

## A PROPÓSITO DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL\*

El ingreso de Enrique Díaz-Aranda a la Academia Mexicana de Ciencias Penales es un otro anuncio elocuente de que nuestra corporación se renueva. Para perdurar, ha debido hacerlo. Y otro tanto se puede decir, por fortuna, de las ciencias penales en México. En éstas hay animación y debate; y en aquélla, novedades necesarias.

Novedad necesaria, en efecto, es el advenimiento de los académicos que integran la que podríamos llamar tercera generación de penalistas, criminólogos, penitenciarios y criminalistas, que reciben la estafeta de sus profesores —segunda generación de académicos, generación intermedia— y recuerda, ya sin experiencia propia, sólo por lectura y tradiciones, a la generación fundadora.

Este es el fruto de los sesenta años que median entre el entusiasmo renovador de los hombres que hicieron el Código de 1931, creyendo que en éste nacía el nuevo derecho penal mexicano, y los jóvenes juristas que tienen en sus manos el futuro de nuestras leyes y de nuestra disciplina, con los que nacer —conviene que así se crea, así se impulse y así se haga— otro nuevo derecho penal mexicano, al borde de un siglo distinto y para una sociedad diferente.

Díaz-Aranda, un jurista maduro que a los treinta y dos años de edad cuenta con un doctorado español, prepara otro en México y se encamina a un tercero en Alemania, llega a la Academia oportunamente: en un punto del camino —su propio camino— que le recibe como jurista competente; pero desde el que deber seguir la marcha, como se dispone a hacerlo, para consumir la segunda parte, la más extensa y fecunda, de una vida cifrada en el trabajo riguroso y la ciencia bien cultivada. El joven investigador y catedrático se encuen-

\* Respuesta al discurso de ingreso del doctor Enrique Díaz-Aranda como socio supernumerario a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Distrito Federal, 5 de diciembre de 1997; publicada en *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1997, pp. 221-228.

tra, pues, en la primera mitad de la jornada. Lo que sigue es un largo trayecto ascendente. Lo deseo y lo auguro.

Mi trato con el doctor Díaz-Aranda se inició en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Supo acercarse a un ilustre catedrático, del que es discípulo y amigo: don Álvaro Bunster. Consta su reconocimiento en la afectuosa dedicatoria de su tesis profesional, asesorada por Bunster. Esta cercanía provechosa explica el buen rumbo que tomó la carrera de Díaz-Aranda. Pasando el tiempo, Enrique me invitó a participar en el jurado que lo examinaría para obtener el título de abogado, en 1990, hace apenas siete años breves. Lo hizo con aquella tesis excelente en la que abordó un tema sobre el que hay muchos discursos y pocos trabajos serios: el enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Por supuesto, la tesis de Díaz-Aranda figura entre los trabajos serios.

Luego se incorporó como investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara. Ahí llevó a cabo, entre otras cosas, un estudio sobre la evolución de la ley penal jalisciense. Volvería a México para embarcarse a España, donde cursó el doctorado bajo la dirección calificada del profesor Enrique Gimbernat Ordeig, hasta alcanzar ese lauro académico con las mejores notas —como allá se dice— y una tesis de notable calidad, publicada en 1995 por el Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*. Como se ve, Enrique Díaz-Aranda se atreve con arduos temas jurídicos, que también son cuestiones sociales y morales de primer orden. Lo atrae el peligro.

En esta obra, el joven jurista mexicano revisa detalladamente, con el apoyo de una copiosa bibliohemerografía, más abundante legislación y jurisprudencia, el estado de la doctrina sobre esos temas ingentes. Pero no se trata solamente de brindar el panorama de lo que otros piensan y sostienen. En cada caso y a cada paso, Díaz-Aranda establece, bajo el rubro “toma de postura”, su propia convicción. Vale citar el comentario de Gimbernat en el prólogo de este libro:

Díaz-Aranda cuenta con “los conocimientos para enfrentarse rigurosamente con los problemas, y la capacidad y el valor de aportar —y de someter ahora a la crítica científica— soluciones originales cuando ha estimado que sólo así —apartándose de las opiniones preexistentes— era posible llegar a resultados satisfactorios”.

En 1996 me beneficié de su talento y colaboración al redactar el proyecto de Código Penal para Morelos, que en ese mismo año adquirió vigencia en aquella entidad federativa. Comencé este trabajo con Gustavo Malo Camacho, académico y amigo recordado, y lo concluí con el auxilio de doña Olga Islas de González Mariscal y de Enrique Díaz-Aranda. Lo que de bueno tuvo ese proyecto, lo inició Malo Camacho y lo culminaron Olga Islas y Enrique Díaz-Aranda.

Ahora, el doctor Díaz-Aranda prepara de nuevo el equipaje. Pero de este viaje cercano y de sus características y esperanzas me ocuparé al concluir mi intervención. Antes quiero tocar dos o tres puntos del discurso que presenta para ingresar en la Academia.

Quien reflexione sobre el delito y el delincuente, probablemente convendrá, al menos de primera intención, en que hay ciertos rasgos que caracterizan esta dimensión oscura de la vida, tan frecuente. El dolo es uno de ellos, y a él dedica Enrique Díaz-Aranda el discurso de ingreso a la Academia que acabamos de escuchar. Así avanza en un asunto que viene explorando desde hace tiempo, y que últimamente expuso en la Universidad de Guadalajara y en las Jornadas de Derecho Penal México-España (1997).

El delito que observamos con temor, que reprochamos y condenamos sin vacilación, y que también atrae nuestro interés y acaso nuestra curiosidad, es el delito doloso. Desde luego, no hay duda de que menudean los delitos culposos; tampoco la hay de que éstos, tan asociados a las condiciones de la vida moderna, han entrado en torrente a la estadística criminal, apenas moderada por la reciente y plausible tendencia a reducir la persecución de la culpa con el sistema de *numerus clausus*, que ha ganado terreno en el derecho mexicano contemporáneo.

Sin embargo, algo nos dice que el verdadero delito es el deliberado, el intencional, el que comete quien se propone o admite lo que el

tipo penal proscribire: matar, lesionar, sustraer, dañar, no quien lo hace apenas por irreflexión, imprevisión o descuido, como consecuencia indeseada de una conducta torpe. Caín no victimó a Abel sin proponérselo, apenas por violación de un deber de cuidado. Un buen padre de familia, constituido en penalista, diría que Caín era “malo”, y que de esta maldad provino, como efecto natural, la dañada intención del fratricida. En todo caso, fue Abel quien se descuidó. En consecuencia, la galería del crimen humano se inaugura con el más grave de los delitos, doloso por añadidura, y además calificado: homicidio premeditado, alevoso y a traición.

Así las cosas, en el dolo se concentra la maldad del criminal. Con ella se administra la intención. Esta corre por el canal que le brinda la conducta. No hay conducta ciega, y si la hubiera, no sería delictuosa. A tales consideraciones atiende en primer término el trabajo de Díaz-Aranda, que ante todo se pregunta: ¿dónde se ubica el dolo: en el tipo o en la culpabilidad? Con la doctrina dominante, se inclina por adscribirlo al tipo.

Adelante debe resolver otras interrogantes —otras encrucijadas que aguardan—: ¿basta con el conocimiento de la realización de la conducta peligrosa para el bien jurídico, o se requiere de la voluntad dolosa del sujeto activo? Asimismo, ¿es preciso conocer todos los elementos del tipo, o solamente los esenciales?

El doctor Díaz-Aranda se pronuncia por la teoría de la representación; basta con “la existencia de una voluntariedad general y (con el) conocimiento de la realización del tipo”. Para asumir esta conclusión existe un motivo irreductible: las cuestiones psicológicas son indemostrables científicamente; o dicho de otra manera, con Muñoz Conde, “lo que el sujeto sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”. Por otro lado, es suficiente con el conocimiento de los elementos esenciales para fundamentar el tipo doloso base; el de los elementos accidentales sólo determina la concurrencia de la agravación o la atenuación.

Claro está que al paso de estas meditaciones van apareciendo temas inquietantes. Uno de ellos es la tentativa. Resulta por lo menos desconcertante el párrafo 2 del artículo 63 del Código Penal Federal.

El párrafo 1 dispone sancionar la tentativa hasta con las dos terceras partes de la pena que se debiera imponer “de haberse consumado el delito que se quiso realizar”. Y el párrafo 2 se refiere a los casos “en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuere determinante para la correcta adecuación típica”; si esto ocurre —sigue diciendo el párrafo 2— se aplicará hasta la mitad de la pena señalada en el párrafo anterior, es decir, la mitad de la que se debiera aplicar “de haberse consumado el delito que se quiso realizar”.

Por ende, giraremos todo el tiempo en el vacío, pues lo que ignoramos es precisamente qué resultado típico se propuso alcanzar el infractor. Si se dice que esto se deducirá de las pruebas aportadas, podremos replicar que entonces sobra el párrafo 2: si hay pruebas que permitan saber lo que se propuso el inculpado, es suficiente con el párrafo 1. Mejor sería admitir que aquí existe por lo menos una duda razonable, con las consecuencias que esto tiene en orden a la resolución del juzgador. No insinúo la impunidad, sino la punición más benévola.

Díaz-Aranda recoge en su trabajo de ingreso algunos capítulos de la historia jurídico-penal mexicana del dolo o la intención —como se dijo durante más de un siglo, y ahora mismo dice, por cierto, el artículo 10 del código español de 1995—. Este fue un terreno asediado, pero nunca movedizo, hasta que llegó el viraje penal de 1983, fuente o raíz de la mayoría —o acaso la totalidad— de las mejores reformas penales que ha incorporado el derecho sustantivo nacional desde 1931 hasta el presente.

Desde luego, no estoy diciendo que el concepto de intención o dolo se hubiese mantenido inmóvil en la legislación mexicana desde que el Código de 1931 estipuló lo que creyó conveniente en ese año distante, hasta que se introdujo la reforma de 1983, publicada y vigente en 1984. Hubo pasos adelante en varios estados de la República, que aquí, como en otras cosas, animaron la reforma de la periferia al centro.

Sólo citaré, a título de ejemplo, el caso del proyecto elaborado en 1979 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, y adoptado, en muy

amplia medida, como Código para el Estado de Veracruz, en 1980. En la elaboración del proyecto veracruzano participaron algunos de los juristas que años más tarde intervendrían en el proyecto de 1983, encabezados por el maestro Celestino Porte Petit. Por ello —aunque no sólo por ello— existe una evidente huella del texto de 1979 en el de 1983.

En el Código de Veracruz —que en otros ángulos pecó de positivismo y peligrismo, lo reconozco— se consideró —y se considera aún— que obra con dolo “el que conociendo las circunstancias que integran la descripción legal quiere o acepta la realización de la conducta o hecho, legalmente descritos”. Esta fórmula fue el peldaño para redactar con mejores términos, en 1983, la primera versión novedosa del artículo 9o. de nuestro código penal federal: “Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley”.

En 1993 llegaría una segunda versión del precepto, que esta vigente: “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”. Como se mira, esta concepción extiende el conocimiento a todos los elementos del tipo penal.

Por supuesto, no cesó en ese punto el desarrollo de la ley penal. Un nuevo paso adelante —en mi concepto— se dio en el artículo 15 del Código Penal para Morelos, de 1996, que ciñe el alcance del conocimiento, y del propósito o la admisión, en sus casos, cuando sostiene que “obra dolosamente el que conoce y quiere o acepta los elementos objetivos del hecho descrito en el tipo penal”. Por este rumbo siguió el Código de Tabasco, de 1997: “Obra dolosamente —señala un párrafo del artículo 10— el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico, quiere o acepta su realización”.

En el discurso que estoy comentando, el doctor Díaz-Aranda aborda un asunto que hoy llama la atención, y que debió llamarla desde hace tiempo. Me refiero a las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 19 de la Constitución general de la República a propósito de los elementos del tipo penal, concepto que sustituyó —sin fortuna— a la antigua, persistente y conocida noción de cuerpo del delito, que ya no entrañaba problema alguno en México, al cabo de una acuciosa

elaboración legislativa, doctrinal y jurisprudencial cumplida en un larguísimo trayecto.\*\*

Esta innovación, que en otras oportunidades he cuestionado públicamente, y hoy cuestiono de nuevo —además de que la impugnan, por sus resultados, las procuradurías de justicia—, hizo que los códigos de procedimientos penales —con las salvedades de Morelos y Tabasco— codificaran la doctrina y establecieran, por ley, lo que se debe entender por elementos del tipo penal. De esta forma la doctrina se convirtió en decreto, y el decreto en doctrina. Entre aquellos elementos figuran el dolo y la culpa. Si es preciso acreditar los elementos del tipo penal, lo es comprobar el dolo o la culpa con que actuó el infractor, cuando todavía tiene título de inculpado.

Por supuesto, no hay objeción alguna a que así sea. La reforma de 1983 suprimió la cláusula, con la que navegamos desde 1871, en que se presumía la intención delictuosa. Semejante presunción era absolutamente inadmisibles, aunque no fuera —como alguna vez se dijo— equivalente a una presunción de culpabilidad contraria al principio clásico de presunta inocencia. Es obvio que el Ministerio Público debe ocuparse en acreditar el dolo o la culpa con que actuó el imputado.

El problema surge cuando la ley fundamental exige lo mismo, ni más ni menos, para ejercitar la acción penal, expedir una orden de aprehensión o una de comparecencia, y dictar un auto de formal prisión o uno de sujeción a proceso. El Ministerio Público se queja de que semejante exigencia es un semillero de impunidad; y añade que dada la formulación legal secundaria de los famosos elementos del tipo penal, sucede que se está pretendiendo que la consignación tenga la plenitud y fortaleza necesarias para fundar, nada menos, una sentencia condenatoria.

Es posible discutir largamente sobre este punto. Pero el punto subsiste. Y de lo que se trata es de que la norma sea fuente de claridad y de justicia, no de confusión o impunidad. Ante este panorama, que no se presentaba en los largos años del *corpus delicti*, se ha llegado a

\*\* Por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999, los artículos 16 y 19 de la Constitución fueron modificados. Se regresó a la expresión “cuerpo del delito”.

sugerir que una nueva disposición reduzca las exigencias que actualmente comprometen, en demasía, el acto de consignación. Pudiera ser. Pero también pudiera ocurrir que esta sustracción de elementos devenga una sustracción de garantías. En efecto, ¿de qué elementos del tipo se podría prescindir a la hora de consignar, o a la de dictar una orden de aprehensión, e incluso al tiempo de expedir un auto de formal prisión?\*\*\*

Puestos en esta situación —que nunca fue inevitable— quizás podríamos dar al problema una solución procesal, que no se traduzca en merma o supresión de garantías por la vía de la reducción de los elementos del tipo penal. Esta salida haría innecesario un riesgoso cambio constitucional.

Tal vez la solución se localiza en el ámbito de la prueba. Para este fin, habría que recordar la explorada diferencia tradicional entre prueba plena, prueba semiplena e indicio.

Sobre esta base, se podría requerir indicio o, mejor todavía, prueba semiplena para los fines de la consignación y de las primeras resoluciones jurisdiccionales, en tanto que se exigiría plenitud probatoria —dicho de otra manera, convicción— para la sentencia, habida cuenta de que entre aquellos autos y esta decisión de fondo media todo el proceso, durante el cual las partes pudieron y debieron afianzar probatoriamente su pretensión y sus defensas, respectivamente.

De esta suerte no habría necesidad de retirar un solo elemento de los que hoy día debe considerar el Ministerio Público cuando ejercita la acción, o el juzgador cuando adopta sus primeras determinaciones. Sólo se reflejaría en estos actos una diversa intensidad de prueba. ¿Acaso no es esto lo que ocurre ya —y desde hace tantos años—

\*\*\* El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se modificó por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 1999. Ahora el párrafo 2 del artículo 168 señala: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”. Asimismo, el párrafo 3 indica que “La probable responsabilidad del inculcado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del inculcado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

en relación con la responsabilidad, a la que nuestra Constitución sigue calificando, cautelosamente, como “probable”? ¿Qué significa esto? ¿No quiere decir que hay pruebas razonables para sostener la responsabilidad, suficientes para ejercitar la acción, aunque tal vez insuficientes para dictar una condena?

No digo que esta sea la salida necesaria de la encrucijada en que nos puso la impetuosa reforma constitucional de 1993. Sólo digo que valdría la pena examinarla —así como analizar otras alternativas— antes de internarnos en una reforma constitucional que comprometa u oscurezca las garantías individuales. Ya tenemos bastante con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Como dije, Enrique Díaz-Aranda prepara las maletas para un nuevo viaje. Le fue otorgada la beca Alexander von Humboldt, que en 1998 le llevará a Alemania. Ahí será alumno formal de Claus Roxin. Sus jornadas alemanas serán de profunda reflexión e intensa preparación. Y acaso también de memoria y proyecto. Quiero decir, memoria y proyecto cifrados en México, lugar de su origen y de su destino.

Yo diría que en los momentos de evocación que probablemente acudirán, en esas horas grises fuera de la patria, que lo son hasta para el hombre más universal, Díaz-Aranda recordará que aquí lo aguardan una Universidad, un sistema penal y una república en transformación, que necesitan de sus jóvenes valiosos. Hará dogmática “pura y dura”, como se dice con una curiosa expresión prestada de otras disciplinas, en las que resulta natural. Confío, sin embargo, en que esa ciencia sobre el delito, el delincuente y la pena no sea ni tan dura ni tan pura que se le escape, sin sentirlo, todo lo que quiere comprender: precisamente el delito, el delincuente y la pena.

La amistad generosa de Enrique Díaz-Aranda me permite acompañarle en su meditación académica. Testigo de su esfuerzo, le doy la más cordial bienvenida a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Al llegar a ésta, Díaz-Aranda hereda una tradición y se obliga a legar, a quienes lleguen luego, esa misma tradición enriquecida. Con trabajos como los que ya se le deben y con éste que ahora nos ofrece, ha comenzado a preparar ese instante futuro. Por lo pronto, se instala en el presente con firmeza. Felicidades, distinguido colega.