

Imputación subjetiva*

Por José Antonio Caro John

Universidad de Bonn

Sumario: I. Introducción. II. Lo subjetivo como expresión del fuero interno. III. Lo subjetivo como dato psicologicista. 1. Conocimientos especiales en conductas neutrales. 2. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente. IV. Lo subjetivo como atribución de sentido normativo al conocimiento. 1. La atribución de sentido normativo al conocimiento. 2. La fijación del contexto social concreto de la acción.

I. Introducción

Normalmente cuando alguien quiere cometer un delito empieza por representarse el hecho al cual dirigirá su acción. Si desea matar a otro, se representará como mínimo que su víctima esté viva; si quiere destruir el edificio del Palacio de Justicia pensará en contar con suficiente cantidad de explosivos y colocarlos estratégicamente a fin de no ser descubiertos antes de la detonación. Vista la representación del autor en un estadio previo al Derecho penal, esto es, en un nivel estrictamente psíquico, muestra una forma de orientación individual en los contactos sociales. Pero la cuestión que surge es si esos datos psíquicos en su configuración natural pueden fundamentar una imputación subjetiva. Formulado de otro modo: si la determinación de la relevancia penal del conocimiento a título de dolo o culpa va depender de la mera representación mental del autor sobre su hecho.

En la dogmática jurídico-penal actual se ensayan dos respuestas al respecto: la primera, de base *psicologicista*, afirma que no hay razón para que el Derecho penal trate las cosas de un modo diferente a como se dan en la naturaleza, con lo cual la imputación subjetiva no sería más que la verificación de los datos existentes en la cabeza del autor. La segunda respuesta, de tinte *normativista*, rechaza de cabo a rabo lo anterior señalando que la imputación subjetiva no comprende el conocimiento como dato psíquico, sino más bien como atribución de sentido normativo a una forma determinada del pensamiento.

La presente ponencia ofrece algunas consideraciones para respaldar las tesis del normativismo sobre la imputación subjetiva. Con tal finalidad, primero se analiza lo subjetivo como expresión del fuero interno de la persona (II), luego se hace una revisión crítica de la interpretación psicologicista del conocimiento (III), finalmente se explica en qué consiste la atribución de un sentido normativo al conocimiento (IV). La base común del dolo y la culpa recibirá de esta forma, aunque si bien brevemente, una exposición como fenómeno estrictamente normativo de atribución de sentido y no como averiguación de un fenómeno psicológico.

* Ponencia presentada en el VIII Curso Internacional de Derecho penal: “*El funcionalismo jurídico-penal a debate*”, realizado en Lima del 07 al 10 de junio de 2006, y organizado conjuntamente por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Editora Jurídica Grijley.

II. Lo subjetivo como expresión del fuero interno

El mero saber o conocer algo en sí mismo pertenece al ámbito privado, al fuero interno de la persona, a aquello que determina su esencia como ser racional. El conocimiento en este nivel permite a su portador la opción por una determinada forma de orientación en el mundo social. Por ejemplo, en virtud de lo que conoce naturalísticamente, la persona puede distinguir lo peligroso de lo inocuo y evitar una autolesión o una heterolesión: sabe que no puede darle la mano a un león enjaulado o que fumar un cigarrillo en una estación de gasolina puede producir un incendio. Lo interno contiene así una *base cognitiva* que traza un margen de lo que se puede conocer como mínimo para no fracasar en los contactos sociales.

Tanto psicologicistas como normativistas coinciden en afirmar que, en la relación Ciudadano-Estado, el fuero interno de la persona marca la frontera que el Derecho penal no puede atravesar en el tratamiento de lo subjetivo. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como persona en Derecho. Con mucha razón Jakobs afirma a este respecto que “sin su ámbito privado el ciudadano no existe”¹. No en vano los romanos dieron suma importancia a la garantía *de internis non judicat praetor*, esto es, que “el juez no juzga el fuero interno”. Lo mismo fue sentenciado por el ilustre comentarista del Código penal español de 1870 Alejandro Groizard y Gómez de la Serna con sobrada contundencia: “la conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer”².

Con esto queda claro que el fuero interno no puede constituir objeto de intervención penal, porque el conocimiento en su configuración natural no representa en lo absoluto perturbación social. ¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento no delinque: *cogitationis poenam nemo patitur!* Esta declaración constituye a la vez una garantía penal y procesal para el ciudadano, en tanto que, ante la imposibilidad probatoria, no existe un deber de prueba del conocimiento, o ¿alguien puede probar los pensamientos?

Pero la razón principal de por qué en el plano jurídico-penal el fuero interno de la persona queda al margen como objeto de la imputación jurídica radica en su *ilimitada* constitución que impide toda posibilidad de graduación de la culpabilidad. ¿Qué es la imputación subjetiva sino imputación misma de la culpabilidad? Justamente por eso el principio de culpabilidad impone que el Derecho penal *sólo* puede injerir sobre la esfera individual de la persona mediante una pena como reacción frente al *dolo* o la *culpa*, más no así ante cualquier otra manifestación del conocimiento. El principio de culpabilidad funda de este modo una “regla de oro” consistente en que sólo el conocimiento que admite graduación puede ser castigado con una pena también graduable³.

¹ Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (trad. Peñaranda Ramos), en sus Estudios de Derecho penal, Madrid 1997, p. 297.

² Citado por Polaino Navarrete, Derecho penal: modernas bases dogmáticas, Lima 2004, p. 345.

³ Vid. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2ª ed., Heidelberg 1976, p. 116; asimismo Stratenwerth, Derecho penal. Parte General I: El hecho punible, (trad. Cancio Meliá/Sancinetti), Madrid 2005, 8/62: “el límite del dolo significa [...] también el límite de la punibilidad”.

Hasta este punto llega el acuerdo entre psicologicistas y normativistas. Sin embargo los caminos se separan cuando el conocimiento que da contenido al *dolo* y la *culpa* recibe un tratamiento diferente e inclusive irreconciliable entre sí por parte de ambos sectores.

III. Lo subjetivo como dato psicologicista

Las teorías psicologicistas dejan intacto el conocimiento en su esencia naturalística dentro de la imputación jurídico-penal. Así, el conocimiento es punible cuando se dirige a la lesión de un bien jurídico ajeno, por lo que tanto el dolo como la culpa sólo expresan unos grados diferenciados y penalmente relevantes de la psique humana⁴. Este modelo de imputación, que en el día de hoy es defendido todavía con mucho ímpetu por los partidarios de la teoría final de la acción⁵, obtuvo su máximo protagonismo en los tiempos del causalismo naturalista. Sobre todo con base en la teoría de la equivalencia de las condiciones, el causalismo naturalista consideró que todas las condiciones fácticas de un resultado debían mantener el mismo significado en el plano jurídico⁶. Bajo esta premisa no les resultó difícil fundamentar que la responsabilidad penal no era más que la consecuencia de un razonamiento matemático ajustado a la siguiente fórmula: *dolo + causalidad = responsabilidad*⁷. El dolo fue entendido en este marco explicativo como el mero saber, por ejemplo, de producir la muerte de otra persona. En suma, el conocimiento del dolo se mantenía en el Derecho penal en su sustrato psicológico.

Pues bien, la sistemática de la teoría final de la acción está fuertemente influenciada por el psicologismo y, como tal, ajena a la posibilidad de normativizar el conocimiento porque éste basta en su manifestación natural como un ejercicio consciente de finalidad para dar contenido al dolo. Lo decisivo aquí para esta doctrina es que el autor, en virtud de su conocimiento del suceso natural, traza un punto final a donde dirigir su acción (la lesión de un bien jurídico) y a partir de ese punto evalúa los factores conmitantes, selecciona los medios, e impulsa finalmente la acción hacia la consecución de su meta⁸. La determinación de lo subjetivo aquí va de la cabeza del autor hacia la conducta, en una conexión psicológica entre la mente y el resultado en el mundo exterior, mas no así desde lo externo de la conducta hacia la mente del autor.

⁴ Esta forma psicologicista de entender el dolo había sido planteada antes por *Feuerbach*, “Betrachtung über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere”, en *v. Almdigen et al.* (eds.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, 2. Theil, Giesen 1804, pp. 193 s., para quien el “Derecho criminal, como es sabido, está unido en lo más íntimo con la Psicología”, calificando al mismo a la Psicología “como una de las más importantes ciencias auxiliares”. Asimismo, “con seguridad, sin el conocimiento de los hombres, sin el estudio de la naturaleza humana, es imposible la teoría del Derecho penal”. A partir de entonces el psicologismo con su forma de entender el conocimiento como un mero dato psíquico ganó terreno en la dogmática jurídico-penal, notándose incluso su protagonismo en la actualidad básicamente en la dogmática de signo finalista. Más sobre ello, a continuación en el texto.

⁵ Si bien con diversos matices, están por ejemplo, las obras de *Hirsch*, “Los conceptos de ‘desvalor de acción’ y ‘desvalor de resultado’ o sobre el estado de cosas”, (trad. Demetrio Crespo), en su obra *Derecho penal. Obras completas*, Tomo II, Buenos Aires 2002, pp. 248 ss.; también *Struensee*, *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, Berlín 2005, pp. 4 ss.

⁶ Véase al respecto *v. Liszt*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., Berlin/Leipzig 1919, pp. 116 ss.

⁷ Vid. *Lesch*, “Strafbare Beteiligung durch ‘berufstypisches’ Verhalten”, en *JA* 2001, p. 987.

⁸ Vid. *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlín 1969, pp. 33 ss.

En este proceso llega un punto donde inevitablemente el conocimiento del dolo como dato psicológico no va poder diferenciarse del fuero interno de la persona. Pero esta primera dificultad, en sí misma difícil de superar, se agrava luego ante la constatación de la escasa fuerza explicativa del dolo psíquico en los supuestos de delimitación de ámbitos de responsabilidad en los fenómenos complejos que caracterizan a las sociedades modernas. Así, pues, existen por lo menos dos ámbitos que evidencian claramente la dificultad del psicologismo para explicar la imputación subjetiva: a) el de los conocimientos especiales en las conductas neutrales, y b) la distinción entre dolo eventual y culpa consciente.

1. Conocimientos especiales en conductas neutrales

Partamos de algunos supuestos:

¿Un vendedor responde como cómplice de un delito de contaminación del medio ambiente por vender materia prima a una fábrica, *sabiendo* que esta fábrica es conocida por procesar materias primas sin adoptar las medidas dispuestas por la ley para evitar la contaminación ambiental?

¿Es cómplice de un delito de malversación de fondos el empresario que por razones caritativas dona una fuerte suma de dinero a una institución pública creada para asistir a zonas de catástrofes naturales, aun *sabiendo* que los funcionarios de esta institución utilizan el dinero con otros fines o para enriquecerse ellos mismos?

¿Tendría que condenarse a un vendedor de cueros como cómplice de un delito de elaboración clandestina de productos por vender cueros a una microempresa, *sabiendo* que en ella se elaboran zapatos sin contar con la autorización respectiva?

¿Es cómplice de un delito de corrupción de funcionarios el cajero de un banco que entrega una fuerte suma de dinero al titular de una cuenta, *sabiendo* que éste utilizará el dinero para corromper a unos jueces?

En todos estos casos hay un común denominador: el actuante tiene conocimiento que otro usará su aportación para cometer un delito. Sin embargo, también es evidente que la conducta es practicada en el marco de una actividad cotidiana, que en el contexto del hecho adquiere un significado *neutral* o de estar obrando en *armonía*⁹. Esto significa que tanto el vendedor de materia prima, el empresario caritativo, como el vendedor de cueros y el cajero del banco actúan dentro de un *espacio de libertad* jurídicamente reconocido al ciudadano en un Estado de libertades, que coincide con su actividad, profesión u oficio cotidiano: ¡no son cómplices! El ciudadano concreta su personalidad en la actividad cotidiana, cual incluso es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política, que en su art. 2, inc. 1 garantiza el derecho de “toda persona

⁹ Sobre el carácter neutral de la conducta véase *Jakobs*, La imputación objetiva en Derecho penal, Lima 1998, pp. 75 ss.; *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamentos y límites, Madrid/Barcelona 2003, pp. 275 ss.; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlín 2004, pp. 171 ss.; *García Caveró*, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú”, en Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Lima 2005, pp. 308 ss.; *Caro John*, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, en RPDJP 5 (2004), pp. 86 ss.

[...] a su libre desarrollo y bienestar”. En suma: el *significado social* de la conducta coincide en este contexto con el *significado normativo* de neutralidad o de concordancia con la vigencia de las normas de un Estado de libertades.

Pero al tiempo de reconocer la neutralidad de la conducta en los casos antes reseñados existe un dato que no puede ser ocultado y que agrega un sinsabor a la solución dada. Este dato es el “conocimiento” de favorecer un hecho delictivo. Sin embargo, este sinsabor rápidamente desaparece cuando se constata que ese conocimiento aquí solamente se refiere a un dato puramente psíquico, esto es, a un conocimiento especial (no perteneciente al rol del actuante) que no reúne en lo absoluto una fuerza normativa como para destruir la neutralidad de la conducta. Se trata sólo de una mera *representación psíquica* que puede acompañar al ser humano en su accionar, pero que en el contexto social de la acción *no* le es exigible jurídicamente poseerlos ni aplicarlos¹⁰. Por ejemplo, el vendedor de cueros puede saber que el microempresario fabrica zapatos de manera clandestina, el cajero del banco puede saber que al efectuar el pago de un cheque su cliente usará el dinero para corromper a unos jueces, sin embargo, ese mero saber o conocer no forma parte del conocimiento que ellos deben tener como vendedor y cajero respectivamente. Ningún oficio de vendedor ni de cajero se define incorporando dichos conocimientos, por lo que, si no forman parte del significado del oficio, el titular del mismo no es *garante* ni le atañe su aplicación. El conocimiento especial por consiguiente *no adapta* una conducta cotidiana a la *comunidad delictiva* de terceros que se aprovechan de las aportaciones brindadas en el marco de una actividad neutral: rige una prohibición de regreso¹¹.

Pero, si como afirman las teorías psicologicistas, que los conocimientos especiales también son punibles, entonces la punibilidad de las conductas no encontraría límite alguno y finalmente todo lo que el actuante se represente en su mente terminará convirtiéndose en objeto de intervención penal. ¿Habría entonces que asentir el castigo de quien se gana la vida haciendo fotocopias porque un día de esos fotocopió unos documentos a un conocido estafador, teniendo la sospecha de que éste iba a usar esas copias para estafar a terceros? ¿Asimismo sería punible la conducta de la dueña de un restaurante que prepara un suculento desayuno a unos ladrones para ponerlos fuertes y así puedan asaltar mejor esa mañana un banco? Si cabe una coherencia en las teorías psicologicistas, ellas tendrían que admitir la punibilidad de esas conductas, cuestión que en la vida social de nuestros días es rechazable a todas luces. Nadie se hace responsable penalmente por la aportación de un servicio *estandarizado* que el autor en cualquier parte lo puede conseguir. Las expectativas normativas de conducta no llegan hasta los conocimientos psíquicos, sino sólo a los conocimientos estandarizados que pertenecen a una actividad determinada en un ámbito social parcial concreto. El mensaje que deja el psicologismo mediante el castigo de los conocimientos especiales es que, cuando el actuante ejerce su actividad cotidiana, más le valdría no saber nada o “ser un borrico” si no quiere ir a parar a la cárcel. Con esto, detrás de las rejas acabarían entonces sólo los más escrupulosos o los mejores ciudadanos¹² que se esfuerzan por realizar una actividad cotidiana que, como se comprobó antes, goza incluso de reconocimiento y garantía

¹⁰ Vid. *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Colonia et al. 1999, p. 261.

¹¹ Vid. *Caro John*, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, pp. 98 ss.

¹² Contundente al respecto *Feijoo Sánchez*, Imputación objetiva en Derecho penal, Lima 2002, p. 110.

constitucional por ser el marco social que posibilita el libre desarrollo de la personalidad del actuante.

Un finalista, como lo fue Welzel, tuvo que superar esta dificultad con ayuda de un concepto situado más allá de la psique, concretamente en el significado social de la conducta. Este concepto fue el de la *adecuación social*, que se refiere a una serie de valoraciones que se corresponden con el “ordenamiento social de la vida históricamente constituido”¹³. Lo socialmente adecuado se identifica así con el “estado ‘normal’ de libertad social de la acción”¹⁴, por lo que después de declararse la adecuación social de la conducta no cabe más urgir en el conocimiento del actuante. Dicho de otro modo: una vez declarada la neutralidad (= impunidad) de la conducta ¿qué sentido tiene investigar el pensamiento del autor? Sin duda esta solución de Welzel es brillante, pero destaca una realidad incontestable: el conocimiento per se, como dato psico-biológico, es insuficiente para explicar la imputación subjetiva.

2. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente

Otro ámbito de la imputación subjetiva donde el psicologismo se encuentra ante serios problemas de fundamentación ordenada y coherente es el de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. La doctrina dominante de corte psicologicista establece que en el *dolo eventual* el autor se representa como posible o probable un resultado, y consiente o acepta su producción, mientras que en la *culpa consciente* el autor también se representa como posible o probable un resultado, con la diferencia que el autor no acepta o no está de acuerdo con el resultado¹⁵. Si se analiza con calma ambas definiciones podrá notarse que apenas existe una distinción en la medida que ésta opera sólo en el plano psíquico: dolo eventual y culpa consciente tendrían en común la representación del resultado, por lo que la pretendida diferenciación radicaría únicamente en los distintos grados de probabilidad del resultado aceptado o no querido por el actuante. Con esto en el dolo eventual sólo existiría mayor probabilidad de que se produzca el resultado que en la culpa consciente.

Pero, si la distinción entre ambos conceptos sólo sucede en el plano de la psique del autor, entonces la solución dependerá en definitiva de la interpretación que realice el juez penal de la mente del autor y sus intenciones. Sin embargo cabe preguntar: ¿Acaso los pensamientos pueden ser leídos? Es evidente que si la imputación subjetiva, bien a título de dolo eventual o de culpa consciente, va depender sólo de la mera representación psíquica del autor sobre los posibles resultados deseados o no deseados, entonces no podrá evitarse que por esta vía toda imaginación suya, incluso hasta los datos casuales imaginados, terminarán mezclándose arbitrariamente con la representación que realmente interesa a efectos de la imputación jurídica, sin posibilidad alguna de poder ser delimitados. Justamente a este respecto no debe quedar en el olvido lo que hace 170 años el penalista alemán Zachariä¹⁶ demostró con admirable convicción: ¡Nadie lleva un espejo

¹³ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 55.

¹⁴ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 57.

¹⁵ Vid. al respecto *Roxin*, *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón Peña, García y Conlledo, Vicente Remesal), Madrid 1997, 12/21 ss., con una completa exposición de las teorías existentes acerca del dolo eventual.

¹⁶ Citado por *Jakobs*, “Criminalización en el estadio previo”, p. 303. Para mayor abundamiento se transcribe la cita completa: “El juez, frente a todo el que entrase en una farmacia y demandase un veneno o

en el pecho que permita al juez leer sus pensamientos para hacer reconocible aquel pensamiento merecedor de sanción penal! El ilustre penalista sentenció además: ¡Ojalá nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!

Un caso de la jurisprudencia penal reciente sirve para ilustrar mejor la falacia psicologicista en la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Se trata conocido caso de la “Discoteca Utopía” que conmocionó a la ciudad limeña hace pocos años. El caso es el siguiente: en horas de la madrugada del 20 de julio de 2002 se produjo un incendio en la Discoteca Utopía, ubicada en una zona comercial de la ciudad de Lima. Como consecuencia del incendio fallecieron 29 personas y otras más resultaron heridas con lesiones graves a causa de las quemaduras. Las investigaciones demostraron que el incendio se originó cuando en el marco de una fiesta denominada “Zoo”, que consistía en un espectáculo con animales de circo y uso de fuego, uno de los procesados realizó una serie de malabares con fuego justo al borde de la cabina del disjockey. En este contexto una llamarada de fuego alcanzó el techo del local que, por estar revestido de un material inflamable, provocó un incendio de la discoteca, con los fatales resultados de muerte y lesiones graves de los agraviados. El empresario responsable de la organización de la fiesta fue condenado por homicidio doloso y lesiones graves dolosas a 15 años de pena privativa de libertad porque, a juicio del juez, aquél obró con dolo eventual. El criterio aplicado fue justamente que el actuante se representó como probable el incendio, y eso bastó para imponerle tan drástica sanción¹⁷. El argumento central de la sentencia fue el siguiente: “es admisible la tesis que el acusado se representó el resultado típico y lesiones graves, y que a pesar de ello dentro de la teoría de la probabilidad, asumió el riesgo probable y adoptó la continuación de su accionar, mediante la realización del hecho”¹⁸.

La distinción entre dolo eventual y culpa consciente es clave porque, dependiendo de qué opción se elija, el autor podrá ser condenado por un hecho doloso o culposo con una diferente penalidad, cuestión que en el presente caso es más que palpable. En contra de los argumentos psicologicistas de la sentencia penal, ha de subrayarse que la mera representación de un resultado como probable no aporta nada a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente porque ambos conceptos tienen en *común* precisamente la *representación* del resultado. En el marco del desenvolvimiento de actividades comerciales es normal que cualquier administrador de una discoteca, o de un restaurante, o de una tienda comercial, e incluso de un hotel, o de una empresa de transporte público, etc., es decir, de actividades que implican el contacto masivo de personas, se represente, aunada a su actividad, la posibilidad del repentino desencadenamiento de desgracias para terceros, como pueden ser los incendios, intoxicaciones, desmayos, robos, atropellos, etc. El alto grado de complejidad de los contactos sociales en las sociedades modernas da cabida a todo tipo de representación, sin embargo no por ello se castiga directamente a las personas como autores de delitos dolosos cuando una parte de sus representaciones coincide con el

frente a cualquiera que comprase un arma o se hubiese procurado escalas o sogas, estaría autorizado a inquirir si esto no habría ocurrido con la intención de perpetrar un delito y a intervenir en otros muchos casos de una forma escandalosa en la vida de los ciudadanos. Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible cualquier posible indicio de la voluntad delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!”

¹⁷ Véase la Sentencia de 27 de abril de 2006, pronunciada en audiencia pública por el 49º Juzgado penal de Lima, Expediente N° 23231-2004.

¹⁸ Fundamento Séptimo de la Sentencia, p. 24.

resultado: ¡Representación no es sinónimo de dolo! Por esta razón, que el acusado se haya representado los resultados no basta para deducir de ello que su obrar fue doloso. Esa representación es en todo caso una más de tantas dentro de su esfera interna, o dentro del sin fin de sus pensamientos.

El problema que encierra una imputación basada en la mera representación psíquica y que por ello se tenga que castigar a una persona directamente por un delito doloso es que contempla la solución en un nivel de valoración completamente *descontextualizado* de lo verdaderamente relevante para fundamentar la imputación subjetiva en un sentido normativo, cual es, el análisis de lo subjetivo de la conducta indisolublemente unido a su contexto social. Así como el finalismo tuvo la valentía de acudir a elementos objetivos para superar las dificultades de su concepto psicologicista de dolo mediante el criterio de la adecuación social, el psicologicismo tendrá también que apoyarse en otros elementos exteriores a la mente del autor, para establecer en este caso la distinción definitiva entre dolo eventual y culpa consciente.

El Código penal no establece una diferenciación entre dolo y culpa. Los arts. 11 y 12 CP fijan solamente que las conductas pueden ser dolosas o culposas. Sin embargo, la distinción de ambos conceptos se deduce más bien del art. 16 CP, que regula la figura conocida como “error de tipo”. El derecho positivo establece así una diferenciación entre dolo y culpa en sede del conocimiento, y, cuando la conducta es realizada en virtud de un *error*, es castigada como culposa con una sanción menor frente al delito doloso. Pero como el error no es otra cosa que el *desconocimiento* de uno de los elementos del tipo, según el Derecho positivo la culpa viene a ser en definitiva una forma de conocimiento menor (o desconocimiento) de los elementos objetivos del tipo. Ahora bien, sobre la base del marco conceptual general trazado por el Código penal, que dolo y culpa manifiestan dos formas o grados cuantitativos del conocimiento, corresponde a la labor dogmática concretar ese programa normativo mediante el esclarecimiento de los criterios de imputación. A este respecto, una dogmática jurídico-penal psicologicista, empecinada en buscar la diferenciación sólo en el ámbito de la mera representación psíquica, evidentemente no avanzará lejos y tampoco conseguirá trazar claramente la frontera entre la imputación subjetiva y el fuero interno de la persona, con el riesgo de basar la distinción entre dolo eventual y culpa consciente en la mera presuposición del intérprete sobre lo pensado y querido por el autor. No obstante, de acuerdo a lo afirmado antes, para lograr una distinción correcta y real de ambos títulos de la imputación subjetiva es absolutamente imprescindible considerar todos los elementos exteriores a la psique del autor; y el criterio de imputación correcto que posibilita en este caso la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente es la *indiferencia*¹⁹.

Como dato meramente psicológico, la indiferencia al igual que la representación no aporta nada. Por eso aquí no se trata de una indiferencia cualquiera, sino de aquella atribuida a la conducta en base a todos los datos objetivos que configuran el contexto social concreto de la acción. Existe así indiferencia respecto a la realización del tipo “cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que ponen en juego sus intereses. Estos intereses, por definición, tendrían que ser de

¹⁹ Vid. *Jakobs*, “Indiferencia como dolo indirecto”, (trad. Pérez del Valle), en *Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid 2004, pp. 345 ss.; asimismo, sobre la *indiferencia* y la culpa inconsciente, véase *Stratenwerth*, *Derecho penal*. Parte General I, 15/31.

importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses”²⁰. Significa que en el *dolo eventual* el autor se representa como probable un resultado, pero a causa de su *indiferencia* llega a realizarlo. Por su parte, lo que distingue a la *culpa consciente* es que el autor al representarse como probable un resultado, prosigue su ejecución con negligencia o descuido –mas no así con indiferencia– en el cumplimiento de un deber de cuidado. La culpa es consciente porque el actuante *se da cuenta* que realiza una acción riesgosa, pero subestima su posible concreción en el resultado lesivo. Entonces lo que corresponde establecer es si el autor obró con indiferencia o no. Nuevamente: a causa del predominio psicologizante de estos elementos la prueba tendrá que considerar el contexto social de la conducta para atribuir el conocimiento penalmente relevante.

En el caso de la Discoteca Utopía los datos objetivos configuradores del contexto concreto de la acción demuestran que el acusado no obró con indiferencia, sino con negligencia al haber adoptado defectuosamente las medidas de aseguramiento: él es autor de un delito de homicidio culposo. Visto los hechos objetivamente, se tiene que la administración de una discoteca tiene el sentido social de obtener un ingreso económico mediante su funcionamiento y no de exponer el patrimonio de la empresa a unas pérdidas que traigan consigo su ruina. Pero como lo que está en la cabeza del autor todavía sin extereorizarse es un dato psicológico, imposible de demostrar, por lo que sólo se le puede presuponer²¹, tal presuposición se convierte en atribución de un sentido normativo cuando en este caso uno de los datos externos de peso, consistente en el propio perjuicio o *poena naturalis* sufrido por el mismo autor, descarta la posibilidad de que éste hubiera obrado con indiferencia o dolo eventual. A este respecto es oportuno traer a colación una reflexión de Jakobs: “quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad (...) demuestra su incompetencia y se comporta, en consecuencia, de forma –talvez altamente– descuidada, pero no indiferente”²². En definitiva, el propio perjuicio es un dato objetivo que descarga en el contexto de la acción el título de la imputación subjetiva de dolo eventual a culpa consciente. Es tan obvio: ¡nadie procura su propio perjuicio!

IV. Lo subjetivo como atribución de sentido normativo al conocimiento

Contrario al método de análisis de las teorías psicologicistas para determinar la imputación subjetiva, que se origina en lo interno (la mente del autor) y luego se dirige hacia lo externo (el resultado), las teorías normativistas determinan la relevancia penal de lo subjetivo en una interpretación del hecho que va desde lo externo hacia lo interno de la conducta. Lo externo aquí viene dado el significado social perturbador de la conducta y lo interno por el sentido normativo que se atribuye al pensamiento. Esto explica por qué las teorías normativistas, a diferencia de las psicologicistas, no interpretan ni verifican la consciencia del autor, sino más bien le atribuyen un sentido o un significado penalmente relevante. El orden de análisis es imprescindible: primero se verifica si la conducta reúne un significado social perturbador, y, después de haberse determinado ese significado, se decide si dicha conducta es imputable a su autor a título de dolo o culpa.

²⁰ Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 355.

²¹ Vid. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Colonia et al. 1999, pp. 31 ff.

²² Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, p. 355.

Un ejemplo trivial sirve aquí para ilustrar el por qué del orden de análisis mencionado: Imaginemos que un cocinero, cansado de los malos tratos y paga miserable que le da su patrón, decide envenenar a éste poniéndole arsénico en una comida especialmente preparada con tal ocasión. Llegado el momento, el patrón come la comida, pero no muere, es más, hasta felicita al cocinero por su delicioso platillo ¿A qué fiscal penal se le ocurriría iniciar una investigación penal en este caso? Que el cocinero haya confundido el ajinomoto por el arsénico, de manera que en vez de envenenar la comida mejoró su sabor, no reúne en lo absoluto un significado social perturbador. La muerte del patrón en este contexto sólo se reduce a un pensamiento pernicioso del cocinero, reprochable quizá en el plano de la moral, pero absolutamente infranqueable desde un punto de vista jurídico. Pero si, caso contrario, el patrón muere, cambia ostensiblemente la situación. Aún cuando el cocinero jamás hubiese deseado ni intentando la muerte de su patrón, el aspecto interno de su conducta requerirá de una investigación penal a fin de deslindar su responsabilidad personal sobre los hechos. La muerte ocurrida por envenenamiento en un restaurante sí interesa –es más, debe interesar– al fiscal penal competente porque un envenenamiento en semejante contexto social más que hecho natural proyecta un indicio de atentado contra la normatividad que garantiza el derecho a vivir de las personas. Esto significa que sólo después de constatada la muerte corresponderá recién establecer la imputación subjetiva, en este supuesto bien a título de asesinato (art. 108, inc. 4 CP), o de homicidio culposo (art. 111 CP).

1. La atribución de sentido normativo al conocimiento

El conocimiento válido –es más, único– que interesa al Derecho penal, y que hasta ahora se había mencionado de un modo general como *conocimiento penalmente relevante* no es otra cosa que el conocimiento concreto que el actuante *debía saber* en el contexto social de su acción. La pregunta acerca de lo subjetivo con relevancia penal entonces comienza por lo que el actuante “debía saber” y no por lo que él meramente “sabía” o “podía conocer” al momento de obrar en un contexto social determinado²³. Cuando el criterio determinante es el “deber saber” o el “deber conocer”, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal. La referencia al deber traza el marco de valoración que separa la naturaleza y el sentido jurídico, a su vez esclarece que el destinatario de la imputación jurídica no es el actuante en cuanto sistema psico-físico, sino en cuanto persona titular de un haz de derechos y deberes. Como persona, el actor está inmerso en una relación jurídica que condiciona y determina su obrar al respeto de los derechos de los demás. El deber jurídico más general por cumplir es el deber negativo, sintetizado en el mandato jurídico: “sé persona y respeta a los demás como personas”²⁴. Con esto, la esfera de libertad de acción se restringe claramente a un obrar en el marco de la juridicidad permitida: ¡relaciónate con los demás, pero no mates, no robes, no contamines el medio ambiente, etc.! Sin embargo, la relación jurídica no se agota sólo en su carácter negativo. En virtud de determinados *estatus* surgen *deberes positivos* por cumplir. En este sentido, existen dos tipos de deberes positivos: a) el *deber de solidaridad mínima*, que impone a toda persona en virtud de su *estatus de ciudadano* el deber de socorrer a un tercero caído en una

²³ Vid. *Cancio Meliá*, “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, en ZStW 111 (1999), pp. 377 ss.

²⁴ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín 1821, § 36; sobre los deberes negativos, véase *Jakobs*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen 1996, pp. 19 ss.

situación de grave e inminente peligro que demande un auxilio inmediato²⁵. Este deber está regulado en el art. 127 CP mediante el castigo del delito de omisión de socorro o de dar aviso a la autoridad. El Estado fomenta por esta vía la solidaridad mínima como un deber jurídico entre sus administrados para evitar la desestabilización social a que se llegaría si cada ciudadano se mostrara indiferente ante la desgracia personal de un tercero; b) en segundo lugar están los *deberes institucionales* que, a diferencia de los deberes del estatus general de ciudadano, se fundamentan en *instituciones positivas* que fijan claramente unos deberes especiales de fomento y protección de determinados bienes colocados bajo la relación jurídica de carácter institucional. Por ejemplo, el policía tiene el deber de garantizar la protección del ciudadano, los padres el deber de alimentar y cuidar de sus niños, etc²⁶.

Sentado lo anterior, queda claro que los deberes jurídicos se dirigen a la *persona* como destinataria de la pauta de conducta respetuosa de la prohibición y los mandatos. Estos deberes no flotan en el aire como un globo inflado, sino regulan los contactos sociales de manera concreta, como también concreta es la forma en que la persona se interrelaciona con los demás. De allí que la pregunta acerca de qué es lo que el actuante sabe o puede saber es insuficiente; por el contrario, el conocimiento penalmente relevante es lo que él debía saber dentro del marco de su posición de deber en el contexto de la interacción. El conocimiento fundamentador de la imputación subjetiva de este modo no es el fenómeno psíquico que el *ser de carne y hueso* tiene en su mente, sino la *atribución de sentido normativo al conocimiento* de un *ser social* concreto titular de deberes. Si lo que el actuante sencillamente sabe tuviera que fundamentar la imputación subjetiva, no habría forma alguna de concretar su representación desde una perspectiva normativa, y justamente aquí radica el entrapamiento del psicologismo. Como nadie lleva un espejo en el pecho que refleje sus pensamientos, la exigencia normativa de lo que el autor debía saber en un ámbito concreto de actuación facilita incluso hasta desde un punto de vista práctico la determinación de la imputación subjetiva.

Benedikt Carpzov, el penalista alemán más recordado del S. XVII, demostró en 1635 que el conocimiento del dolo tenía que establecerse en un nivel de valoración sustraído a las peculiaridades psico-biológicas del ser humano, toda vez que éstas nadie puede conocer ni probar. Carpzov parte del ejemplo de que alguien, supuestamente para causar apenas una herida a otro, le apuñala con una espada filuda, produciéndole así la muerte. Para el pensador alemán no cabe duda que el hecho corresponde al de un homicidio doloso, mas no al de unas lesiones dolosas con resultado de muerte. Es un homicidio doloso sin más, porque “quien da una puñalada con una espada, a pesar de querer producir solamente una herida, actúa con dolo, porque él sabe o mínimamente *debía saber* que de esa forma la herida no podía ser causada”²⁷. Con otras palabras, Carpzov dice que el conocimiento

²⁵ Sobre el deber de solidaridad mínima, véase Pawlik, “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur“, en GA 1995, pp. 360 ff.; asimismo Caro John, “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”, en Nueva Doctrina Penal 2005/B, Buenos Aires, pp. 441 ss.

²⁶ Vid. asimismo sobre los deberes institucionales, Jakobs, Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid 1997, pp. 993 ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid/Barcelona 2002, pp. 93 ss., y passim; Caro John, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en Anuario de Derecho penal, Lima 2003, pp. 60 ss.

²⁷ Carpzov, Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium, Pars I, 1635. Aquí según la traducción de Dietrich Oeheler, Goldbach 2000, p. 8 (subrayado añadido).

doloso no se limita meramente a lo que actuante sabía al momento de actuar, sino a lo que *debía saber*: ¡en el contexto normal de interacción difícilmente una persona sale viva de un apuñalamiento con espada! Sólo un pensamiento psicologicista sostendría lo contrario, que en este caso habría lesiones dolosas con resultado de muerte, o sea que existe un delito cualificado por el resultado. Pero si nos detenemos por un momento en esta última posibilidad e introducimos una variante al caso, esto es, que si el actuante en vez de causar unas heridas sólo quiso rasguñar el vestido costoso de la víctima con una puñalada, la solución se refundiría en el absurdo al tener que condenar forzosamente sólo por un delito de daños a quien causó la muerte a otro dándole una puñalada con una espada filuda. Esta sería la única solución psicologicista consecuente al no existir un tipo penal que castigue el delito de daños con resultado de muerte. En consecuencia, si lo que cuenta para la imputación subjetiva es sólo la representación psíquica del resultado, la determinación del título de imputación de *dolo* o *culpa* termina convirtiéndose en un asunto absolutamente inseguro y arbitrario.

2. La fijación del contexto social concreto de la acción

La alusión al contexto social de la acción no es casual, sino todo lo contrario, no existe una conducta penalmente relevante sin un contexto social concreto. Así, por ejemplo, el vendedor de yogurt que no sepa que este producto debe estar refrigerado para ser vendido y no se preocupe en informarse acerca de la temperatura idónea, no podrá alegar luego a su favor un desconocimiento de estas exigencias cuando una mañana de verano se despierte en la cárcel por haber posibilitado la muerte de un niño que consumió su yogurt descompuesto a causa del calor. El contexto de la acción obliga entonces a todo vendedor a no tratar el yogurt como si fuese arroz o fideos.

El contexto social es el contexto del significado normativo de la conducta. Si como se anotó arriba, que la persona concreta su *ser social* en los contactos sociales mediante la observancia de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta se deducirá de cómo la persona se comporta de cara al deber en el ámbito social concreto de su actividad. Aquí es indiferente cómo la conducta acaece en su aspecto exterior, sea mediante acción u omisión, sino lo determinante es que la conducta responda a la posición de deber o al estatus de la persona. Los tipos penales no expresan un sentido de relevancia penal de las conductas de una forma abstracta, sino siempre referidas a un contexto social concreto. Por ejemplo, el tipo penal del delito de homicidio castiga el matar dolosamente a otra persona (art. 106 CP), pero la conducta “matar” no se refiere al suceso empírico-naturalista de “derramar sangre”, sino al de “privar sin derecho la vida de otro”. En situaciones normales nadie mata a otro sirviéndole una comida salada y no por ello se puede afirmar que el alcance del tipo penal del homicidio no admite el supuesto de matar mediante una comida salada. Quien sostenga categóricamente esta afirmación y a partir de ella construya una regla general sólo demuestra mucha ignorancia. Pueda que la sal *in abstracto* no mate a nadie, pero dependiendo del contexto social o significado normativo concreto de la acción, la sal sí puede servir como medio para privar sin derecho la vida de otro cuando, por ejemplo, la víctima sea un paciente gravemente enfermo de los riñones²⁸.

²⁸ Vid. *Jakobs*, “Representación del autor e imputación objetiva”, en sus *Estudios de Derecho penal*, pp. 223 s.

El contexto social de la acción define de este modo la atribución de sentido normativo al conocimiento, porque en él se concreta el tipo de deber cuya observancia compete a la persona al momento de actuar. Conceptos como evitabilidad individual²⁹, probabilidad, etc., sólo tienen sentido normativo relevante para el Derecho penal, o constituyen la base para atribuir un conocimiento a título de dolo o culpa, siempre y cuando formen parte de lo que el actuante debía evitar en el contexto concreto de su acción. Por eso es necesario que el deber jurídico esté antes preconfigurado porque sólo con la existencia del deber el autor dispondrá de ese modo en un contexto social concreto la información acerca de lo que debe saber o debe evitar.

En definitiva, la imputación subjetiva adquiere sentido normativo cuando la pregunta acerca de lo subjetivo comienza por lo que el autor debía saber en el contexto social concreto de su actuación. Los conceptos de dolo y culpa no se estructuran de este modo sobre el mero conocer psico-biológico de los elementos objetivos del tipo, sino sobre el deber-conocer dichos elementos³⁰.

²⁹ Vid. *van Weezel*, “Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa”, en *Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima 2005, pp. 618: “la evitabilidad individual (...) es un concepto que no se puede determinar sin referencia a parámetros normativos, es decir, que tal determinación sólo puede llevarse a cabo teniendo en cuenta elementos que se encuentran más allá de la otorgación de sentido individual del que actúa”; asimismo *García Cervero*, “La imputación subjetiva en Derecho penal”, en *RPDJP* 5 (2004), pp. 167 ss., para quien la “evitabilidad individual” constituye el criterio normativo determinante de la imputación subjetiva.

³⁰ Para mayor abundamiento al respecto, véase por todos *Ragués i Vallès*, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, pp. 323 ss.