

La Normativización del Tipo Subjetivo en el Ejemplo del Dolo

Por: José Antonio Caro John*

El autor desarrolla la exigencia de constatar un elemento subjetivo relevante normativamente, para afirmar la tipicidad de un comportamiento; no cualquier manifestación del pensamiento puede configurar ese componente indispensable. Para ello expone un orden metodológico que empieza por la imputación objetiva. Luego el autor, para desarrollar lo referente al aspecto subjetivo, expone las teorías psicologistas y normativistas, presentando en ambos casos sus pros y contras. A su vez, desarrolla de manera completa la configuración del dolo y la culpa.

I. Consideraciones generales

El juicio de tipicidad se concibe como el proceso valorativo de subsunción o adecuación de una determinada conducta humana a la hipótesis contenida en un tipo penal¹. Sin embargo, más allá de esta pacífica conceptualización, la subsunción de un hecho en el tipo objetivo no completa el juicio de tipicidad, es decir, no es suficiente para poder imputarle penalmente ese hecho a una persona como una obra suya². Para la imputación jurídico-penal, entonces, se requiere que esa conducta objetivamente adecuada al tipo penal esté abarcada por el conocimiento de la persona que la realiza, de modo tal que pueda serle atribuida como una objetivación de ese aspecto interno que le es innegablemente inherente.

De allí la necesidad de que un Derecho penal respetuoso de las garantías fundamentales del Estado de Derecho se funde sobre el principio de culpabilidad y la consiguiente proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal)³, lo cual conlleva la ineludible exigencia de constatar un elemento subjetivo normativamente relevante para poder afirmar plenamente la tipicidad de un comportamiento⁴. Este nivel de análisis se constituye en una garantía para el ciudadano en tanto marca el límite del Derecho penal en el plano de lo subjetivo, de suerte que no le está

permitido al Estado inmiscuirse en el ámbito privado de las personas ni reprimir meros pensamientos, por más indecorosos o viles que éstos puedan ser. En ese sentido, se revela incuestionablemente vigente la máxima *cogitationis poenam nemo patitur* (¡el pensamiento no delinque!). Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

«El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado (...), de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa»⁵.

En esta línea, resulta claro que no cualquier forma o manifestación del pensamiento o conocimiento humano puede configurar ese componente subjetivo indispensable para el juicio de tipicidad, sino sólo aquellos que el Derecho penal reconozca válidamente como una expresión del fuero interno de la persona. Y tales formas de la subjetividad humana, de acuerdo al artículo 12° del Código Penal⁶, sólo pueden ser el *dolo* o la *culpa*, cuya determinación %dado que la ley

* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 296.

2 BACIGALUPO, Enrique, «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 65; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, p. 13; ÍDEM, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002, p. 114, nota 234; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª edición, Grijley, Lima 2005, p. 448.

3 Artículo VII, Título Preliminar CP: «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva.»

4 GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008, p. 391.

5 Sentencia recaída en el Exp. N° 014-2006-AI/TC, F.J. 25 y 26.

6 «Artículo 12°.- Delito doloso y culposo
Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.
El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.»

penal peruana, a diferencia de otras legislaciones, no ofrece una definición acabada o concreta sobre dichos elementos% requiere un proceso valorativo y analítico. Este proceso se conoce precisamente como la *imputación subjetiva*, a la cual se dedican las siguientes líneas (tras haber ya analizado anteriormente el aspecto externo que corresponde a la imputación objetiva).

II. Orden metodológico: la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva

El proceso que conlleva la imputación jurídico-penal, para poder ofrecer soluciones coherentes a casos prácticos, requiere necesariamente de un orden metodológico que guíe el análisis jurídico de cara al juicio de tipicidad. Este orden en el análisis responde particularmente al significado social que para el Derecho penal debe tener toda conducta sometida a su ámbito de enjuiciamiento al superar los límites de lo jurídicamente tolerado, de modo que si ya de antemano determinado comportamiento no representa ninguna alteración del orden social jurídicamente protegido ni implica la defraudación de ciertas expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, carece de toda relevancia e interés indagar el aspecto subjetivo de quien realizó dicho comportamiento y por ende atribuir cierto sentido al conocimiento⁷.

Esto no significa sino que el orden de análisis más congruente desde una perspectiva social es el de determinar en primer lugar la tipicidad objetiva y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, proseguir con el análisis de la tipicidad subjetiva⁸. De este modo, el juicio de tipicidad debe partir por analizar si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado para luego recién pasar a abordar la imputación subjetiva, en los términos expuestos más adelante. Sostener un orden inverso, es decir, anteponer el análisis del fuero interno al del aspecto externo de la conducta conllevaría sin duda alguna a consecuencias absurdas y arbitrarias en la práctica.

Así, por ejemplo ¿tendría que castigarse penalmente al médico que, actuando con el más estricto y escrupuloso respeto de la *lex artis*, realiza una intervención quirúrgica *deseando* la muerte de su paciente gravemente enfermo que, en efecto, termina falleciendo tras la operación? Al anteponer el análisis subjetivo y enfocarse en los viles deseos del médico, una solución consecuente con dicho orden metodológico afirma sin más que el

profesional de la medicina debe responder penalmente por el delito de homicidio en grado de tentativa si el paciente sobrevive a la operación quirúrgica. Lo mismo podría afirmarse respecto al boxeador que con ánimo homicida, pero actuando reglamentariamente, ataca a su contrincante⁹. Y, trasladando este razonamiento al ámbito de los delitos contra la administración pública, carecería igualmente de sentido afirmar la responsabilidad penal del funcionario público que, aun con intención de obtener algún provecho económico, sostiene conversaciones o acercamientos legalmente permitidos con un particular en torno a un proceso de contratación estatal¹⁰. La respuesta en todos los casos es la misma: los deseos, pensamientos o representaciones no fundamentan *per se* el juicio de imputación subjetiva. Este tipo de situaciones reflejan la necesidad de empezar por el examen de tipicidad objetiva, que sólo puede verse superado si se constata *objetivamente* el quebrantamiento de un rol o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber derivado del ámbito de competencias del sujeto, creando de este modo un riesgo penalmente prohibido. Sólo de esta manera se garantiza que el Derecho penal no invada la esfera más íntima del ciudadano y, en consecuencia, no reaccione ante meras representaciones, deseos o anhelos, más allá de su valoración específica como malintencionados, viles o perversos, los que pueden ser censurables desde una perspectiva moral, más no –en modo alguno– desde un punto de vista jurídico¹¹. Esto implica que al Derecho penal sólo le interesa analizar el aspecto subjetivo, es decir, atribuir algún sentido al conocimiento, como se verá más adelante, siempre que se realice una conducta que exceda objetivamente los límites de lo permitido por las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente, de suerte que ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o culpa, si el comportamiento enjuiciado no perturba el orden jurídico-social. De este modo, una conducta que goza de reconocimiento social no admite preguntas ni intervenciones sobre el fuero interno del actuante. Por estas consideraciones, no cabe duda de que el tipo objetivo es el sustrato u objeto de referencia del tipo subjetivo¹².

Ya la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad para pronunciarse sustancialmente en esta misma línea argumentativa:

«(...) que, por otro lado, en cuanto a la tendencia psicológica del encausado a evadir su responsabilidad penal, ésta deviene en irrelevante por haberse probado

7 Por ello, y con evidente razón, JAKOBS sostuvo hace ya varios años: «Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena», cfr. JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid 1997, p. 302.

8 Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 113 s.

9 Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª edición, Themis, Bogotá 1996, pp. 95 s.

10 Como lo señala ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª edición, Grijley, Lima 2007, p. 413: «Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones o concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento». De hecho, normas como la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (Ley N° 28024) sirven para establecer la frontera entre los actos de gestión permitidos (orientados a influir en una decisión pública) y los pactos confabulatorios o clandestinos. De ahí que resulte claro que la concertación típica propia de la colusión sólo puede realizarse al margen de lo jurídicamente permitido.

11 JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998, pp. 83 s.; CARO JOHN, José Antonio, «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, 2006, p. 247.

12 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 93: «Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo».

que el hecho objetivamente carece de relevancia penal, por lo que la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada a su favor se encuentra acorde a Ley»¹³.

En ese sentido, sólo cabría analizar –retomando los ejemplos propuestos– si el médico actuó con dolo o culpa, siempre que previamente se hubiese determinado que la operación quirúrgica no se llevó a cabo en observancia de las reglas técnicas que le impone su profesión (*lex artis*); o que el boxeador infringió los límites establecidos por el reglamento correspondiente; o que los acercamientos entre el funcionario público y el particular han superado los límites de lo jurídicamente tolerado, para devenir en una concertación típica del delito de colusión. Todas estas consideraciones, sin duda, refuerzan el orden metodológico –aquí expresado– que ha de guiar el juicio de imputación y que lo ratifican como el más consecuente para la relación armónica que debe existir entre Derecho penal y sociedad¹⁴.

III. El carácter normativo del conocimiento penalmente imputable

1. Planteamientos dogmáticos de solución: los graves inconvenientes de una visión psicologicista

La determinación de los elementos que conforman el lado subjetivo del tipo no ha sido una cuestión pacífica que haya sido solventada de manera unívoca e indiscutida en el Derecho penal, al punto que aún hoy subsisten planteamientos de sustrato marcadamente diverso para definir el fundamento de la imputación subjetiva. En la dogmática jurídico-penal se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos¹⁵: por un lado, las teorías *psicologicistas*, que parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías *normativistas* que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano.

Para las teorías psicologicistas el conocimiento jurídico-penalmente relevante no es más que un fenómeno

psicológico, en tanto proceso efectivamente ocurrido en la mente del autor, que debe averiguarse en el curso del proceso penal¹⁶. Por tanto, para esta forma de concebir la imputación subjetiva el conocimiento penalmente relevante constituye una realidad pretérita, un fenómeno psíquico existente en el momento en el que se llevó a cabo la acción típica y que el juez debe tratar de reconstruir. A partir de esto se revelan algunos inconvenientes derivados de la visión extrajurídica a partir de la cual conciben la imputación penal.

Como se dijo, al trasladar la visión del mundo natural al ámbito del Derecho penal, la óptica psicologicista confunde el plano naturalístico con el normativo, que es el que realmente le interesa a la imputación subjetiva. Por tal razón, al tratar al conocimiento humano como un simple dato psíquico que debe ser acreditado en el proceso penal, surge inmediatamente la pregunta de cómo llevar a la práctica semejante cometido, esto es, demostrar una determinada representación mental existente al momento en que se produjo la acción delictiva. Ciertamente el juez penal no tiene la capacidad ni la formación para leer la conciencia de las personas o para aproximarse a su contenido, de modo tal que pueda determinar con certeza qué fue lo que se representó en su mente o quiso el autor al momento de actuar¹⁷.

En un plano práctico, estos problemas se muestran aún más evidentes, pues en orden a satisfacer las exigencias procesales inherentes a la convicción judicial y al principio *in dubio pro reo*, es indispensable alcanzar el grado de certeza sobre un hecho para considerarlo probado. Sin embargo, resulta difícilmente explicable que el convencimiento del juez pueda garantizar la identidad del contenido de esa convicción y lo que efectivamente pasó por la mente del autor, considerando que los conocimientos científicos y la experiencia sólo alcanzan a estimar *probable* la existencia de un hecho¹⁸. En suma, una visión psicologizante de la imputación subjetiva está destinada al fracaso cuando se pone a prueba su capacidad de rendimiento a un nivel de aplicabilidad práctica¹⁹.

2. La concepción normativista y sus ventajas en un plano práctico

Las consideraciones acabadas de explicar han de resultar suficientes para abandonar la estrecha visión que del juicio de imputación subjetiva –y del Derecho penal en general– tienen las tesis de corte psicológico y, correlativamente, han de permitir optar por una postura más acorde con la función eminentemente

13 Cfr la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARIA MORILLO), Considerando Cuarto, el subrayado ha sido agregado.

14 A este respecto, JAKOBS se refiere a la «dependencia recíproca», en virtud de la cual «cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales (...) del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles». Vid. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid 1996, pp. 22 s.

15 Vid. en lo que sigue, CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 236.

16 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999, p. 205.

17 Como lo señaló el penalista alemán Zachariä, citado por JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», cit., p. 303, nadie lleva un «espejo en el pecho» que permita que otros lean sus pensamientos.

18 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 266. Como recalca este autor español: «una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso» (p. 272).

19 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422: «una verificación de intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal».

social que cumple el Derecho penal, reafirmando su íntima vinculación con la sociedad. Esto conlleva a optar por una perspectiva normativista, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es apreciado como un simple fenómeno psicológico que deba ser hurgado en la mente del autor ni, por ende, averiguado o dilucidado por el Juez penal. Todo lo contrario, pues la premisa de la que parten las concepciones normativas es la de que *los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para el Derecho penal*²⁰.

Antes bien, lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, «atribuir externamente una determinada actitud al agente»²¹, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor, lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor²².

En ese sentido, habida cuenta de la evidente falta de una definición legal de dolo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los contornos y contenido conceptual de tales elementos²³, despojándose de criterios ajenos al Derecho que solamente complican el juicio de imputación subjetiva y generan márgenes inadmisibles de inseguridad jurídica, pues al encomendarle al juez la titánica tarea de probar un hecho psíquico, se confía a la *convicción judicial* la decisión final sobre su prueba, es decir, se hace depender la resolución del caso, en última instancia, de un criterio puramente subjetivo. Como sostiene RAGUÉS I VALLÉS: «La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional»²⁴.

De ahí que la atribución de un sentido penalmente relevante al conocimiento deba regirse por determinados criterios *normativos* que doten de seguridad jurídica a la resolución de casos prácticos, teniendo en cuenta la particular trascendencia que tiene el juicio de imputación subjetiva y la consiguiente determinación del dolo o la culpa, según corresponda, pues no sólo el tipo culposos tiene contemplado siempre una pena inferior al doloso, sino que en muchos casos

la ausencia de dolo determina la impunidad de la conducta, al no prever la ley penal expresamente una modalidad imprudente²⁵.

Si bien los criterios que rigen el proceso de atribución del *conocimiento penalmente relevante* serán desarrollados más adelante a propósito del tipo doloso y culposos, cabe aquí esbozar algunas de las importantes particularidades y consecuencias que trae consigo una concepción normativa de la imputación subjetiva. Como se ha señalado, una concepción normativista determina la relevancia penal de lo subjetivo a partir de una visión que va desde lo *externo* hacia lo *interno*: lo *externo* aquí se configura por el significado social perturbador de la conducta específica y lo *interno* por el sentido normativo que se atribuye al conocimiento²⁶. Precisamente aquí radica la importancia de adoptar el orden de análisis ya reseñado precedentemente (vid. *supra* apartado II), consistente en verificar primero si una conducta adquiere un significado socialmente perturbador para luego pasar a determinar si dicha conducta se imputa a título de dolo o culpa a quien la realizó.

El gran mérito, no obstante, de una postura normativista estriba en la determinación de lo que se ha venido denominando como conocimiento penalmente relevante, que no es sino el conocimiento concreto que el sujeto *debía tener* o, lo que es lo mismo, que *se espera* que tenga en el contexto social específico de su actuación. Así, en contraposición a las tesis de corte psicológico, a la imputación subjetiva desde una perspectiva normativista le interesa desde un comienzo lo que el actuante «debía saber» y no lo que meramente «sabía» o «podía conocer» al momento de actuar. Aquí precisamente radica el carácter *normativo* de esta forma de concebir la imputación subjetiva, pues para la determinación de lo que en un plano subjetivo es relevante para el Derecho penal, es necesario atribuir cierto conocimiento al sujeto que actúa (no constatarlo en su psique)²⁷, un conocimiento que en el contexto de interacción en que se desarrolla esa actuación estaba obligado a tener. En otras palabras, determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder (se trata, por tanto, de *competencias de conocimiento*).

Esto tiene la inexorable consecuencia de que *el conocimiento jurídico-penalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica ni se averigua, sino que se imputa*. De ahí que la imputación subjetiva pueda ser definida como la atribución al autor, en atención a sus circunstancias personales y al concreto escenario donde

20 CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/José Miguel ZULGADÍA ESPINAR (coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 75; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 242; ÍDEM, *Dogmática penal aplicada*, Ara Editores, Lima 2010, pp. 36 ss.; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Griley, Lima 2004, p. 52.

21 CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», cit., p. 61.

22 CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 239, 247 ss.; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422; HRUSHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ÍDEM, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 19 ss.; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, 2002, pp. 411 ss.

23 CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, cit., p. 40.

24 RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 270 (cursivas en el original).

25 Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

26 CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 247.

27 RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 275: «las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo» (cursivas en el original). En ese sentido, asimismo, cfr. VOGEL, Joachim, «Dolo y error», en *Cuadernos de política criminal*, N° 95, II, 2008, p. 15.

se realiza la conducta, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas²⁸.

IV. La irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva

La adopción de una postura normativista, que abandona cualquier referencia psicológica para la determinación del conocimiento penalmente relevante, tiene importantes consecuencias prácticas. Particularmente, los denominados 'conocimientos especiales' constituyen un tópico en que se ponen de manifiesto las evidentes e insuperables dificultades que trae consigo una visión psicologicista de cara a explicar de un modo mínimamente razonable la imputación subjetiva. En este apartado, por tanto, se abordará la cuestión de si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, si aquellos que superen el conocimiento estandarizado que se debe tener en el ejercicio de un rol determinado²⁹, pueden fundamentar o tener alguna consecuencia jurídica en el juicio de imputación.

Para dar una respuesta dogmáticamente coherente a esta cuestión debe partirse por las competencias de conocimiento a las que se hizo referencia en líneas precedentes, esto es, al *deber de conocimiento* que le impone al sujeto la posición específica que ocupa en el concreto contexto de interacción donde se desenvuelve. Esto no significa sino que ese deber de conocimiento no viene dado de forma genérica e inmutable para todas las personas e interrelaciones sociales posibles, sino que adquiere un contenido particular y se perfila en función al contexto del contacto social en concreto. Es decir, las competencias de conocimiento se configuran siempre de modo contextualizado³⁰.

En ese sentido, cabría preguntarse si debe responder penalmente como cómplice del delito de malversación de fondos del empresario que realiza una donación de dinero a una institución pública, aun cuando *sabe* que los funcionarios de la misma utilizan el dinero para fines personales; o si debe ser castigada como cómplice de peculado la secretaria que se limita a tramitar unos cheques firmados por el funcionario público encargado de administrar los caudales de una entidad pública, aun *sabiendo* que este último suele apropiarse sistemáticamente de ellos. El rasgo común de estos supuestos, como se aprecia, es que tanto el empresario como la secretaria tienen conocimiento de que su aporte será empleado por otro para fines delictivos.

Aquí se pone de relieve las diferentes consecuencias que trae consigo una concepción normativa –en la que se imputa un conocimiento, sobre la base de lo que el sujeto *debía conocer*– y una óptica psicológica, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es más que un dato naturalístico a constatar en la mente de la persona. De acuerdo a la postura aquí adoptada, resulta claro que el comportamiento realizado en los ejemplos propuestos responde simple y llanamente a una actividad cotidiana y socialmente estandarizada, que en sus respectivos contextos adquiere, por lo mismo, un significado neutral, ajustado a Derecho. Por lo tanto, dichas personas no pueden ser consideradas en un sentido penalmente relevante como parte de esa comunidad delictiva a la cual se hallan tan sólo psíquica y causalmente conectadas; en suma, no pueden ser calificadas jurídicamente como cómplices, aun cuando posean ciertos conocimientos especiales, pues éstos, en el escenario concreto de actuación, no son más que datos psíquicos irrelevantes para el juicio de imputación penal. Sostener lo contrario conllevaría a penalizar todo lo que las personas saben y se representan, con lo cual un Derecho penal sometido a una visión psicologicista se convertiría peligrosamente en un orden normativo que castiga al ciudadano diligente y premia al ciudadano dejado: más le valdría entonces al ciudadano abocado a una actividad cotidiana ir por la vida como un auténtico ignorante, o como un «burro», sin saber ni enterarse de nada, porque, por saber un poco más de lo que realmente debería saber, puede terminar en la cárcel³¹.

Todas estas afirmaciones se basan en la existencia de espacios de libertad jurídicamente permitidos a todo ciudadano, correspondientes –en los ejemplos señalados– a la actividad, profesión u oficio realizados de forma cotidiana, en tanto concreción de su autodeterminación, consagrada como derecho fundamental en nuestra Constitución Política³². Es evidente, pues, que el Derecho penal no puede castigar la realización de un derecho fundamental.

Sin embargo, a la luz de estas consideraciones, alguien podría preguntarse: ¿Ese 'conocimiento' no tiene ninguna relevancia para la imputación penal? ¿Es que acaso no se ha favorecido de algún modo la comisión de un delito? La respuesta debe ser *negativa* para ambas interrogantes: respecto a la *primera* cuestión, porque ese 'conocimiento' no es más que un dato meramente psicológico, un conocimiento que, completamente ajeno al ámbito de competencias de los actuantes, no les es jurídicamente exigible en el específico contexto de interacción social en que realizan su aporte. La sociedad

28 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª edición, Grijley, Lima 2007, p. 477; RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 21, para quien esta definición corresponde a un tercer modelo, distinto, por un lado, al modelo del 'hombre medio' (que advierte y prevé todos los peligros relevantes) empleado por un sector doctrinario en el ámbito de la imputación objetiva; y, por otro lado, al modelo utilizado en sede de culpabilidad, en el que se tiene en cuenta al imputado de forma individual, con todas sus anomalías y limitaciones personales.

29 Siguiendo la definición del magistral trabajo de RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 202.

30 Cfr. JAKOBS, «Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 1, 2000, p. 143; CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», cit., p. 76; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 476 s.; RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 21; RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, cit., pp. 54, 191 ss.

31 Vid. CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 241.

32 Artículo 2°. Derechos fundamentales de la persona: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo de la personalidad (...).».

no espera ni exige, pues, que los empresarios caritativos sepan las cualidades morales de los funcionarios que administran el dinero que donan ni qué van a hacer con él, ni tampoco que una secretaria encargada de hacer decenas de trámites documentarios al día, conozca o supervise la forma como su jefe maneja los fondos públicos que se le han confiado. Vale decir que se trata de una representación mental, como muchas otras que acompañan a cada momento a las personas en su vida cotidiana, que, como dato psíquico, carece de relevancia penal en la medida en que el actuante no tiene el deber jurídico de conocerlo ni aplicarlo en dicho contexto³³. Como lo afirma JAKOBS, «un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica»³⁴.

En cuanto a la *segunda* pregunta, y precisamente por las razones expuestas, sería un total contrasentido imputar penalmente una conducta que, pese a los datos psíquicos del actuante, no pierde su carácter neutral o socialmente adecuado. De acuerdo a esto, entonces, ni a la secretaria ni al empresario de nuestros ejemplos les era jurídico-penalmente exigible, en sus respectivos contextos sociales, un deber de conocer los fines ilícitos que perseguían los funcionarios públicos con los que se interrelacionaron, por lo que, aún conociéndolos, la solución es siempre la misma: su conducta, al estar socialmente tolerada, carece de relevancia penal, aunque los actuantes posean determinados conocimientos especiales, los que en realidad son ajenos a su posición social específica en el contexto de la interacción.

Si bien al comienzo esta solución pueda generar ciertas dudas o sinsabores, éstos desaparecen si se considera que la presencia de conocimientos especiales *per se* no significa que el actuante adapte su intervención a la comunidad delictiva que protagonizan, en los ejemplos señalados, los funcionarios públicos desleales con la administración pública³⁵. Aquí opera en toda su amplitud, como ya se podrá advertir, la *prohibición de regreso*. Por ello, no se puede decir que empresario y secretaria han favorecido la comisión de delitos contra la administración pública, por lo menos no desde un punto de vista *normativo*, que es el único que le interesa al Derecho penal como ciencia jurídica. Seguramente en un plano naturalístico-causal, podría afirmarse que sí hubo tal favorecimiento, pero esto resulta totalmente irrelevante para el juicio de imputación penal.

Una rápida constatación de los sucesos reales acaecidos cotidianamente permite demostrar la capacidad de rendimiento que exhibe una postura que opta por la irrelevancia de los conocimientos especiales como

fundamento del juicio de imputación subjetiva. Recientemente los medios de comunicación dieron cuenta de un presunto delincuente con amplio prontuario delictivo, que fue capturado por la policía, pese a que se había sometido a una operación quirúrgica para bajar de peso y poder así dificultar su ubicación y detención por parte de las autoridades competentes³⁶. Cabría preguntarse en este contexto: ¿Debe responder penalmente por delito de encubrimiento personal el médico que llevó a cabo el procedimiento quirúrgico, aun cuando sepa por las noticias periodísticas que su cliente era un delincuente prontuario? En la medida en que se entienda que el acto médico practicado constituye un servicio estandarizado que se puede obtener en cualquier otra parte, la respuesta habrá de ser *negativa*.

Precisamente en este orden de consideraciones acabadas de esgrimir radica la plena congruencia de una concepción normativista con la función social que ha de cumplir el Derecho penal, pues en tanto sistema social, éste no puede entorpecer ni estar de espaldas a los contactos sociales anónimos que caracterizan a la sociedad moderna. En definitiva, un dolo psíquico no ofrece respuestas coherentes cuando es indispensable delimitar ámbitos de responsabilidad en este tipo de contactos sociales en los que, como ya se adelantó, las simples representaciones o pensamientos, por su carácter ilimitado y por ende difícilmente determinable, no pueden dar sustento a la imputación subjetiva. De ahí que, como lo señala FEIJÓO SÁNCHEZ, los conocimientos especiales sólo adquieren relevancia para el tipo penal cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma³⁷; mejor dicho, sí es exigible su aplicación, pero sólo porque una norma así lo dispone. En este caso estamos ante un conocimiento *normativo*, pero ya no ante un conocimiento psíquico.

V. El dolo

1. La configuración del dolo a partir del conocimiento. La falta de necesidad de la voluntad

De antemano, debe partirse de una premisa que ya puede deducirse fácilmente de los anteriores apartados y que está referida al contenido del dolo: éste se halla conformado solamente por el conocimiento, lo que significa que, para afirmar su existencia, bastará con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica³⁸.

33 Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 58 ss., 83 s.; IDEM, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'», en IDEM, *Estudios de Derecho penal* (traducción de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez González), Civitas, Madrid 1997, pp. 214 s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001, pp. 113 ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, pp. 46 ss.

34 JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 60.

35 CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., pp. 58 ss.; GARCÍA CAVERO, «La prohibición de regreso en el Derecho Penal», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / GARCÍA CAVERO, Percy, et al., *Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima 2005, pp. 70 ss.

36 Puede verse más detalles sobre esta noticia en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1506082/noticia-gordo-tobi-fue-capturado-mancora-operarse-bajar-peso> (consulta: 7 de diciembre de 2012).

37 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 114. Este autor sostiene que, correlativamente, los «desconocimientos especiales» constituyen un problema relacionado con el riesgo permitido y no con la intención del autor (p. 117).

38 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, § 8, núm. marg. 8; siguiéndole, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 404.

Como es evidente, esta forma de apreciar el contenido del dolo se distingue de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como la consciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal³⁹; es decir, se halla constituido por una especial relación subjetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Esta marcada diferencia en la configuración del dolo se explica palmariamente si se considera, por una parte, el contexto en que fueron y son formulados hasta hoy los planteamientos tradicionales y, por otra, la función que se le atribuye al Derecho penal. De este modo, si se entiende que el Derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos (v. gr. la vida, el cuerpo, el patrimonio) de ataques dirigidos a lesionarlos, resulta claro que las acciones más graves serán aquellas que, en un plano subjetivo, se encuentran impulsadas por una voluntad o intención específicas de conculcar el bien jurídico.

Por el contrario, en un Derecho penal cuyas normas se orientan a prohibir la creación de riesgos no permitidos y garantizar la vigencia de ciertas expectativas sociales de conducta, la actuación más grave desde un punto de vista subjetivo será aquella en la que la persona tiene pleno conocimiento de la generación de esos riesgos no permitidos, no siendo ya necesario constatar un elemento volitivo dirigido a ese fin. Sería insulso, pues, exigir una «voluntad de creación de riesgos prohibidos», cuando existe ya un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos. Teniendo en cuenta que los conceptos dogmáticos deben determinarse siempre en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se muestra a todas luces como la más consecuente⁴⁰.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que esta postura tradicional –que concibe al dolo como consciencia y voluntad del tipo objetivo– ha venido siendo progresivamente abandonada por la doctrina, de suerte que hoy en día puede afirmarse que, de modo implícito o explícito, *el dolo se concibe sólo como conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo*⁴¹. Este giro conceptual obedece en realidad a diversas razones, entre las que aquí cabe destacar el hecho de que una aplicación coherente del dolo conformado también por la voluntad o la intención llevaría a considerar como delito imprudente supuestos que a todas luces se aproximan claramente

al merecimiento de pena propio del delito doloso. Precisamente, la clásica tripartición del dolo (directo, de segundo grado y dolo eventual) responde a ampliaciones del concepto de dolo construidas para no tener que castigar como simples imprudencias conductas que se muestran mucho más graves y cercanas al delito doloso⁴².

Así, en el doctrinariamente conocido caso del sujeto que coloca una bomba en un edificio para matar a su enemigo, pero cuya explosión termina acabando con la vida de varias personas que también ocupaban el inmueble, o en aquel caso del sujeto que atropella a un niño tras conducir a alta velocidad por una vía cercana a un colegio pese a representarse que en ese momento los estudiantes podían transitar por el lugar, el elemento volitivo se va difuminando al punto de quedar prácticamente imperceptible. Esta situación obliga a las teorías que definen el dolo como voluntad o intención, a tratar a toda costa de encontrar este elemento en sucesos –como los acabados de señalar a título de ejemplo– en que esto resulta sumamente difícil, incluso para el ciudadano promedio. ¿Alguien podría afirmar inequívocamente que los sujetos de los ejemplos *quisieron* matar a los ocupantes del edificio o a los niños que salían del colegio?⁴³

De allí que los defensores de estas tesis volitivas acaben postulando que quien simplemente *acepta, asume, se conforma, se toma en serio o se resigna* con la realización del tipo objetivo⁴⁴, para el Derecho penal *quiere* dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente⁴⁵. De lo contrario, esto es, si no se ampliara el concepto de dolo en estos términos, supuestos como los mencionados tendrían que ser castigados a título de mera imprudencia, algo que prácticamente nadie defiende en la actualidad⁴⁶. Sin embargo, parece claro que lo forzado de una argumentación como ésta, que pretende ver voluntad o intención allí donde sólo hay una vaga representación y que, por ende, deduce automáticamente ese elemento volitivo de «la actuación pese al conocimiento», no resulta dogmáticamente aceptable y arroja muchas dudas sobre su necesidad y coherencia. No obstante ello, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la extendida doctrina de corte psicologicista para la que existe una clasificación tripartita del dolo basada en los grados de probabilidad del resultado lesivo:

39 Vid. en ese sentido, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 8, núm. marg. 66: «(...) la definición tradicional del dolo expresa algo completamente correcto: forma parte de él, además del conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal por medio de la conducta propia, una determinada actitud interior, que puede ser caracterizada, mientras sea consciente de la imperfección de la expresión, con la fórmula tradicional que se mantiene hasta hoy, como *voluntad* de realizar el hecho» (cursiva en el original). En la doctrina nacional, sostiene esta postura VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354; parece seguirla también HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1178, quien sostiene que el hecho de que la ley no haya definido al dolo como conformado por la consciencia y voluntad, «no significa en absoluto que deba abandonarse esa concepción».

40 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 481.

41 RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 13.

42 BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 78, para quien la forma básica del dolo debe ser en estricto el dolo eventual, de modo que las demás formas tradicionales del dolo han de desaparecer; RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 13 s.

43 Esto lleva a que BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 70, se pregunte: «¿puede haber un elemento esencial del dolo que sólo aparezca en una de las tres formas reconocidas del concepto?».

44 Las expresiones de esta índole, constatables en la literatura, son incontables y obedecen más a un juego de palabras que a un intento real de establecer reglas de imputación de hechos, como lo pone de relieve FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. pp. 35 s.

45 En este sentido, WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª edición (traducción Juan Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993, p. 81, sostiene: «si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia».

46 Vid. en ese sentido, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 49.

«(...) el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos sub-materia, habría que aceptar el descabellado razonamiento que éstos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho que ésta, al arrojar en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorberse los...»⁴⁷.

Las inconsistencias expuestas se revelan visiblemente cuando se traslada una concepción volitiva del dolo al ámbito de los delitos de mera actividad, en los que resultaría manifiestamente innecesario exigir de modo indispensable la concurrencia de voluntad o intención⁴⁸. Así, por ejemplo, sería absurdo sostener que no actúa dolosamente quien ingresa a un domicilio ajeno sabiendo que no cuenta con autorización de su titular, pero «sin haber querido hacerlo». Esto ha motivado que la doctrina sostenga que la clásica tripartición del dolo, basada en una graduación de la intensidad de la voluntad, haya sido concebida única y exclusivamente para los delitos de resultado⁴⁹.

Sobre la base de este orden de consideraciones se ha ido fortaleciendo el progresivo abandono del pretendido elemento volitivo en el dolo⁵⁰. Es más, cabe afirmar que la postura que opta por prescindir del elemento volitivo es plenamente coherente con lo establecido por el Derecho positivo, el cual arroja mayores luces sobre la irrelevancia del mismo para el concepto jurídico-penal de dolo. Como en otras legislaciones comparadas, si bien el Código Penal no contempla una definición expresa de dolo, sí ofrece un concepto negativo del mismo, es decir, indica lo que no es dolo, aquello que no se debe considerar como la forma más grave de injusto que prevé el ordenamiento penal, estableciendo así una

diferenciación entre dolo e imprudencia. En efecto, el artículo 14° del Código Penal⁵¹ establece que no existe dolo cuando se presenta un error o, lo que es lo mismo, cuando el hecho realizado por el autor no es abarcado por su conocimiento⁵².

Por consiguiente, a partir de este precepto una conducta sólo puede ser dolosa cuando el autor tenía un conocimiento suficiente sobre las circunstancias de un suceso que se ajusta a la hipótesis del tipo penal. De este modo, resulta fácil apreciar que el Código Penal no se refiere en ningún momento a la voluntad como elemento del dolo; de hecho, no exige (a diferencia del derogado Código Penal de 1924)⁵³, ni positiva ni negativamente, el elemento volitivo, como sí lo hace con el conocimiento, que es el componente nuclear del artículo 14° para determinar lo que no debe ser castigado a título de dolo. En esa misma línea, mientras el Código Penal prevé una atenuación de la pena cuando falta el elemento cognitivo, no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de ausencia de voluntad o intención para realizar el tipo objetivo, lo que evidencia inequívocamente la irrelevancia que tiene este elemento para la ley penal⁵⁴.

A partir de este análisis jurídico-positivo, queda claro que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho penal en tanto elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva. Ciertamente es posible que para algunos tipos penales el elemento volitivo pueda cobrar mayor peso por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva, pero esta cuestión –derivada más de una técnica legislativa en particular– no torna dogmáticamente indispensable su concurrencia para afirmar el dolo⁵⁵. En otras palabras, es posible que en la realización del tipo objetivo concorra la intención o voluntad del autor, pero estos elementos son inherentes a la acción misma y no constituyen un requisito de la imputación dolosa⁵⁶. Por el contrario, como ya se ha resaltado, el dolo no es sino el conocimiento sobre la existencia del riesgo típico, a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización; en

47 Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 6239-97, Ancash (cursivas añadidas).

48 Vid. FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 91, quien señala acertadamente que en estos casos para afirmar el dolo basta el conocimiento de los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo.

49 RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 15.

50 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 8, núm. marg. 5 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires 1999, pp. 316 ss., 319 s.; BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., pp. 67 ss.; FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 23 ss., 52 ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 177 ss., 323 ss.; ÍDEM, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 16 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992, pp. 401 ss. En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 481 ss.; ÍDEM, *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 405 s.; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 247 ss.

51 Artículo 14°: Error de tipo y error de prohibición

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

52 BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 316 s.: «Por lo tanto, una correcta comprensión de los problemas del error es imposible sin considerar previamente la noción de dolo»; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 245; FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 25.

53 El cual establecía, basándose en la fórmula suiza, que una infracción penal era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. A decir de HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1175, la omisión del legislador del Código Penal actual al momento de definir el dolo es insatisfactoria, debido a lo incipiente de la doctrina nacional y a la formación insuficiente de los jueces.

54 CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 245. La misma situación a nivel de Derecho positivo se presenta en España; cfr. BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., pp. 69 s.

55 Como sostiene FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 28, quien no hace nada por evitar un riesgo y, por el contrario, asume, acepta o consiente el resultado lesivo, sólo pone en evidencia un requisito más emocional que volitivo, que no sería más que un «adorno» a efectos de imputación. Por su parte, BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 70, se refiere a un «fenómeno psíquico acompañante»; vid. asimismo, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 406.

56 Es más, los jueces pueden tener en cuenta la intención inequívoca (dolo directo), el dolo de segundo o dolo eventual al momento de individualizar la pena, pues en los supuestos de dolo directo la desautorización de la norma es más evidente y el autor se distancia de forma más decidida de los parámetros de conducta social establecidos por el ordenamiento jurídico. Vid. en este sentido, FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 42.

otras palabras, quien conoce plenamente el riesgo generado por su comportamiento, actúa con dolo⁵⁷. Sostener lo contrario, exigiendo necesariamente la concurrencia de un elemento volitivo, llevaría a privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros más prudentes, como ya se señaló en líneas precedentes. Para demostrar esta afirmación, basta atender a los siguientes ejemplos:

- a) Un sujeto ofrece a su novia una bebida envenenada con un potente veneno para darle un escarmiento por haberle sido infiel; esta última, luego de beberla, muere a los pocos minutos. En su defensa, el sujeto aduce que en efecto sólo lo hizo para «darle una lección» a su novia por haberle sido infiel, pero que no quiso matarla debido al inmenso amor que aún sentía por ella, lo cual es corroborado en el proceso penal, inclusive, por los familiares de ésta.
- b) Un sujeto prepara en una botella un potente veneno para ratas a fin de acabar con la plaga que ha detectado en su casa, pero la deja sin darse cuenta sobre la mesa de la cocina. Al cabo de unos días, al efectuar la limpieza de la cocina, guarda esta botella junto con otros alimentos en el refrigerador, pensando que se trataba de una bebida gasificada. Su suegra bebe de esa botella creyendo también que se trata de una refrescante bebida, muriendo a los pocos minutos.

El juicio de imputación subjetiva a partir de una teoría volitiva llevaría a ofrecer una misma respuesta para ambos casos, pese a que el primero revela una conducta ostensiblemente más desvalorada que el segundo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. En efecto, ante la ausencia de un elemento volitivo o intencional, se tendría que afirmar que la conducta en ambos supuestos es meramente imprudente. Sin embargo, esta solución se muestra manifiestamente arbitraria, pues la imputación no puede depender de la posibilidad absolutamente aleatoria de que el autor sea un empedernido optimista o un simple temerario. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto «no haya querido» ocasionar el resultado lesivo, «haya confiado» en que el resultado no se iba a producir o que no se «haya tomado en serio» la realización de dicho resultado. Lo que interesa a la imputación subjetiva, antes bien, es que el sujeto conozca la situación concreta de riesgo, esto es, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance, enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado lesivo que esa situación pueda producir, no pudiendo dejar al azar

esta cuestión ni eximirse de responsabilidad (a título de dolo) por esas consecuencias lesivas.

Por ello, una perspectiva normativa ofrece una solución más coherente y ciertamente más justa: en el caso a) el sujeto conocía perfectamente la situación de riesgo que se generaba al ofrecer a una persona una bebida con un potente veneno, por lo que no había ninguna razón para que «no tomara en serio» o «no contara» con que la muerte de su novia no se iba a producir: «El que tiene el hecho típico ante sus ojos ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por haber confiado»⁵⁸. Situación muy distinta a la del supuesto b), en que la representación del sujeto no abarcaba cabalmente la situación de riesgo creada, esto es, su conocimiento no coincidía plenamente con la realidad, por lo que ese conocimiento defectuoso imputable a él determina la imputación a título de imprudencia (véase *infra* apartado VI.).

2. La prueba del dolo

En definitiva, una teoría integral del dolo no se debe limitar a definir este elemento subjetivo, sino que también debe proporcionar las herramientas para saber cómo comprobarlo en el proceso penal, es decir, debe ofrecer criterios válidos y seguros para probar los conocimientos del autor al momento de delinquir⁵⁹. Como ya se ha expuesto anteriormente, en una visión normativista del problema, el dolo no es más un elemento psíquico que deba buscarse en la cabeza del autor, pues se trata de un elemento que, en cualquier caso, se encuentra en la cabeza del fiscal o del juez, es decir, de quien se encarga de valorar el suceso concreto y probar el conocimiento del autor sobre la creación de un riesgo jurídicamente prohibido⁶⁰. ROXIN afirma a este respecto con absoluta razón que «el dolo no constituye un dato (*Factum*) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez»⁶¹. De este modo, ya no es necesario ponerse en lugar del autor y desde ahí hacer una valoración para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación⁶². Por el contrario, como ya se indicó, teniendo en cuenta que el dolo es en última instancia la imputación de una forma del conocimiento (aquella que se estima penalmente relevante), debe partirse del contexto de la acción, pues éste permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer al momento de realizar la conducta concreta y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado.

En este análisis, entonces, cobran fundamental relevancia los datos externos, objetivamente constatables, que

57 BACIGALLUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317.

58 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 32.

59 Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 16 s.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 61: «El problema de la prueba del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo».

60 Cfr. VOGEL, «Dolo y error», cit., p. 9.

61 ROXIN, Claus, Prólogo a la obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires 2011, p. 33 (subrayado añadido).

62 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 491.

rodean la actuación del sujeto, esto es, el contexto social concreto en que tiene lugar su comportamiento, pues será dicho contexto el que finalmente defina la atribución de ese conocimiento a título de dolo⁶³. Así las cosas, el contexto social no es otra cosa que el contexto del significado normativo de la conducta, pues si la imputación penal se basa en la infracción de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta (el único relevante para el Derecho penal) se deducirá de cómo la persona se comporta—en observancia o no del deber— en ese espacio concreto de interacción social⁶⁴. Así, por ejemplo, el funcionario que tiene a su cargo el cuidado y almacenamiento de alimentos perecibles destinados a programas de apoyo social, en razón de su estatus social debe conocer y tomar las medidas mínimas para la conservación de tales alimentos, por lo que si procediera a distribuir los mismos en estado de descomposición y se produjera la muerte de sus beneficiarios, no podrá alegar en su defensa el desconocimiento de esas medidas o que no se representó las consecuencias lesivas de su conducta o que confió en que éstas no se iban a producir.

Como se viene afirmando, lo que el sujeto *debía saber* se determina en función de la posición específica que ocupa en el contexto de interacción, pues precisamente esa posición permitirá saber qué conocimiento le es exigible a la persona en esa particular situación, careciendo de toda importancia que sabía efectivamente o que pudo saber. Si lo que el sujeto sabe o pudo saber fuera suficiente para fundamentar la imputación subjetiva o si ésta dependiera de meras representaciones psíquicas sobre posibles resultados, entonces toda imaginación o pensamiento o, en general, todo dato causal indeterminable podría dar contenido a la imputación. En el caso acabado de señalar, esto significa que carecerá de toda relevancia inquirir lo que el funcionario supo o pensó cuando procedió a distribuir los alimentos en mal estado, sino lo que *debía saber*; y lo que debía saber se determina en función del contexto de su acción, el cual obligaba a este funcionario, por la naturaleza perecible de los productos que tenía bajo su responsabilidad, a adoptar especiales medidas de salubridad y conservación antes de distribuir y entregar tales alimentos a las personas a quienes estaban destinados, de modo que no podría librarse de una imputación por delito doloso alegando un mero desconocimiento de las referidas medidas de conservación.

De lo dicho se deriva la central importancia de los datos que aporta el contexto social que rodea la conducta enjuiciada para la atribución del conocimiento propio de la imputación dolosa, pues permite establecer los deberes jurídicos a los que el sujeto se halla

inevitablemente vinculado y que éste no puede desconocer alegando simple desconocimiento, como ya se vio. Y es que la imputación penal exige necesariamente la contextualización de la conducta enjuiciada. Una persona fumando un cigarrillo por la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace muy cerca de una estación de gasolina, es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa. El contexto específico en que se desarrolla la acción, por tanto, resulta determinante para la imputación penal y permite definir los conocimientos que le son exigibles en ese particular escenario⁶⁵. Desde luego, como ya debe haber quedado claro al hilo de la exposición, sólo se puede imputar aquel conocimiento que le era jurídicamente exigible al sujeto en el contexto de la acción.

En ese orden de ideas, dadas las evidentes dificultades que implica la demostración de un conocimiento psicológico en la mente del autor, los criterios tradicionales para la determinación del dolo, bastante extendidos hasta nuestros días, recurren principalmente a dos figuras para probar dicho conocimiento: por un lado, la *confesión autoinculpatoria*, que según se entiende, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, pues sólo el autor sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y por otro lado, la *prueba de indicios*, que no es sino la aplicación por parte del Juez de determinadas máximas de la experiencia a hechos objetivos previamente probados⁶⁶. Sin duda, este último es el criterio más frecuentemente utilizado por los tribunales para atribuir conocimientos, puesto que las confesiones autoinculpatorias no son muy comunes en la práctica forense⁶⁷. Sin embargo, el recurso a estos dos criterios sólo tiene una utilidad práctica cuando, como resultado de su valoración, se produce en el juez la íntima convicción de que el suceso ha acontecido realmente. Es decir, sólo sirven para dar contenido o algún sustento a la íntima convicción judicial acerca de cómo se desarrolló el suceso.

El gran problema con esta forma de proceder se presenta en que la íntima convicción judicial se enlaza con una libre valoración de las pruebas, lo que redundará en una conclusión con una carga altamente subjetiva. Es innegable, pues, que las convicciones personales son algo sumamente variable en función de una persona u otra, por lo que si se hiciera depender de un criterio tan subjetivo y cambiante la valoración probatoria, el juicio de imputación subjetiva se tornaría peligroso y arbitrario. En la práctica forense, como ya se tuvo oportunidad de demostrar, esto implica que dos casos idénticos pueden tener soluciones radicalmente opuestas, viéndose la sociedad obligada a dar por correctas ambas soluciones⁶⁸.

63 HRUSHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161, quien se refiere a las circunstancias externas del caso concreto; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ÍDEM, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 19 ss.; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», cit., pp. 411 ss.: «El dolo se infiere a partir de las circunstancias externas y una eventual oposición a esta inferencia sólo puede prosperar si se aportan circunstancias externas distintas que pongan en tela de juicio la plausibilidad de tal inferencia» (p. 426).

64 CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 251 s.

65 CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 251.

66 Cfr. VOGEL, «Dolo y error», cit., p. 15; BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 79.

67 RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 18; VOGEL, Joachim, «Dolo y error», cit., p. 15.

68 Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 133, y se colige claramente de lo hasta aquí expuesto, los procesos psicológicos muestran siempre una mayor dificultad procesal.

Precisamente para corregir los problemas a que puede conducir este método de probanza, se plantean límites y parámetros objetivos a la íntima convicción: las reglas de la experiencia. Estas reglas, desde luego, no deben ser construidas o inventadas por el juez para cada caso concreto, sino que éste debe buscarlas en el ámbito de la interacción social. De este modo, sólo podrá atribuirse correctamente los conocimientos al imputado cuando el Juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia cuya vigencia, desde una valoración social, es indiscutible, de suerte que se pueda afirmar que, presupuestos ciertos datos objetivos propios del contexto, una persona debía necesariamente conocer los hechos⁶⁹. Siendo esto así, es evidente que tales hechos le son plenamente imputables a título de dolo, pues el sujeto conocía perfectamente la conducta que realizaba y los riesgos implícitos.

Retomando los ejemplos señalados en el acápite anterior (vid. *supra* V.1.), en el caso del sujeto que envenena a su novia para «darle una lección», el juez deberá efectuar una valoración desde una perspectiva social a fin de determinar si, aun cuando sea cierto que el sujeto tenía profundos sentimientos hacia su novia, conocía los riesgos inherentes a su conducta. Y según las reglas de la interacción social vigentes, resulta claro que un líquido con un potente veneno implica necesariamente un altísimo riesgo mortal para quien lo ingiera. De esta forma, al conocer que su novia está tomando ese líquido, se entiende desde un punto de vista social que también conoce que su conducta era apta para producirle la muerte⁷⁰. La sociedad no acepta, pues, que alguien que realiza una conducta valorada como inseparable de la creación de determinados riesgos, pueda dejar de representarse su idoneidad lesiva en el concreto momento en que actúa, con total independencia de lo que el sujeto *quiso* o *sentía* por la víctima, lo cual, en cualquier caso, podría tener alguna relevancia para la configuración concreta del juicio de culpabilidad, mas no para la imputación subjetiva⁷¹.

Como se puede ver, una perspectiva normativa que atienda a referente sociales exhibe una mayor capacidad de rendimiento para la práctica forense, pues la actividad probatoria ya no se centrará en los conocimientos psicológicos del autor al momento en que actuó, sino en la contextualización de su actuación, a fin de determinar las competencias de conocimiento, es decir, qué debía conocer, para poder finalmente

imputarle ese conocimiento. No obstante, aunque pueda parecer que estas reglas sociales de la experiencia conlleven los mismos riesgos de subjetividad que la prueba por indicios, esto en realidad no es así. Este último método en su visión tradicional está sometido a la íntima convicción judicial, de suerte que puede ser declarado como indicio todo aquello que según la libre valoración judicial reunía las condiciones para tales efectos. En una perspectiva normativa, basada en criterios de la interacción social, esa íntima convicción queda limitada a partir de un estándar objetivo en base al cual se efectúa el juicio de imputación subjetiva.

VI. La culpa

1. La culpa como error

En un Derecho penal que se orienta a garantizar ciertas expectativas sociales de conducta, de las que se deriva el deber de evitar la creación de riesgos jurídicamente inadmisibles, la configuración normativa de la culpa no puede resultar sustancialmente distinta a la del dolo. Tanto en uno como en otro caso, no es necesario determinar lo que el autor sabía, pensó o sintió al momento de la acción típica, sino lo que debía conocer⁷². No obstante, la imputación subjetiva de la culpa tiene ciertas particularidades que la distinguen de la imputación dolosa. En la culpa o imprudencia⁷³ no se imputa el pleno conocimiento de la situación de riesgo y de su entidad para defraudar las referidas expectativas sociales, sino un conocimiento de menor grado que, sobre la base de ciertos criterios normativos, permite afirmar tan sólo la posibilidad de haber conocido la realización del tipo objetivo⁷⁴.

Por tanto, de antemano puede afirmarse que mientras en la imputación subjetiva del dolo existe un deber de conocer, en la imputación culposa se exige un deber de evitar acciones riesgosas cognoscibles⁷⁵. En otras palabras, si el dolo es el producto de la decisión del autor de realizar un hecho típico, teniendo los datos suficientes para calcular esa posibilidad, la imprudencia comporta una decisión de realizar un hecho típico sin que el autor tenga a su alcance todos los datos que el tipo penal considera relevantes; es precisamente esa decisión de actuar sin contar con la información actual necesaria la que configura una falta de cuidado y, a su vez, lo que da lugar a la imputación subjetiva por imprudencia⁷⁶.

69 RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 20.

70 RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 469 s.: «Cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto conocimiento situacional, se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación».

71 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 42, 68 s.; RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, cit., pp. 227 s.

72 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4, para quien la culpa es sólo un concepto más general que el dolo. De opinión distinta, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002, p. 606: «La imprudencia no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que es algo diverso a éste».

73 Nuestro Código Penal, al igual que muchos cuerpos normativos de la región, han optado por emplear los vocablos 'culpa' y 'culposo'. No obstante, tanto a nivel legislativo como doctrinario, se ha considerado más adecuado referirse a los términos 'imprudente' o 'imprudencia', a fin de separar esta categoría delictiva de nociones moralistas o religiosas y diferenciarla claramente de la culpabilidad jurídico-penal. Cfr. al respecto, RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 33, nota 1.

74 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5.

75 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 2; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 560 s.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 53, para quien, en la línea jakobsiana, resulta clara la existencia de un tipo subjetivo tanto en los delitos dolosos como culposos: «En el caso de los comportamientos dolosos, el tipo subjetivo estaría conformado por el conocimiento de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que en las conductas imprudentes estaría conformado por la cognoscibilidad de la creación de ese riesgo no permitido».

76 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54. Para KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima 2007, p. 47, el autor imprudente sólo dispone «de un saber actual limitado» en relación al autor doloso, quien, según sostiene, «asume, con una cierta probabilidad, que un determinado comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo, y es precisamente por esto que él tenía que evitar este comportamiento».

En esa línea, si la imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que encierra, entonces la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta. Aquí cobran especial vigencia los alcances del ya citado artículo 14° del Código Penal, el cual define lo que no debe entenderse como una actuación dolosa⁷⁷. Por consiguiente, la culpa, a diferencia del dolo, se configura a través de actos en los que falta el conocimiento actual sobre los riesgos prohibidos que deben evitarse⁷⁸ o, más específicamente, sobre las circunstancias fácticas que hacen que un comportamiento, en un determinado contexto, suponga un riesgo típico. Si bien ambas formas de actuación tienen en común el deber de evitar la creación de riesgos con potencial lesivo, la imprudencia presenta la particularidad de que el conocimiento sobre esa situación no se encuentra actualizado por parte del autor, como sucede en el delito doloso, en el que sí existe un conocimiento íntegro y actual sobre la creación de un riesgo prohibido con idoneidad lesiva para lesionar intereses jurídicos ajenos. A la luz de la regulación positiva vigente, cabe afirmar entonces que la culpa no es sino un supuesto de error de tipo vencible⁷⁹.

En este contexto, debe quedar claro que la diferencia entre dolo e imprudencia radica en los diferentes niveles o grados de conocimiento al momento de tomar una decisión de actuar. Naturalmente, toda acción humana se guía por un factor volitivo, pero como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores apartados, éste no es indispensable para la fundamentación del juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o de culpa. Como lo señala SILVA SÁNCHEZ, «la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza en forma voluntaria, y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado»⁸⁰.

Por consiguiente, entendiendo que se trata de un error sobre el riesgo típico, la culpa se configura a partir del insuficiente conocimiento del hecho y de la vencibilidad de dicho error, criterios de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de conocer (cognoscibilidad) el potencial lesivo de su conducta⁸¹.

Ahora bien, esta cognoscibilidad no puede determinarse de forma arbitraria, sino de modo normativo, sobre la base de criterios objetivos que garanticen un correcto juicio de imputación subjetiva y que permitan optar por la atribución propia del delito doloso o la del culposo. Para estos efectos, nuevamente, debemos atender al contexto social concreto en que tiene lugar la conducta enjuiciada y a las capacidades individuales del autor, pues de la posibilidad que tuvo de superar el error en que incurrió dependerá si tuvo, a su vez, la posibilidad de conocer el riesgo típico⁸². No se puede esperar, pues, que sea cuidadoso quien no tiene ninguna posibilidad de aplicar ese cuidado que le es exigible aunque quiera o esté motivado para tal fin, pues «el deber implica el poder»⁸³. Esto permite personalizar el juicio de imputación subjetiva y abandonar figuras de aplicación general como «el hombre medio» o «el ciudadano prudente» para determinar cuándo un resultado lesivo era previsible⁸⁴. Por el contrario, como ya se ha recalcado, el análisis debe descender al concreto contexto social y a los deberes que se derivan de la posición social que el sujeto tenía en ese específico espacio de interacción. Como se ha señalado, el artículo 14° del Código Penal exige que el autor doloso se represente correctamente el hecho típico, por lo que, correlativamente, para el autor culposo se exige una representación defectuosa o incompleta del hecho que éste pudo y debió superar. En buena cuenta, lo que se imputa al autor culposo es no conocer y evitar aquello que habría conocido y evitado si hubiera sido más cuidadoso⁸⁵.

Si se trasladan estas consideraciones a los ejemplos citados reiteradamente⁸⁶, debe afirmarse contundentemente que el sujeto que dejó por error una botella con un potente veneno en el refrigerador, de la cual posteriormente bebe su suegra, no tiene un conocimiento integral de la situación de riesgo que al final se materializa en un resultado fatal. Su representación, por el contrario, es incompleta y no le permite apreciar plenamente la situación riesgosa o, lo que es lo mismo, su representación no coincide con la realidad. Esto impide atribuirle un conocimiento a título de dolo, pues existiendo innegablemente un error en su representación, ese nivel insuficiente del conocimiento no puede sino conducir a una imputación culposa. Sin embargo, aunque a efectos expositivos se haga esta disquisición, la imputación subjetiva de la culpa exige necesariamente un factor adicional, esto es, la infracción de un deber de cuidado, lo que se aborda a continuación.

77 BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 339 ss., resaltando que esta postura era ya defendida desde antiguo en la dogmática de la culpa, por von Liszt, quien sostuvo que «el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho»; FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54: «El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo».

78 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4.

79 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 1; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 41 s.

80 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 401.

81 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 562.

82 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5 s.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, cit., § 15, núm. marg. 12 ss., 15; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 563. Cfr. asimismo FREUND, Georg, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», en *Delitos culposos*, II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 90 ss.

83 FEJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 275: «Si al autor le resulta imposible conocer el hecho típico, o conociéndolo le es imposible evitarlo, ya no se puede hablar de ningún deber».

84 Sobre los inconvenientes de la previsibilidad en su concepción tradicional, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 276 y ss., y en profundidad sobre una panorámica de dicho criterio, pp. 266 y ss. En ese sentido también, FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., pp. 85 ss.

85 FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 115 s.

86 Vid. *supra* V.1.

2. La infracción del deber de cuidado

En efecto, lo dicho respecto al menor grado del conocimiento en la imputación culposa respecto de la dolosa –y, en general, respecto a las diferencias entre dolo y culpa– no ha de llevar a pensar que toda lesión no dolosa da lugar a un delito imprudente. Para poder afirmar la existencia de un delito imprudente, es necesario que la conducta haya infringido una norma de cuidado, esto es, que haya vulnerado el deber de cuidado que conforma dicha norma⁸⁷. Esto significa que el conocimiento insuficiente que caracteriza a la imputación culposa no configura automáticamente un delito imprudente. La imprudencia, en tanto error de tipo vencible, es siempre un error vinculado a una falta de cuidado con relevancia para el Derecho penal⁸⁸.

En efecto, para la determinación de una conducta imprudente es indispensable constatar que se ha infringido determinadas reglas de cuidado que, como no podía ser de otra forma, se definen en función del contexto social de interacción. Como ya se ha indicado, si bien los tipos penales prevén conductas prohibidas en abstracto, es labor del operador jurídico contextualizar dichas conductas para concederles fuerza expresiva.

Así, por ejemplo, el homicidio culposo del artículo 111° del Código Penal prescribe de forma genérica: «*El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona*». Pues bien, para darle un significado más específico a este enunciado legal es indispensable contextualizar esa conducta abstracta, de modo que si se la muerte se produce a raíz de un accidente de tránsito, la determinación de la posible infracción del deber de cuidado pasará por analizar las reglas de tránsito. Si la muerte se ocasiona en un quirófano, habrá que determinar si el médico actuó con imprudencia sobre la base de la observancia de la *lex artis* médica. Y en el ámbito de los delitos contra la administración pública, si se imputa a un funcionario público haber permitido la sustracción dolosa de caudales estatales por un servidor público, se habrá de recurrir a la normatividad del sector (reglamentos, directivas, etc.) que delimitan de algún

modo u otro los deberes de supervisión y vigilancia asignados a determinados funcionarios públicos. No obstante la relevancia que adquiere esta normatividad o reglas de naturaleza –por lo general– extrapenal, su sola infracción no significa automáticamente la realización de un comportamiento penalmente imprudente, pero son sin duda un indicador normativo idóneo para determinar los parámetros socialmente aceptados para la realización correcta de ciertas actividades riesgosas⁸⁹. Por estas consideraciones, la infracción del deber de cuidado se erige como un requisito de la responsabilidad subjetiva a título de imprudencia⁹⁰. Si es que un caso concreto sólo evidencia un desconocimiento insuficiente o defectuoso del autor, mas no la infracción de un deber de cuidado relevante para el Derecho penal, no podrá tener lugar la imputación culposa⁹¹. Por ejemplo, si se imputa a un funcionario público haber permitido que terceros pertenecientes a la institución en la que labora hayan logrado sustraer cierto monto de dinero, para imputarle el delito de peculado culposo no bastará con afirmar que tuvo un conocimiento defectuoso de la situación de riesgo generada en el área en que se desempeña, sino que habrá que determinar necesariamente que infringió un deber normativo de cuidado derivado de su ámbito de competencia funcional⁹².

Con algunas particularidades, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado respecto al deber de cuidado como elemento sustancial en el ámbito del delito imprudente:

«(...) abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias, infringiendo un deber de prudencia y de cuidado; que en el presente caso, tratándose de un operativo policial el acusado estaba obligado a tener lista su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huida del agraviado, éste tuvo que reaccionar de inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física»⁹³.

87 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281; ÍDEM, *El dolo eventual*, cit., p. 131, nota 208. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima 2007, p. 86, se refiere a la diferencia entre 'norma de cuidado' y 'deber de cuidado': mientras que la primera es la norma penal que incorpora como punible un determinado comportamiento imprudente (v. gr. homicidio culposo), el segundo se integra por las reglas técnicas que se quebrantan en un caso concreto en que se realiza la conducta imprudente.

88 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281.

89 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, cit., p. 90.

90 GÖSSEL, Karl Heinz, «Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia», en *Delitos culposos*, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003, p. 18 («la observancia de reglas de cuidado es, por consiguiente, lo que hace evitables perjuicios a bienes jurídicos»).

91 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 300: «sin infracción del deber de cuidado ya no cabe imputar un resultado a título de imprudencia».

92 En palabras de KINDHÄUSER, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, cit., p. 46: «la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual que se valora como contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos».

93 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2161-2003, Cono Norte, considerando sexto.