

## LEGISLACIÓN Y DOGMÁTICA DEL DOLO

Enrique DÍAZ ARANDA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema en México.* II. *Cuestiones dogmáticas preliminares.* III. *Evolución doctrinal.* IV. *Aproximación a la acreditación del dolo conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

El doctor Sergio García Ramírez es un ilustre jurista de nuestros tiempos quien, guiado por un inquebrantable talento democrático, ha dejado profunda huella de su paso por las aulas universitarias, en la literatura jurídica y, por si fuera poco, en la vida política nacional. Por todo ello es fácil comprender el respeto y admiración que siento por él y el gran honor que siento al participar en su muy merecido homenaje.

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN MÉXICO

El dolo, como elemento constitutivo del delito, siempre ha estado presente en nuestra legislación penal mexicana. Aunque, cabe aclarar, el término empleado para hacer referencia a éste era el de intencionalidad.<sup>2</sup> Así, desde el Código Penal de 1871,<sup>3</sup> más conocido como Código de Martínez de Castro, se hizo referencia a los delitos intencionales, consi-

1 Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, Bonn, Alemania.

2 Sobre la sinonimia entre el vocablo intención y dolo, *cfr.* Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano (parte general)*, México, Limón, 1937, especialmente pp. 177 y ss.; Von Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944, especialmente pp. 74 y ss. Claro está que el contenido de esta intención o dolo, como ya veremos más adelante, varían entre la doctrina causalista y la finalista.

3 Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común, y para toda la República sobre Delitos contra la Federación.

derados como delitos dolosos,<sup>4</sup> al igual que en el Código de Almaráz de 1929<sup>5</sup> y en el texto original del Código Penal de 1931.<sup>6</sup>

4 El Código Penal de 1871 establecía: “Artículo 6o. Hay delitos intencionales y de culpa.

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

Artículo 8o. Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró.

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

Artículo 10. La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

I. Que no se propuso ofender á determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño que resultó: si este fué consecuencia necesaria y notoria del hecho ú omisión en que consistió el delito: si el reo había previsto esa consecuencia, ó ella es efecto ordinario del hecho ú omisión y está al alcance del común de las gentes; ó si se resolvió á quebrantar la ley, fuera cual fuese el resultado;

II. Que ignoraba la ley;

III. Que creía que ésta era injusta, ó moralmente lícito violarla;

IV. Que erró sobre la persona ó cosa en que quiso cometer el delito, ó que es legítimo el fin que se propuso;

V. Que obró de consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 261”.

*Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, t. I, pp. 372-373.

5 El Código Penal de 1928 dispuso: “Artículo 12. Los delitos se dividen en: intencionales y en imprudencias punibles.

Artículo 13. Se considera delito intencional: el que se comete con el fin de causar daño o de alcanzar un beneficio con violación de los preceptos que informan la ley penal.

Artículo 14. Todo delito se presume intencional, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley exhiba la dañada intención para que aquel exista.

Artículo 15. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito: si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; y si resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró con el consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 255” . *Ibidem*, t. III, p. 122.

6 En su texto original, el Código Penal de 1931 establecía: “Artículo 8o. Los delitos pueden ser:

I. Intenciones, y

II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

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

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

Posteriormente la influencia del doctor García Ramírez condujo a la reforma al Código Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984, la cual supuso muy significativos cambios, entre los cuales destacó una nueva concepción del delito intencional, en los términos siguientes: “artículo 9o. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley”.<sup>7</sup>

Con esta reforma, el concepto tradicional de la intención fue mucho más allá, pues intención podría asociarse al *dolus directus* de primer grado,<sup>8</sup> más conocido en nuestro país como dolo directo. En cambio, la concepción de intención que comprende al “querer” y, además, “el aceptar” abarcó tanto al dolo directo, muy asociado a la intención, como al *dolus directus* de segundo grado o dolo indirecto y al dolo eventual (*dolus eventualis*). Por ello podemos decir que, desde la reforma de 1984, nuestro Código Penal acepta implícitamente las tres clases de dolo a las cuales me he referido. Posteriormente vendría la reforma de 10 de enero de 1994, en función de la cual, por imperativo de nuestro derecho positivo, sólo puede imputarse el delito a título de dolo o culpa, suprimiendo el título de imputación de la preterintencionalidad incluido en la reforma de 1984.

Es evidente que la concurrencia del dolo en la transgresión de una norma penal lleva al derecho penal a castigar más duramente dicha contravención. En consecuencia, los alcances de determinar correctamente si estamos ante una conducta dolosa o una culposa se reflejan en cuánto tiempo vamos a privar de la libertad al responsable de un delito, por ejemplo, en un delito de homicidio, si será de ocho a veinte años de prisión por un homicidio doloso (artículo 307) o de dos a cinco años de prisión por uno culposo (artículo 60 del Código Penal).

Además, la reforma de 1994 incluyó la fórmula de *numerus clausus* en el Código Penal (artículo 60), por lo que ciertos delitos sólo pueden ser cometidos a título de dolo y no de culpa, abriendo una línea fronteriza trascendente entre la sanción y la impunidad de una conducta.

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93”. *Ibidem*, t. III, p. 306.

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984, p. 5.

<sup>8</sup> En este sentido, *cfr.* Roxin, Claus, *Derecho penal*, t. I., especialmente p. 415; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal* (parte general), 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 243.

Por ello, determinar claramente la conceptualización del dolo es fundamental, porque es la única vía para sancionar adecuadamente una conducta como dolosa, culposa o, en el otro extremo, dejarla impune, si no concurre el dolo y el título de imputación no acepta su comisión culposa.

Si lo anterior no lo tenemos claramente determinado o cuando menos no se conocen los criterios para ello, puede cuestionarse la certeza jurídica y la justicia misma, acarreado el descrédito del derecho penal.

Aunado a lo anterior, la reforma a la Constitución de 1994 ha confirmado la actualidad del tema. Hoy en día, de acuerdo con el artículo 16 de nuestra carta magna, la autoridad judicial sólo podrá librar orden de aprehensión cuando existan datos que acrediten los elementos integrantes del tipo penal, entre los cuales, de acuerdo con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se encuentra el dolo, y lo mismo requerirá el juez para dictar el auto de formal prisión (artículo 19 de la Constitución).

Como es fácil advertir, hasta antes de la reforma de 1994, los doctores nacionales podían libremente elegir la ubicación sistemática del dolo, aunque la doctrina mayoritaria se había pronunciado por situarlo en la culpabilidad; en este sentido: García Ramírez,<sup>9</sup> Carrancá y Trujillo,<sup>10</sup> Castellanos Tena<sup>11</sup> y Villalobos.<sup>12</sup>

Ésta es, a grandes rasgos, la panorámica actual del dolo en nuestro país. Rememorando una frase del doctor Sergio García Ramírez “no hay nada nuevo salvo lo que hemos olvidado”, conviene recordar de acuerdo con este pensamiento cuál ha sido el desarrollo dogmático del dolo para posteriormente intentar realizar una primera aproximación a su interpretación y acreditación en nuestro país.

## II. CUESTIONES DOGMÁTICAS PRELIMINARES

El tema del dolo puede enfocarse desde diferentes ángulos, todos ellos polémicos y de tal importancia que han trastocado la teoría del delito en

9 Ubicaban el dolo en la culpabilidad, entre otros: García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 28 y 29.

10 Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.*, nota 2, especialmente pp. 177 y ss.

11 Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal (parte general)*, 15 ed., México, Porrúa, 1981, especialmente pp. 239-243.

12 Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano (parte general)*, 5a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 293-297.

general. A continuación presentaré algunos de los diferentes problemas aludidos.

La primera gran discusión gira en torno a su ubicación sistemática, ¿se ubica en la culpabilidad o en el tipo? De ello se ocuparon causalistas y finalistas a principios de siglo. Empero, la discusión vuelve a cobrar fuerza con las teorías de Güther Jakobs. El segundo problema parte del concepto mismo del dolo, el cual se concebía tradicionalmente como “la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.<sup>13</sup> Ello da lugar al análisis de los elementos integrantes del concepto aludido: cognitivo y volitivo, pero ¿se requerirá siempre de la voluntad dolosa del sujeto activo o bastará con el conocimiento de la realización de la conducta peligrosa para el bien jurídico? Tampoco está exento de perplejidades el elemento cognitivo ¿qué grado de conocimientos se requiere para imputar la comisión de un delito doloso al sujeto activo?, y ¿se requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo o sólo los esenciales?

Sólo he hecho referencia a tres grandes quisicosas del dolo, existen muchas más y dentro de cada una de ellas se albergan otras tantas. Permítanme ofrecer los lineamientos generales de las tres planteadas.

### III. EVOLUCIÓN DOCTRINAL

Desde 1884, Von Liszt analizó el delito a partir de la división entre parte objetiva y subjetiva, al injusto pertenecía exclusivamente “caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad”.<sup>14</sup> Esta concepción se sustentó en la doctrina causal de acción y en la noción de antijuridicidad como un juicio desvalorativo, de ahí que, lógicamente, se incluyera todo lo externo en la antijuridicidad. En cambio, el componente subjetivo del dolo llevó al causalismo a considerarlo como una “forma de culpabilidad” determinada por la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado.<sup>15</sup>

13 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, trad. de Jean Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4a. ed., castellana de la 11 ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 77.

14 *Ibidem*, p. 72.

15 En este sentido, analiza autores italianos Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.*, nota 2, especialmente pp. 179 y ss.

Así, razones filosófico-políticas llevaron a la doctrina causalista clásica a concebirlo como *dolus malus* cuyos elementos eran “a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho)”,<sup>16</sup> de ahí que Beling considerara que “el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente”,<sup>17</sup> en consecuencia,

no sólo existe el dolo que interesa cuando el autor, con respeto a la ilicitud en general no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo hay tampoco cuando, dándose tal dolo “genérico”, no tenga el autor la *dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente* por ejemplo cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo.<sup>18</sup>

Para el Tribunal Supremo alemán, en cambio, sólo se requería del conocimiento de las circunstancias del hecho, entendidas como un conocimiento genérico del tipo, y no de la antijuridicidad, la cual, de acuerdo con dicho tribunal, sólo era necesaria en aquellos delitos en los cuales se requiriera expresamente esa conciencia a título de condiciones objetivas de punibilidad.<sup>19</sup>

El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto provocó el primer gran cisma del sistema causalista, pues ya no era tan definitiva la división entre elementos objetivos y subjetivos, como sostenía el causalismo clásico. Así, por ejemplo, aquellos tipos que requieren elementos anímicos-subjetivos específicos, como el ánimo de apropiación o el ánimo de lucro, precisan de juicios estrictamente subjetivos y no causal-objetivos.

Lo mismo sucedió al analizar la tentativa, pues un juicio puramente causal no podría indicarnos qué tipo debemos ampliar a través de la fórmula de la tentativa. En efecto, para saber si estamos ante una tentativa de homicidio o una de lesiones, es imprescindible atender al dolo del autor para constatar su tipicidad; por ello, el dolo pasa indefectiblemente a formar parte de los elementos del tipo. Lo anterior se confirma si la conducta ha provocado un resultado típico. ¿Cómo podríamos determinar

16 Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 9, p. 238.

17 Von Beling, Erns, *Esquema de derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944, p. 72.

18 *Ibidem*, p. 73.

19 *Cfr. Ibidem*, especialmente pp. 78 y ss.

si ese resultado fue provocado dolosa o culposamente sin atender al dolo del autor?<sup>20</sup>

De esta guisa, las críticas del causalismo naturalístico conllevaron al causalismo valorativo, que, si bien no afectaron al concepto y colocación sistemática del dolo, sí constituyeron la base de la posterior crítica realizada por A. Graf zu Dohna, la cual provocó la salida del dolo del ámbito de la culpabilidad y su colocación sistemática en el tipo como un elemento esencial de lo injusto gracias a la teoría final de la acción.<sup>21</sup> Ello supone un concepto más restringido del dolo que se concibe ahora como “dolo natural” o “dolo neutro”, incluyendo el conocimiento y voluntad de los hechos descritos en el tipo, pero no la conciencia de la antijuridicidad.

Así, para el finalismo ortodoxo, “el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto”.<sup>22</sup> Éste es el concepto que todavía sigue adoptado la doctrina mayoritaria,<sup>23</sup> partiendo de una concepción imperativa del finalismo. En consecuencia, el dolo pasa a ser considerado como un elemento subjetivo del tipo.<sup>24</sup>

Antes de entrar al análisis del concepto del dolo, conviene precisar que los desarrollos subsecuentes se referirán al llamado por Welzel dolo de tipo,<sup>25</sup> pues la doctrina contemporánea distingue entre *dolo típico*, *dolo referido al hecho típico* y *dolo completo*. El dolo típico sólo exige el conocimiento y la voluntad el hecho típico. En cambio, el dolo del hecho típico se refiere a la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación. Por último, el dolo completo supone el conocimiento de la antijuridicidad.<sup>26</sup>

20 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, esencialmente pp. 72 y ss., y Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 60.

21 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, especialmente pp. 72 y ss.

22 Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 9, p. 239.

23 Así, por ejemplo, recientemente Roxin lo define como “saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal”. Cfr. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 8, p. 415.

24 En palabras de Welzel, “la teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 74. Del mismo criterio, cfr. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 8, especialmente pp. 414 y ss., y Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal (parte general)*, trad. de José Luis Manzanares, 4a. ed., Granada, 1993, especialmente p. 262.

25 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 77. En el mismo sentido, cfr. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 8, p. 414.

26 Cfr. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 8, especialmente formulación; cfr. Maurach, Reinhart, y Zipe, Heint, *Derecho penal (parte general teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, trad. de Jorge Bofil Genszch, Enrique Aimone Gibson de la 7a. ed. alemana, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, t. I, especialmente pp. 376-378.

## 1. *Concepto*

De acuerdo con Welzel,

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 relizarlo —el momento volitivo—. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo.<sup>27</sup>

En este sentido, “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”;<sup>28</sup> es decir, la conciencia del hecho y la resolución del hecho. A partir de lo anterior, para Maurach y Zipf,

el dolo, expresado con la formulación más general, es el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo. Pero, como el tipo objetivo no es sino la combinación de una acción y de un resultado legalmente determinado, entonces, el dolo, referido a la teoría de la acción, aparece como “la voluntad de actuar, referida al resultado que sustenta la acción”.<sup>29</sup>

Contra la concepción tradicional se han presentado varios argumentos; el de mayor peso ha sido el referente a su incapacidad para englobar las tres clases de dolo,<sup>30</sup> pues, con un concepto formado con elementos cognitivo-volitivos, dejaríamos fuera el dolo directo de segundo grado y, sobre todo, el dolo eventual. De ahí que la dogmática moderna aporte nuevas definiciones de dolo. Por ejemplo, para Schrot es la “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”,<sup>31</sup> al paso que Phillips lo concibe como una “decisión adoptada en una situación de riesgo”,<sup>32</sup> Roxin y Hassemer lo definen como la “decisión en contra del bien jurídico tutelado”.<sup>33</sup> Me explico, el dolo debe ser concebido como la realización del

27 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

28 *Idem*.

29 Maurach, Rainhart, y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 26, t. I, p. 376.

30 *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 24, especialmente p. 264.

31 Schroth, “Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des Dolus Eventualis”, *NSyZ*, 1990, p. 325, *cit.* en Díaz Pita, Ma. del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

32 Phillips, “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”, *ZStW*, 85, 1973, p. 38, *cit.* en Díaz Pita, Ma. del Mar, *op. cit.*, nota 31.

33 Hassemer, “Los elementos característicos del dolo” (trad. de Díaz Pita), *ADPCP*, 1990, p. 918. Roxin, Claus, “Zur Abgrenzung von Bedingtem Vorsatz un Bewusster, Fahrlässigkeit”, *Strafrechtliche Grundlagprobleme*, Berlín, 1973, pp. 222 y ss. *cit.* en Díaz Pita, Ma. del Mar, *op. cit.*, nota 31.



plan del sujeto y el resultado podrá ser valorado como dolosamente producido como dicho resultado; valorado objetivamente, cumple exactamente con dicho plan.

## 2. Contenido

Dos son los elementos conformadores del dolo: cognitivo y volitivo, de ellos me ocuparé a continuación.

### A. Elemento cognitivo

Es indiscutible que el sustento fundamental del concepto de dolo radica en el elemento cognitivo, pues el conocimiento es el “presupuesto” de la voluntad, toda vez que no puede quererse lo que no se conoce. Como señala Hassemer, “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”.<sup>34</sup> De esta guisa, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, conocer es “averiguar mediante las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”, y “percibir el objetivo como distinto de todo lo que no es él”. Además, conocer en el lenguaje coloquial implica grabar en la conciencia palabras, conceptos, conocimientos y experiencias que “inconscientemente” se tienen disponibles en la memoria. Pero, el gran interrogante es ¿qué debe conocerse? Inicialmente el elemento intelectual sólo comprendía “el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal”.<sup>35</sup> Ésta es la llamada conciencia actual que consiste en la representación, percepción o pensamiento del agente sobre las “circunstancias” y las “consecuencias” de su actuar. Sin embargo, Beling aclara que el dolo

no requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus “elementos”. Esto sería muy raro, puesto que los “delito-tipos” y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado. Es necesario solamente el conocimiento de las “circunstancias del hecho” que, contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. “Circunstancias del hecho” significa estado de cosas puramente objetivas; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo).<sup>36</sup>

34 Hassemer, *op. cit.*, nota 33, p. 927. En el mismo sentido, *cf.* Maurach, Reinhart, y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 26, t. I, especialmente p. 380.

35 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 78.

36 Von Beling, Ernst, *op. cit.*, nota 17, p. 77. En el mismo sentido, *cf.* Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 20, p. 61.

Más tarde, Frank disintió al considerar que “es suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de reflexionado, en el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo, debe haberlos conocido o sabido”.<sup>37</sup>

Actualmente también se incluyen los conocimientos actualizables, es decir, aquellos que, pese a no estar presentes en el momento de realizar la acción, sí son conocidos por el autor en el consciente.

Por el contrario, es opinión dominante excluir los conocimientos potenciales, razón por la cual no puede considerarse que obra dolosamente quien ignoraba las consecuencias de su acto pese a que “debió” o “pudo” saberlas.<sup>38</sup>

El dolo se integra por elementos descriptivos y normativos, los cuales pueden ser esenciales o accidentales. En este sentido, el conocimiento de los elementos normativos representa mayores problemas en comparación con el conocimiento de los elementos descriptivos. Es más fácil que el hombre medio tenga conocimiento sobre la prohibición de privar de la vida a otro que saber quién es servidor público a efectos de la responsabilidad penal o el concepto de aquello que debe entenderse por ajeno, falso, documento o lascivo, que sólo puede captarse intelectualmente. Al efecto, basta con que el sujeto “tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos”.<sup>39</sup>

Aquí surge la primera duda, ¿cuál es el grado de conocimiento exigible para el dolo?

Para Mezger, “es necesaria y suficiente la valoración paralela en la esfera del profano”.<sup>40</sup> En este sentido, por profano debe entenderse al hombre medio dentro del entorno social y cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho. En palabras de Jescheck, “debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador”.<sup>41</sup>

37 Frank, *Aufbau des Schuldsbegriffs*, 1907, p. 28, cit. en Díaz Pita, Ma. del Mar, *op. cit.*, nota 31, p. 56.

38 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 78, y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 20, p. 61. En contra, Platzgummer.

39 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, especialmente pp. 90 y ss.

40 Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 8, p. 241. En el mismo sentido, cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, especialmente p. 91.

41 Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 24, pp. 265-266.

Cabe aclarar que la calificación jurídica errónea de los hechos en el entorno social del autor no es trascendente para la integración del dolo. Pero sí lo es cuando impide la comprensión en la esfera del profano, por ejemplo, cuando cree erróneamente que un objeto le es propio siendo, de acuerdo con la ley, ajeno.

Sobre los elementos esenciales y los accidentales, es bien sabido que de los primeros depende la existencia del delito, al paso que los segundos sólo determinan la concurrencia de la agravación o la atenuación del delito base.

El dolo deberá abarcar tanto los elementos esenciales como los accidentales. Sobre esta afirmación, un sector de la doctrina sostiene que deberán conocerse “todos” los elementos del tipo objetivo.<sup>42</sup> Si esto fuera así, la falta de un elemento esencial o accidental excluiría el dolo; sin embargo, ello no es así, pues sólo la ausencia de un elemento esencial da lugar a la aplicación de las reglas del error de tipo, según las cuales, si el error es vencible, podemos atribuirlo a título de culpa, siempre y cuando el delito acepte dicha forma de comisión, o dejarlo impune si el error es invencible. En cambio, la falta de elementos accidentales no impide la fundamentación del tipo doloso base.<sup>43</sup>

Por otra parte, el dolo se refiere única y exclusivamente a la “parte externa de la conducta”, no abarca el resultado *ex post*. De ello se ha ocupado Frisch, quien confirma su postura al analizar los delitos de resultado, pues, si quisiéramos incluir este último dentro del conocimiento del tipo objetivo, tendríamos que preguntarnos ¿cómo podemos constatar un conocimiento *ex ante* de un resultado que se verifica *a posteriori*? Para decirlo con otras palabras, ¿cómo puede pedirse al sujeto que conozca el resultado antes de emprender su acción si será después de realizarla cuando lo sepa? A ello debe sumarse que el sujeto activo no siempre se plantea si su conducta producirá el resultado delictivo. En conclusión, el dolo no abarca el conocimiento del resultado *ex post*. Por las mismas razones antes aludidas, tampoco quedarán cubiertas por el dolo las condiciones objetivas de punibilidad.<sup>44</sup>

42 Cfr. Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito (derecho penal parte general)*, Madrid, Civitas, 1992, p. 205.

43 Cfr. Von Beling, Ernst, *op. cit.*, nota 7, especialmente pp. 82 y ss. En contra, Gómez Benítez, quien considera que deben conocerse “todos” los elementos del tipo. Cfr. Gómez Benítez, José Manuel, *op. cit.*, nota 42, especialmente pp. 205 y ss.

44 Cfr. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 8, especialmente p. 240.

Muchas otras cuestiones quedan pendientes de desarrollar como las relativas al dolo indirecto y al dolo eventual, del cual ya me he ocupado en otra ocasión,<sup>45</sup> basta por ahora con estos primeros esbozos sobre el dolo.

## B. Elemento volitivo

Welzel analizó desde el punto de vista gramatical que el verbo “querer” es auxiliar y necesita indefectiblemente de uno principal para tener sentido. Luego, entonces, querer en el derecho penal debe entenderse como querer “realizar” el tipo de un delito y no sólo “querer tener” o “querer alcanzar”.<sup>46</sup> Lo anterior tiene tres rasgos, a saber: un factor de orientación hacia lo inminente; un factor que se refiere a lo que quiere hacerse, y un objetivo que tiene ese querer.

Desde esta perspectiva, para afirmar la realización de una conducta hacia la provocación de la muerte de una persona, además, se requiere querer ese resultado.

Si aceptamos como cierto el planteamiento anterior, entonces, negaríamos el dolo del sujeto que entra armado a una institución bancaria con el propósito de robar y, pese a sus amenazas, no se le toma muy en serio, ante lo cual opta por matar a uno de los cuentahabientes para someter a los demás a sus deseos. En ese supuesto, el homicida sabía el gran peligro de la dirección de su conducta, pero no quería el resultado muerte; ¿será acorde con un principio de justicia material negar su dolo? Y, retomando interrogantes anteriores, ¿estaría presente el elemento volitivo del dolo en los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual?

Lo anterior deja entrever el problema sobre la determinación de ¿qué se entiende por querer?, y ¿qué se debe querer para afirmar el dolo?

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo querer significa

desear o aceptar. 2. Amar, tener cariño, voluntad o inclinación a una persona o cosas. 3. Tener voluntad o determinación de ejecutar una cosa. 4. Resolver, determinar. 5. Pretender, intentar o procurar. 6. Ser conveniente una cosa a otra; pedirla, requerirla. 7. Conformarse o avenirse uno al intento o deseo de otro [...].

45 Cfr. Díaz Aranda, E., “Teorías del dolo eventual”, *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1977, pp. 47-64.

46 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, especialmente p. 79.

Como es fácil advertir, el término querer es demasiado amplio y abarca tanto el deseo de conseguir un resultado, como la resolución de simplemente realizar una conducta o, incluso, resignarse a las consecuencias de un acontecer externo.

En el primer sentido, es claro que, en el ejemplo arriba planteado, el sujeto no desea el resultado, por ello se ha señalado que no debe confundirse el elemento volitivo, conformado por el querer, con los deseos o móviles del sujeto,<sup>47</sup> distinción ilustrada por Gómez Benítez con el ejemplo del “individuo que lanza la bomba contra el coche del político no desea la muerte del conductor, pero en la medida en que la sabe necesariamente unida a su acción, y a pesar de ello actúa, hay que decir que la quiere, es decir que es intencionalmente causada”.<sup>48</sup>

Difiero del autor antes citado, pues la intención consiste en la “determinación de la voluntad en orden a un fin”; es decir, hacia la consecución de un resultado y, por más reinterpretaciones del verbo querer, para seguir sosteniendo los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual, éste no puede abarcar el resultado típico.

Por lo tanto, nuevamente se confirman los recientes conceptos de dolo, a los cuales ya me he referido, que hacen descansar el elemento volitivo en el querer realizar la conducta a sabiendas del peligro de lesión que suponen para el bien jurídico tutelado.

Por otra parte, el elemento volitivo enfrenta los problemas de su dificultad probatoria<sup>49</sup> y su indemostrabilidad científica, como afirma Muñoz Conde:

nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede “saber con certeza” cuál es su exacto contenido. Cuando se dice, por ejemplo, que alguien actuó con dolo, se está, en realidad, presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo.<sup>50</sup>

Sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de junio de 1991 declara: “el elemento subjetivo no se exterioriza de la

47 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 20, especialmente p. 62.

48 Gómez Benítez, José Manuel, *op. cit.*, nota 42, p. 209.

49 Cfr. Maurach, Reinhart, y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 26, t. I, especialmente p. 380.

50 Muñoz Conde, Francisco, “Prólogo”, en Díaz Ripollés, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 10. También, en el mismo sentido, cfr. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 20, especialmente p. 59.

misma forma que el objetivo. Ha de deducirse del comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”. Por todo lo anterior, los elementos subjetivos del delito observan hoy en día una creciente intromisión de conceptos puramente normativos desplazando a los psicológicos, salvo en aquellos supuestos en los que el tipo requiere específicamente ánimos o deseos. Tratándose del dolo, el elemento cognitivo cobra mayor importancia en relación al volitivo.

Por último, el querer del sujeto activo debe concurrir en el momento de realizar el hecho, no importan las representaciones del sujeto antes del suceso (*dolos antecedentes*); por ejemplo, si tenía dudas, como tampoco las posteriores (*dolos subsequens*), como sucede con el arrepentimiento.<sup>51</sup>

#### IV. APROXIMACIÓN A LA ACREDITACIÓN DEL DOLO CONFORME AL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

De acuerdo con lo anterior, podemos empezar por desentrañar qué quiere expresar el legislador penal mexicano cuando se refiere a la conducta dolosa como aquella en la cual el sujeto activo quiere o acepta el resultado típico.

Al hacer referencia al querer o aceptar, el legislador penal mexicano no sólo abarca en el dolo a la *voluntad* en el sentido de “querer el resultado típico”, “desear”, “perseguir”, “aprobar” o “conseguir con agrado”, sino también quien acepta, aunque sea a disgusto. En otras palabras, también obra dolosamente quien se conforma o se resigna con llevar adelante la conducta que, estadísticamente y de acuerdo con el pronóstico concreto del autor, probablemente puede causar el resultado.<sup>52</sup>

Por otra parte, de acuerdo con lo ya desarrollado, la voluntariedad a que alude el artículo 7o. del Código Penal debe interpretarse como un comportamiento humano voluntario, entendido como voluntariedad general que implica la no concurrencia de algunas de las causas de ausencia de conducta; por ejemplo, sueño o sonambulismo.<sup>53</sup> Si a dicha “volun-

51 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 20, p. 62, y Maurach, Reinhart, y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 26, t. I, p. 382.

52 Cfr. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 13, especialmente pp. 80 y ss., y Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 8, especialmente pp. 244 y ss.

53 Sobre el concepto de conducta voluntaria, cfr. Jiménez Huerta, Mariano, *Panorama del delito (nullum crimen sine conducta)*, México, Imprenta Universitaria, 1950, pp. 11-22, y Porte Petit Candau-

tariedad general” del comportamiento se suma el “conocimiento de la realización del hecho típico”, entonces estaremos ante una conducta típica dolosa y no se requiere acreditar la existencia de una actitud interna de deseo, aprobación, consentimiento o aceptación del resultado.

Siguiendo con el planteamiento, el conocimiento de la prohibición de una conducta se aprehende a través del lenguaje y la comunicación con su entorno social, estamos hablando del nivel cultural del sujeto activo y de su medio social. Será esto, entonces, lo que corresponderá acreditar al Ministerio Público o al juez, según sea el caso, para sostener la “consignación” o el “auto de formal prisión” o incluso la “sentencia” para imputar al sujeto la realización de un hecho doloso, “motivado” en la deducción de la existencia de la voluntariedad general del autor, sustentada en su conocimiento de la prohibición de la conducta en el momento de realizarla. En otras palabras, el sujeto podía representarse, percibir o pensar en las circunstancias y consecuencias ilícitas de su actuar.

En contrapartida, el desconocimiento de los elementos esenciales conduce a las reglas del error de tipo. Por tanto, si dicho error es invencible, quedará excluido el tipo y, si es vencible, dejará subsistente la culpa, siempre y cuando esté prevista dicha forma de comisión el artículo 60 del Código Penal. En cambio, el desconocimiento de los elementos accidentales sólo determinará la aplicación de atenuantes o agravantes.

De esta guisa, la existencia del componente volitivo se determina en función de las circunstancias objetivas que rodean al hecho, las cuales, sumadas al elemento cognitivo, lo hacen insoportable para el derecho penal y legitiman su punibilidad a título de dolo, manteniendo la orientación de un derecho penal de prevención general.

Todo lo anterior muestra la enorme transcendencia del tema del dolo, pues su discusión doctrinal y su adecuada aplicación por los órganos jurisdiccionales supone mayor certeza jurídica y una mejor impartición de justicia penal, pilares indispensables para la consecución del Estado social y democrático de derecho en nuestro país.