierto es que se podría intentar redefinir los defectos volitivos de índole jurídica en un desconocimiento jurídico actual, es decir, en un defecto cognitivo”.³⁴ Con esto deja ver que su postura, aun cuando es objetiva, no deja de considerar al individuo como ente determinante de su actuar y de la responsabilidad que tiene frente a la dirección que le dé a sus conocimientos, los cuales, dentro del ámbito del hombre medio podrán ser objetivamente reconocidos, no así el subjetivismo de la “intención” del autor, que se encuentra en la psique del mismo; por lo que, partiendo de bases objetivas, bastará con la determinación del acto conocido para subsumir dicha intención individualizada y por ende el dolo de su conducta.

b. Tesis de Frisch

Este autor es considerado como uno de los pensadores colectivistas; plantea una concepción objetiva del dolo, llegando a describirlo como: “conocimiento del riesgo típico, prescindiendo de cualquier elemento volitivo o emocional y de la referencia del mismo al resultado”.³⁵ Sustenta que: “quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta, que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir

³³ Jakobs, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, pp. 467 y 468. “Si resulta que la persona que desempeña un rol no puede cumplir las exigencias que derivan del mismo, por ejemplo, por carecer de inteligencia, ello en nada modifica el hecho de que ha fallado en su rol en un modo que para el portador de ese rol da lugar a la imputación. Si al titular del rol se le permitiese aducir como argumento, para *atenuar o eliminar*, su responsabilidad individual, esto significaría lo siguiente: la imputación jurídico-penal no tendría como objeto de referencia al titular del rol sino a una persona en cuyo marco, y sin tomar en consideración el rol, se produjo la defraudación. El autor al que se le reprocha algo no coincidiría, por tanto, con el titular del rol frente al que se dirigen las expectativas cotidianas. Con otras palabras, al analizar si un sujeto hubiera podido evitar un resultado poniendo su mejor voluntad, nos estaríamos refiriendo al sujeto en su individualidad psicofísica, pero no en su calidad de titular de un rol”.

³⁴ *Ibidem*, p. 475.

³⁵ Frisch, *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 83.

el mandato de la norma de no originar a sus semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprendido aún esa peligrosidad amenazante”.³⁶

Una aportación importante de este autor es su concepción de tipo objetivo, ya que no entiende al mismo en su conjunto (incluido el resultado), pues el conocimiento del resultado no es exigible al autor *ex ante*, por lo que parte de un tipo penal con ciertas cualidades de ese comportamiento: “el comportamiento típico” y “el comportamiento en su dimensión disvaliosa típicamente relevante”.³⁷ Esto implica que el conocimiento será el contenido del riesgo, pues con base en ello podremos decir que una concepción *ex ante* únicamente puede tener en claro la peligrosidad de la conducta, y no así el peligro concreto que con ella se generara. Por lo que para este autor bastará el conocimiento para considerar la conducta como dolosa, y agrega: “quien conoce el riesgo propio de su comportamiento que lo convierte en prohibido y típico, puede acatar más fácilmente la orden de no producir tales riesgos que la persona que ni siquiera abarca esa peligrosidad relevante... su decisión de actuar es, en ese sentido, decisión contra el bien jurídico”.³⁸

Por otro lado, reconoce que el proceso intelectual del sujeto se da en el momento que se determina por su conducta, momento en el cual existe una “toma de posición personal”; postura que le merece varias críticas, pues no logra abandonar totalmente el elemento volitivo, sino que más bien parecen meros “cambios lingüísticos” que por sí llevan inserta la voluntad. Sin embargo, tal como lo entiende Roxin, Frisch rechaza la doctrina de la conciencia y pretende “una solución normativa de la problemática material”.³⁹ Con lo cual deja claro que el riesgo que asume el autor

³⁶ Citado por Domínguez López, Martha del Carmen, “El contenido del dolo. Problemática actual”, *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional del DP y Criminología*, Lima, 2004.

³⁷ Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 83.

³⁸ Frisch, *cit.*, por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, pp. 83 y 84.

³⁹ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, p. 37. “No se ha de concebir el dolo como una conciencia referida por igual a los distintos elementos, sino que lo decisivo es que el autor haya aprehendido una determinada relación de sentido, pues ya en esa situación se espera la inhibición y el emprendimiento de una determinada acción representa una decisión contra el bien por más que el sujeto no muestre en absoluto contenidos de conciencia en relación a determinados elementos (excluyentes) o sólo posea el saber siempre disponible respecto de determinados otros (que sirven para precisar)”. En concreto pretende diferenciar: junto a un “ámbito de elementos típicos que serían hasta cierto punto «resistente a la

con su conducta estará basado en el ámbito intelectual del mismo, por lo que ése será el sustento propio de su actuar doloso. Punto de vista que deja claro cuando sostiene que:

Es necesario, pero también suficiente, que el autor atribuya para sí a su comportamiento la dimensión que constituye el desvalor de la conducta específico en los delitos de peligro concreto. El autor debe partir de la base de que su comportamiento implica aquel riesgo específico del que se trata en los delitos de peligro concreto: el riesgo —objetivamente ya no tolerable— de que se produzca una situación que denominamos “peligro concreto”. ...El autor debe partir de que podía producirse una situación —en el sentido de riesgo ya no tolerable— que podría considerarse como situación de incertidumbre en la existencia de un objeto de un bien, o una situación en la que es posible la producción de un resultado conforme a la medida objetiva habitual; o una situación en la que el observador objetivo diría que depende de la casualidad que el resultado se produzca o no y en la que no se puede confiar en la no producción del daño...⁴⁰

c. Tesis de Herzberg, Bottke y Puppe

Para Herzberg el dolo se agota en la representación (correcta o incorrecta) de un riesgo cualificado de realización del tipo, es decir, en el “conocimiento” que tenga o crea tener. Por lo que para este autor “la negación del dolo no ha de buscarse en un momento volitivo o en una especial actitud del autor sino que se refiere al tipo objetivo”.⁴¹ Y es con base en dicho conocimiento que pretende encontrar la barrera delimitadora entre el dolo y la imprudencia consciente, pues para este autor “lo que diferencia al delito doloso de la imprudencia consciente no está en el dolo mismo, sino en su objeto, no en el tipo subjetivo, sino en el objetivo”.⁴²

relativización” y un grupo de elementos respecto de los cuales «no sería preciso en absoluto un contenido de conciencia especial», correspondería «realmente significación normativa... al sustrato, clasificado como conciencia por la doctrina de la conciencia, de la disponibilidad habitual de determinados contenidos sólo en el ámbito de los elementos que sirven para completar la conducta prohibida en que se basa el concreto tipo».

⁴⁰ Frisch, *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, pp. 85 y 86.

⁴¹ Herzberg. *cit.* por Rodríguez Montañez, *op. cit.*, nota 27, p. 91.

⁴² *Idem.* Agrega este autor: “ya aquí —en el tipo objetivo— es exigible al delito doloso que el autor realice el injusto específico a través de un comportamiento peligroso

Aun sustentándose en el riesgo, este autor propone diferenciar entre supuestos de peligro cubierto y supuestos de peligro no cubierto.⁴³ En donde los peligros cubiertos se basan precisamente en los niveles de confianza de una sociedad; de tal suerte que los riesgos generados fuera de las barreras de “permisión”, y dado el conocimiento y aportación objetiva del autor, serán suficientes para considerar vulnerada la norma y por tanto un peligro cubierto por la tutela del derecho. En tanto que los segundos serán aquéllos en los que, al sobrepasar la frontera del riesgo permitido, ya la atención humana “no puede ofrecer una reserva de protección de hecho eficaz”.⁴⁴ Concluyendo, el propio Herzberg señala que “la representación de un peligro concreto cubierto significa mero dolo de poner en peligro; la de un peligro concreto no cubierto, dolo de lesión”.⁴⁵

Por su lado, Bottke igualmente rechaza el elemento volitivo del dolo, definiendo el dolo eventual como “representación relevante para la decisión de un riesgo típico intolerable”, y establece la distinción entre dolo de lesión y dolo de peligro, sobre la base de la existencia o no de “oportunidades de actuar paralizando el riesgo”. Este autor parte de la siguiente base: que la diferencia entre el dolo de lesionar y el de poner en peligro no es cuantitativa (mayor o menor riesgo o probabilidad), sino cualitativa en el plano objetivo: se basa en la existencia o falta de oportunidades de actuar paralizando el riesgo.⁴⁶ De tal suerte que:

cualificado. Fuera del tipo objetivo del delito doloso quedan no sólo, como en los delitos imprudentes, los supuestos de riesgo permitido, sino también todas aquellas conductas peligrosas que superan el límite de lo permitido, pero que representan un peligro con muy escasas posibilidades de realización”. Ahora bien, esa diferencia no es meramente cuantitativa en los términos de la teoría de la probabilidad, sino cualitativa. La distinción provisional del grado de peligro (escaso gran riesgo) es sustituida por la referencia al peligro “resguardado” o “cubierto”/“no cubierto”.

⁴³ Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 92.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 93. *Cfr.* Herzberg, quien lo defiende al sostener que “No cubierto es aquel peligro no permitido de realización del tipo en el que sólo (o en gran medida) la suerte o la casualidad, en el momento de la acción o con posterioridad, tienen que intervenir para evitar la realización del tipo; cuando el autor, en un enjuiciamiento racional, no puede confiar en absoluto o de forma segura... en que su poder o el ajeno dominen con certeza el peligro”.

⁴⁵ Herzberg, *ibidem*, p. 96.

⁴⁶ Schünemann/Pfeiffer, AIDS. *Ibidem*, p. 96.

quien actúa con conciencia de que pone a otro en concreto peligro deja abierta la posibilidad de “paralizar el riesgo”, tendrá dolo respecto de la puesta en peligro, pero no respecto de la lesión. Pero si mediante su comportamiento doloso de puesta en peligro anula todas las oportunidades de salvación mediante una “defensa humana”, podrá afirmarse el dolo de lesionar y responderá por tentativa del delito de lesión, aunque la casualidad haya logrado evitar la lesión.⁴⁷

Para Puppe, un peligro propio del dolo sólo existe cuando “los factores conocidos por el autor y creados por él mismo representan una estrategia racional para la producción del resultado”.⁴⁸ Con lo cual, a juicio de Rodríguez Montañez, llega a proponer un “concepto normativo de dolo”, que se encuentra en la misma línea objetivadora antes mencionada; estableciendo la diferenciación en el contenido de la representación o conocimiento del autor, en función de la cantidad y cualidad del peligro que se crea, llegando a hablar de “peligro de dolo” y “peligro de imprudencia”.⁴⁹ Sin embargo, es de considerarse que dicha “cantidad y cualidad del peligro” no puede manejarse como mera probabilidad del resultado frente al peligro visualizado por el autor, sino que, debemos considerar el grado de dominabilidad que tenga el autor frente al riesgo producido *ex ante*, y respecto del cual, si bien existe una peligrosidad consciente a nivel de prognosis, debemos ser conscientes que no existe un peligro a nivel de pronóstico, el cual solamente podrá ser determinado *ex post* a la realización de la conducta en concreto.

d. Tesis de Schmidhäuser

Este autor, desde su concepción teleológica, considera

disparatada e inútil la combinación de conocimiento y voluntad exigida para el concepto de dolo. El elemento volitivo se emplea en sentido totalmente opuesto, lo que da lugar a contradicciones insalvables. Además, dicho elemento se presupone, sin existir realmente. Por ello, propone un nuevo concepto de dolo, ante la inaplicabilidad del existente, al que deno-

⁴⁷ Bottke, *ibidem*, pp. 96 y 97.

⁴⁸ Puppe, *cit.* por Domínguez López, Martha del Carmen, *op. cit.*, nota 36.

⁴⁹ Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, p. 97.

mina *Vorsätzlichkeit*, y en el que se prescinde totalmente del elemento volitivo. La voluntad queda reducida al momento de la acción y el dolo se define como el conocimiento actual por el autor de su hecho y de la antijuridicidad (*Tat-und Unrechtsbewußtsein*).⁵⁰

Con esta postura, el autor en comentario deja en claro que, una vez que el autor tiene conocimiento respecto de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente de los elementos objetivos del tipo, bastará con que se determine a llevarlos a cabo para imputarle su conducta como dolosa, independientemente de la valoración interna que hubiera hecho al respecto; pues una vez que la conducta se concrete en un resultado será marginal ante el riesgo que se generó para la colectividad; tal como lo expone Schmidhäuser cuando comenta que “la fe mueve montañas, pero no proporciona ningún criterio científico aceptable”.

Cabe mencionar el ejemplo de “Tell”, en donde el padre dispara a la manzana sostenida en la parte superior de la cabeza de su hijo, acto que si bien no va dirigido a lesionar a este último, sí va dirigido a ponerlo en peligro, pues aunque no sea esa su “intención”, sus conocimientos (perceptibles objetivamente) sí son capaces de prever dicho riesgo, por lo que en definitiva tenemos una posibilidad de lesión que, atento a los conocimientos que se tienen, constituye por sí una conducta dolosa. Refiere este autor:

Si la puesta en peligro de un objeto no es otra cosa que la posibilidad de su lesión, entonces el dolo de peligro es cualitativamente también siempre dolo de lesión (y a la inversa). Esto es válido para el ejemplo “Tell” y sólo puede negarse desde la existencia de elemento volitivo y con un entendimiento estrictamente final del mismo.⁵¹

De esta manera, afirma que existe una identidad cualitativa entre el dolo de peligro y el dolo de lesión, pero ambos con un sustento cuantitativo basado en aportes objetivos.

El autor en comentario considera necesario tener en cuenta el momento cuantitativo en la consecuencia del autor, y atento a ello dice: “Para que pueda hablarse de dolo de poner en peligro es necesario que el grado de conciencia de la posibilidad de lesión sea algo más que una «lejana posi-

⁵⁰ *Ibidem*, p. 55.

⁵¹ Schmidhäuser. *Ibidem*, p. 57.

bilidad»”.⁵² A nuestro juicio, esta situación nos orilla al subjetivismo del elemento volitivo, principalmente en lo referente a la posibilidad (por no decir imposibilidad científica) de graduar esa “conciencia en la posibilidad de lesión”, pues definitivamente aun con el mismo grado de conocimiento respecto de un actuar concreto, cada sujeto apreciará la posibilidad de lesión con base en su fuero interno y a la forma de ponderar los factores externos que lo rodeen.

Manteniendo una postura discrepante, Roxin sostiene que:

en el caso de Schmidhäuser el tenaz mantenimiento de la teoría de la posibilidad es consecuencia de una concepción discrepante por principio sobre la “cualidad de doloso”, que él concibe “como elemento de la culpabilidad... sin elemento volitivo alguno”, del mismo modo que pretende restringir en general la “conducta volitiva” al injusto y entender la culpabilidad como conducta intelectual lesiva de bienes jurídicos ...demuestra precisamente que los fenómenos existentes en la realidad se desfiguran cuando al dolo se le despoja de todo elemento volitivo.⁵³

Sin embargo, el mismo Roxin agrega en su obra la importancia de tener presente los estudios psicológicos tanto de Platzgummer como de Schmidhäuser, manteniendo una postura científica ante el análisis que las mismas le merecen, incluso, respecto de los puntos contrarios a lo sostenido por él; por lo que textualmente comenta:

Hoy se admite... que el dolo abarca también aquellas circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente, pero de las que es “conciente”. Esta “conciencia”, a cuyo análisis ha rendido grandes servicios especialmente Platzgummer aprovechando investigaciones de la Psicología de la asociación, consiste “en una conciencia a la que en efecto no se presta atención explícitamente, pero que es coconocida con otro contenido de conciencia

⁵² *Ibidem*, p. 59. *Cfr.* Hippel, pp. 77 y 78, al sostener que el peligro es un estadio previo a la lesión y que la producción de la lesión no va necesariamente unida a la puesta en peligro, pero no puede olvidarse que el peligro es un concepto referencial, necesariamente referido a la lesión. Por tanto, no puede interpretarse el querer el peligro como algo absolutamente independiente del querer la lesión. La cuestión clave, por tanto, más que la dirección de la voluntad a la lesión o al peligro, es la de determinar las posibilidades objetivas en las que el sujeto puede basar su confianza y el distinto marco de confianza admisible respecto del peligro y respecto de la lesión.

⁵³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, p. 435.

al que se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse a la vez atención de modo implícito”. Lo conocido puede por tanto ser también “coquerido”. Esto rige en primer lugar para el componente de significado de los elementos perceptibles sensorialmente, poseyendo por tanto gran relevancia para el dolo en los elementos normativos.⁵⁴

Schmidhäuser ha llegado a resultados muy similares a partir de investigaciones de Psicología del lenguaje, en cuanto que distingue una conciencia “material-conceptual” de una conciencia “lingüístico-conceptual”, considerando la primera suficiente para el dolo. No es necesario por tanto que el sujeto piense en las circunstancias del hecho con formulaciones lingüísticas (“esta cosa es ajena”; “yo hurto de una iglesia”; “ahora actúo como médico”, etc.), sino que basta con que se pecte de ellas de modo material-conceptual (en el pensamiento material). A este respecto “pensamiento o conceptualización material” significa “la relación con las cosas mismas significativa libre del lenguaje... sobre la base de por decirlo así un recuerdo gráfico, que ha asumido en el ámbito el pensamiento sin lenguaje las cosas experimentadas originalmente mediante el lenguaje.”⁵⁵

¿Estará, entonces, la teoría de la representación y las tradicionales concepciones de Von Liszt y de Frank, entre otros, totalmente superadas? o, por el contrario, como se ha analizado, ¿siguen surgiendo diversas posturas respecto de la dificultad de concreción entre el elemento cognitivo y volitivo del dolo? De todas estas inquietudes se toma un punto de partida: que el elemento cognitivo se encuentra determinado como fundamento para concebir una conducta como dolosa, y que será dicho conocimiento y factibilidad de conocer, el punto toral para calificar el actuar de todo individuo que se ha determinado a vivir en sociedad, la cual, sin anular las individualidades, sostiene la importancia propia de la colectividad.

2. *Elemento volitivo*

Debemos reconocer las dificultades dogmáticas que tuvo que enfrentar el elemento volitivo del dolo en la etapa del causalismo, teniendo posturas como la de Beling, quien sostenía que:

⁵⁴ *Ibidem*, p. 472.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 473.

Querer extraer el sentido de la palabra “intención” de la Psicología, es sencillamente hacer jurisprudencia literal (el concepto psicológico de intención, por lo demás, se adecua bastante bien cuando jurídicamente se determina el concepto de la intención en el sentido de intención dirigida a la *antijurídica* muerte de un hombre; comprende entonces todo el contenido requerible de la intención). Bien entendidos, los conceptos de intención y negligencia, son conceptos *normativos*; el primero, idéntico con el de *dolus* (típico-específico), el último, con la *culpa* (típico-específica). Esto se corrobora también por el hecho de que la intención se llamaba en antiguas leyes, “mala intención.”⁵⁶

Ahora bien, con base en la propia evolución del dolo y de su contenido valorativo, en ningún momento se pretende extraer del actuar humano la voluntad que conlleva, sino analizar la trascendencia de dicho elemento para la imputación de una responsabilidad penal por organización.

En la actualidad, una vez que el sujeto conoce los elementos objetivos del tipo (es decir, se ha cumplido con el elemento cognitivo del dolo), la doctrina analiza el elemento volitivo, es decir, si el sujeto “quiso” el resultado, o cuál fue el grado de “aceptación” ante la evidencia o probabilidad de que su actuar produjera determinado resultado. Así, en términos generales, en la doctrina surgen tres “niveles” de dolo: dolo directo, en el cual el autor “quiere” el resultado que se ha propuesto con su acción; dolo de consecuencias necesarias, que va unido al dolo directo, pero, aunado a éste, el autor sabe que con su conducta alcanzará otro resultado, aun cuando no sea el que se determinó como “querido”, y dolo eventual, en el cual el autor conoce y prevé la posibilidad del resultado ilícito de su conducta; de tal suerte que aun sin “quererlo”, lo “acepta” por lo que cada una de estas formas de dolo ha requerido un especial estudio del elemento volitivo, el cual es el principal punto diferenciador entre ellos.

Teorías del consentimiento

Las teorías del consentimiento, también llamadas “teorías de la voluntad”, entienden al ilícito como un acto de desobediencia a la norma, y concibe a ésta como una orden (un imperativo: “!No debes matar!”). Esa

⁵⁶ Beling, Ernest, *op. cit.*, nota 18, pp. 75 y 76.

voluntad, según Bacigalupo, tiene relevancia para la acción penal del Estado, en el momento que se da una expresión de la voluntad rebelde o indiferente del autor frente a la autoridad de la norma, comentando que: “*no importa tanto lo causado como lo que se quiso causar*. El acto de desobediencia (infracción a la norma) da lugar al nacimiento del *derecho penal subjetivo* (del Estado), es decir, el derecho a reprimirlo con una pena”.⁵⁷

La teoría —“dominante”— del consentimiento exige, de alguna manera, la “aprobación”, “aceptación”, es decir, exige “querer” el resultado.⁵⁸ De tal suerte que dichos contenidos “subjetivos” solamente se podrán encontrar en el fuero interno del sujeto, pretendiendo esta teoría entender dicha “aprobación” como una manifestación de la voluntad del autor, que alcanza, incluso, la “aprobación” del resultado producido con su conducta, ya que, solamente se puede querer lo que se conoce, y solamente lo que se conoce puede ser valorado como querido.

En esta teoría se exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aceptado interiormente, que haya estado de acuerdo con él; es ahí donde se empieza a visualizar la aprobación o conformación con el resultado, y surge para Roxin: “una realidad interior autónoma añadida a la previsión de la producción del mismo, radica la característica esencial del dolo eventual. Si se toma literalmente el criterio de la «aprobación», se ha de exigir que el autor le agrade el resultado, que se alegre de él”.⁵⁹ Teoría que utiliza indistintamente los verbos “resignarse” y “conformarse”, aun cuando éstos llevan un contenido cognitivo distinto.⁶⁰ Ante este análisis se estarán dejando fuera todos aquellos resultados que con una “aprobación” *ex ante* al actuar, no fueron previstos, por tanto, el autor no tendría porque manifestarse “alegre” con ellos. Toda vez que *ex ante* solamente podemos hablar de peligrósidad, la cual,

⁵⁷ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 1, p. 93.

⁵⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

⁵⁹ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, p. 430.

⁶⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, nota 19, p. 179. Dentro de esta teoría, hay quien la expresa diciendo que existe dolo eventual cuando el autor “toma en consideración” (“se resigna con”) la producción del resultado... Tanto “resignarse” como “conformarse” con el resultado quieren decir, en definitiva, que el autor, que no está seguro si va a producir el resultado, actuaría, a pesar de todo, aun cuando supiese con seguridad que lo iba a causar: se “resigna”, se “conforma”, aprueba —aun con desgana— la producción del resultado.

lleva solamente un grado (aunque muy cercano) de peligro. De ser así, ¿acaso basta que el autor no haya “aprobado” el resultado para excluir el elemento volitivo del dolo? O más bien, ¿debemos delimitar dicho contenido de voluntad a parámetros más objetivos?

Otro partidario de la teoría del consentimiento es Maurach, para quien:

tiene que existir, en el caso de producción del resultado, una determinada relación de voluntad entre éste y el autor (“aprehensión hipotética del dolo”), esto es: el autor tiene que declararse de acuerdo con la producción del resultado, “consentir el resultado”... El dolo eventual, por consiguiente, se caracteriza porque el autor, a pesar de la posibilidad de producción del resultado, prefirió la ejecución de la acción peligrosa a renunciar por completo a la acción.⁶¹

En defensa de la teoría de la voluntad, Robert V. Hippel manifiesta que: “se da dolo eventual cuando el autor prefirió la producción del resultado antijurídico representado como posible a renunciar a su comportamiento”; expresándolo con otras palabras: “aunque el autor hubiese sabido con seguridad que se iba a producir el resultado representado como posible, habría actuado; en última instancia, pues, consintió en ese resultado”.⁶²

Jiménez de Asúa piensa que “hay *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”.⁶³ Cuello exige también la aceptación del resultado; Antón se declara expresamente en favor de la teoría del consentimiento; Del Rosal escribe: “Actúa dolosamente quien consiente en la producción de un probable resultado”; Díaz Palos piensa que “el dolo eventual es dolo antes que eventual. El agente ha debido representarse esa posibilidad del resultado y consentir de algún modo en el mismo. Y este pensamiento básico debe infiltrar nuestra doctrina y nuestra práctica”;... Quintano hablaba del “enlace psicológico de la voluntad con el resultado, bien como directamente querido (dolo directo), bien

⁶¹ *Idem.*

⁶² Hippel. *Idem.*

⁶³ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, México, Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 244.

aceptado (dolo eventual).⁶⁴ Por su lado, Baumann objeta que la teoría de la probabilidad desconoce “que no sólo importa el saber del agente, sino también su querer”.⁶⁵

Tenemos claro que las conductas que interesan al derecho penal son aquellas que emanan del ser humano, quien se ha determinado vivir en sociedad, y respecto del cual se espera una capacidad de conocimiento y raciocinio tal que, a la vez, lo hace responsable de su actuar. No se pretende eliminar la naturaleza propia de sus actos, entendidos éstos como conciencia o determinación de su propio actuar, sino que se pretende establecer parámetros objetivos de dicha “conciencia”; pues en definitiva, ésta repercutirá en su entorno social. Al cual lo que le afecta más que el “querer” es el “hacer”, pues es éste “hacer” el que ha lesionado o ha puesto en riesgo bienes jurídicos importantes para la colectividad.

Debido a los cambios sociales y de supraindividualismo en que nos encontramos es que en la doctrina se pretenden matizar estas teorías de la voluntad, superando su mero enfoque psicológico para abordar un margen de riesgo perceptible con barremos normativos; de tal suerte que la mera asunción del riesgo es por sí una conducta disvaliosa, suficiente para reconocer dicha conducta como dolosa. Ya que no debemos conformarnos con que una “confianza” o una “esperanza” de no producir el resultado tenga como consecuencia la exclusión del dolo,⁶⁶ cuando el co-

⁶⁴ Autores *cit.* por Hippel. *Idem*, p. 180.

⁶⁵ Baumann. *Ibidem*, p. 182.

⁶⁶ Rodríguez Montañez, Teresa, *op. cit.*, nota 27, pp. 63 y 64;...Desde un punto de vista puramente psicológico la confianza puede ser, efectivamente, supersticiosa o irracional y, pese a ello, habrá que afirmar que el sujeto confía (por ejemplo, porque le han leído las cartas y le han pronosticado que aquél es su día de suerte). Sin embargo, dado que a esa confianza se le concede la virtualidad de excluir el dolo, siendo esta una decisión normativa de enorme trascendencia, es perfectamente lícito que los conceptos de voluntad y confianza con los que se opera no sean los conceptos puramente psicológicos, sino también normativos y que se restrinja en ámbito de la confianza excluyente del dolo eventual, exigiéndole un mínimo de fundamento o base racional y estableciendo limitaciones objetivas a la posibilidad de confiar, basadas en consideraciones teleológicas-valorativas y de política criminal. De forma paralela a lo que ocurre con la voluntariedad del desistimiento o en la distinción entre tentativa imposible o inidónea y tentativa irreal, lo relevante aquí no es sólo la actitud psicológica del sujeto, puesto que el derecho no puede dejar a puros procesos psíquicos, a la “mente del autor”, ciertas decisiones que requieren una valoración normativa. En definitiva, el ordenamiento jurídico penal otorga eficacia excluyente del dolo a la confianza sólo por debajo de ciertos niveles o condiciones de riesgo, en los que éste es mínimamente controlable y el sujeto confía (aunque

nocimiento del riesgo por sí mismo dio suficiente concreción a esa conducta dolosa.

Sea pues, el presente análisis sobre el dolo y sus elementos cognitivo y volitivo, la manifestación de la inquietud de diversos estudiosos por llegar a un punto de equilibrio. En donde seamos capaces de entender las conductas individuales, ya no de forma “individualizada”, sino en una sociedad del riesgo que requiere de individuos cada vez más responsables de su propio actuar. No bastan las buenas voluntades, debemos concretar nuestro actuar hacia la tutela de intereses colectivos; máxime cuando esos aportes se conjugan en las labores propias de una organización.

erróneamente) en la posibilidad de controlarlo. La existencia de esa posibilidad de confiar de forma mínimamente fundada o racional en la no producción del hecho conforme a barremos objetivos es el presupuesto para poder afirmar que el sujeto confiaba en sentido penalmente relevante. De no darse ese presupuesto (por lo elevado del riesgo y/o la imposibilidad de su control) sería ya irrelevante que el sujeto confíe o no, porque la confianza carecería de eficacia excluyente del dolo. El sujeto que conoce ese nivel de riesgo y, pese a todo, actúa, lo hace de forma dolosa: necesariamente conciente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo. A partir de cierto nivel de riesgo (no sólo cuantitativo, sino cualitativo, pues lo relevante no es sólo el grado de probabilidad, sino fundamentalmente la posibilidad de control y evitación con cierto nivel de seguridad), la conducta es valorada normativamente como dolosa, porque el derecho penal no puede permitir la asunción de ciertos riesgos y dejar a la pura confianza irracional y no fundada la exclusión del dolo.

Esta cierta objetivación que aquí se propone no supone la renuncia a la referencia subjetiva, sino tan sólo el establecimiento de ciertos límites a la misma: lo relevante para el dolo sigue siendo lo que efectivamente el sujeto se representa y quiere, pero ante ciertos riesgos en los que no existe posibilidad de control, de forma que la integridad del bien jurídico depende del azar o de la suerte, la decisión del sujeto de actuar pese al conocimiento de estas circunstancias es expresión inequívoca de su “decisión contra el bien jurídico”, de su eventual aceptación de la realización del tipo.

Por lo demás, la introducción de barremos objetivo-generales en la delimitación entre el dolo y la imprudencia podría provocar extrañeza en la concepción causalista tradicional (en la que el dolo y la imprudencia tienen su sede en la culpabilidad, el ámbito de la valoración subjetiva individual), pero no si partimos de que el dolo y la imprudencia se ubican en el tipo de injusto, constituyendo la parte subjetiva del mismo, y de que la antijuridicidad es el ámbito de las valoraciones jurídicas conforme a criterios objetivos en el sentido de generales y no puramente subjetivos.