

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y EL PROCESO PENAL*

*Percy García Cavero***

Las consideraciones que voy a desarrollar en esta ponencia están dirigidas a mostrar las líneas generales que informan la configuración dogmática de la imputación subjetiva en el actual derecho penal y su repercusión en el proceso penal. Para ello voy a dividir mi exposición en tres partes. En la primera de ellas me voy a ocupar del punto de partida de la imputación subjetiva en el derecho penal, a saber, el principio de culpabilidad. La segunda parte de la exposición se encargará de abordar las dos formas de imputación subjetiva (el dolo y la culpa), haciendo una breve exposición de los criterios que se han utilizado para diferenciarlas. Finalmente, en la tercera parte me ocuparé de esbozar, desde consideraciones normativas, una distinción entre el dolo y la culpa a partir de la teoría de la probabilidad, pues, en mi opinión, esta teoría es la que mejor se ajusta al criterio de la evitabilidad individual que informa la imputación subjetiva. En esta parte, destacaré especialmente las consecuencias que una reformulación del tipo subjetivo tiene en el ámbito del proceso penal.

I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1. Fundamento del principio de culpabilidad

En el sistema penal actual no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona sin que exista una imputación subjetiva. Esta exigencia se deriva del principio de

* Ponencia pronunciada en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

** Profesor de Derecho Penal, Universidad de Piura.

culpabilidad, según el cual una pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuirse el hecho al autor como hecho suyo. Las razones por las que se exige la culpabilidad del autor en la imputación penal son de diversa índole en la discusión de las ideas dogmáticas.

Muy vinculados a las tesis retribucionistas de la pena están los que entienden que la culpabilidad del autor es el fundamento de la pena. Esta culpabilidad se construye sobre la base del libre albedrío de la persona, es decir, sobre la posibilidad que tiene el ser humano de actuar libremente¹. La culpabilidad jurídico-penal estaría constituida por el mal uso de la libertad que posee el hombre. La pena se correspondería con el reproche que se le hace al autor por haber podido y debido actuar de un modo distinto, o sea, por haber podido y debido actuar conforme al ordenamiento jurídico. El principal cuestionamiento que se le ha hecho a esta comprensión de la culpabilidad es la imposibilidad de una prueba empírica de su fundamento: la libertad². Esta imposibilidad de prueba empírica repercute especialmente en la idoneidad de la culpabilidad para ser efectivamente un criterio de medición de la pena.

El abandono de las tesis retribucionistas de la pena ha llevado a que se cuestione actualmente el entendimiento de la culpabilidad como fundamento de la pena. A la pena se le otorga hoy una función esencialmente de prevención, lo que significa fundamentarla en razones, más bien, de carácter social. Sin embargo, la referencia exclusiva a una perspectiva preventiva podría llevar a ciertos excesos frente al individuo. Por ejemplo, si la pena se determina sólo con base en la prevención general negativa, su medida respondería únicamente a la necesidad de intimidar a los potenciales delincuentes, lo que, en términos punitivos, podría significar un incremento desproporcionado de penas. Por esta razón, se hace necesario encontrar ciertos límites a la posibilidad de exceso de una visión preventiva de la pena. La culpabilidad encontraría precisamente aquí su función; es decir, dejaría de ser un fundamento de la pena, para convertirse, más bien, en un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado³.

El punto central de discusión del planteamiento preventivo de la pena se encontraría en determinar qué naturaleza tiene el límite presentado por el principio de culpabilidad al poder del Estado. Es decir: si se trata de un límite interno que comparte una lógica preventiva o si se trata de un límite externo a la lógica preventiva. En la doctrina penal domina el parecer de que la culpabilidad asume aspectos tanto preventivos como garantistas. Pero entonces, como bien lo apunta SILVA SÁNCHEZ, esta configuración de la culpabilidad ya no sería propiamente un límite a los fines de prevención general negativa, sino, más bien, una síntesis de fines preventivos, otros fines utilitaristas y

1 WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, p. 140.

2 Así fue fundamentalmente la crítica de ENGISCH. *Die Lehre von Willensfreiheit in der strafrechts-philosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlin, 1965, passim.

3 Así, ROXIN. *Strafrecht, AT*, 3.ª ed., München, 1993, § 19, n. m. 3 y ss.; MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 153 y ss.

finés garantistas⁴. En este sentido, la culpabilidad sería, más que un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, una síntesis de los fines del derecho penal.

Precisamente JAKOBS había destacado ya en 1976 que la configuración de la culpabilidad depende de la finalidad del derecho penal. Sólo el fin del derecho penal dota a la culpabilidad de contenido, sostiene el citado autor⁵. A mayor abundamiento: JAKOBS entiende que el fin del derecho penal es restablecer la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de una pena. En este contexto, existirá culpabilidad del autor cuando exista necesidad social de pena para restablecer la vigencia de la norma. Sólo cuando no sea necesario solucionar el conflicto penal mediante la imposición de una pena, podrá entrarse a discutir una situación de exculpación. De hecho, la admisión de ciertos supuestos de inimputabilidad por situaciones de anormalidad psicológica, por ejemplo, ha dependido de que la medicina haya encontrado remedios para su tratamiento⁶.

La principal objeción que se le hace a la interpretación funcional de la culpabilidad es que la misma ya no estaría configurada en atención a las circunstancias del autor, sino a una necesidad social. Con ello, se estaría finalmente instrumentalizando al individuo por intereses sociales de restabilización⁷. La crítica se desvanecería, sin embargo, si la desestabilización de la norma solamente pudiese provenir de la actuación de una persona, entendida como ser racional y libre. Pero de lo que no tiene que haber ninguna duda es que la pregunta sobre la culpabilidad jurídico-penal no puede responderse desligada de la sociedad concreta en la que el derecho penal cumple su función de restabilización. Una cuestión central será discutir si las condiciones para la imputación de culpabilidad dependen completamente del acuerdo social o la eventual configuración de la sociedad, o si existen aspectos derivados de la naturaleza de las cosas que si bien se expresan socialmente, no son materia de libre disposición de las reglas de constitución de la sociedad. Esta es una larga cuestión de filosofía del derecho penal que, sin embargo, no pretendemos resolver aquí.

En cualquier caso, la breve reseña introductoria que hemos hecho sobre algunas concepciones de la culpabilidad jurídico-penal pone de manifiesto que si bien se trata de un punto de fuerte discusión dogmática, en el que difícilmente puede haber un consenso pleno, en lo que no cabe discusión es en la necesidad de que la atribución de responsabilidad penal se sustente en la culpabilidad del autor. Este consenso mínimo se encuentra respaldado por la legislación penal colombiana en el artículo 12 C. P.,

4 Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 295.

5 JAKOBS, "Culpabilidad y prevención", SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 78 y ss.

6 Cfr. JAKOBS, en *Estudios*, cit., p. 80.

7 Cfr. ROXIN. *Strafrecht*, AT, § 19, n. m. 33. La respuesta a esta crítica, JAKOBS, en *Estudios*, cit., pp. 365 y s.

en donde se establece que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad”.

2. Las manifestaciones del principio de culpabilidad

La exigencia de la culpabilidad repercute en la constitución de las reglas de imputación penal. En efecto, no sólo se hace necesario que en la teoría del delito exista una categoría denominada “culpabilidad”, sino que la exigencia de culpabilidad influye también en la configuración del injusto penal. Se trata de las llamadas dos manifestaciones del principio de culpabilidad⁸. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva (si bien la legislación penal colombiana recoge la preterintención como tercera forma de imputación subjetiva, hay que reconocer que no es un tercer género sino una combinación de dolo y culpa). En la categoría de la culpabilidad, se exige que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas.

En lo que sigue, voy a ocuparme de la exigencia de una imputación subjetiva en la configuración del injusto penal. Esta exigencia se encuentra expresamente contemplada en la segunda parte del artículo 12 C. P. colombiano, en donde se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva. Un hecho lesivo solamente puede ser penalmente relevante si puede imputarse subjetivamente al autor, es decir, si el hecho ha sido realizado de manera dolosa o culposa.

II. LAS FORMAS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: EL DOLO Y LA CULPA

Si bien tanto el dolo como la culpa dan lugar a la imputación subjetiva necesaria para fundamentar el injusto penal, resulta indispensable diferenciar ambas formas de imputación subjetiva en el análisis dogmático. Esta diferenciación no tiene una importancia solamente teórica, sino que es eminentemente práctica. La conducta dolosa tiene, por regla general, una pena mayor que la conducta culposa, e incluso en determinados tipos penales la conducta culposa significa ausencia de pena debido al sistema de incriminación cerrada de la culpa que recoge el artículo 21 C. P. colombiano. En este sentido, constituye una tarea esencial de la dogmática penal dotar de contenido al dolo y la culpa, de manera que podamos diferenciarlos a efectos de atribuir responsabilidad penal. No obstante, esta labor requiere hacer previamente

8 Cfr. MIR PUIG. *Introducción*, cit., p. 153.

una breve descripción de la evolución de la imputación subjetiva en derecho penal, pues sólo así estaremos en condiciones de precisar el criterio más adecuado para diferenciar ambas formas de imputación subjetiva.

1. Origen y evolución de la imputación subjetiva

En un principio, cuando los ámbitos público y privado del derecho no se encontraban diferenciados, la reacción ante un delito distinguía sólo intuitivamente los hechos culpables, de los sucesos casuales⁹. Posteriormente, con la configuración autónoma del derecho penal público, se castigó sólo las violaciones jurídicas cometidas voluntariamente, imponiéndose a las conductas imprudentes únicamente un deber de resarcimiento, pero no una respuesta penal¹⁰. Sin embargo, la ampliación paulatina del contenido del dolo, sobre todo en la Edad Media tardía, a supuestos de dolo indirecto, eventual e incluso de culpa consciente, llevó a incluir supuestos culposos en el conjunto de conductas sometidas a reacción penal. Esta situación provocó que a partir de la crítica racionalista de la Ilustración jurídico-penal se trabajara mucho, ciertamente desde muy diversas perspectivas, para encontrar una delimitación clara entre el dolo y la culpa, a efectos de atribuir responsabilidad penal. Se podría decir que la determinación de este criterio de delimitación ha sido el denominador común desde entonces en la estructuración de la teoría del delito.

Desde las primeras formulaciones de la teoría del delito el dolo y la culpa han ocupado un espacio común. En la formulación causalista del delito, por ejemplo, ambos supuestos se agruparon en la categoría de la culpabilidad, como formas de culpabilidad¹¹. Tal ordenación en la estructura del delito era consecuencia de la comprensión causalista del delito, en donde la causalidad objetiva era descrita por la tipicidad¹², mientras que la causalidad subjetiva configuraba la culpabilidad, sea en su forma de dolo, sea en su forma de culpa¹³. Esta comprensión mostró, sin embargo, desde un primer momento, ciertos problemas respecto de la llamada culpa inconsciente, en la que el autor no se representaba el resultado y en la que, por tanto, no existía esa vinculación causal-psicológica entre la subjetividad del autor y el resultado. Por esta razón, la culpa abandonó tempranamente una configuración psicológica y asumió una configuración normativa a través de la previsibilidad¹⁴, en el sentido de que no

9 Cfr. KÖHLER. *Strafrecht*, AT, Berlin, 1997, p. 133.

10 Cfr. *ibíd.*, p. 134.

11 Cfr. ROXIN. *Strafrecht*, AT, § 7, n. m. 3; M. SACHER. *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, 1998, p. 16.

12 Cfr. con mayor detalle, BELING. *Lehre vom Verbrechen*, 1930, pp. 178 y s.

13 Cfr. BELING. *Lehre*, p. 179.

14 Cfr. así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, SCHÜNEMANN. "Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikt in der modernen Industriegesellschaft", *GS-Meurer*, Berlin, 2002, p. 39. Sobre la temprana normativización de la culpa, cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, cit., p. 401; H. LESCH. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, RAMÓN RAGUÉS (trad.), Bogotá, 2001, p. 11.

interesa lo que el sujeto se representó, sino si éste pudo representarse o no la producción del resultado¹⁵.

La crítica a la comprensión puramente descriptivo-objetiva de la tipicidad con la demostración de elementos normativos y subjetivos en el tipo¹⁶, llevó a cuestionar la rigidez de la formulación clásica. Primero de manera excepcional en tipos penales como el hurto, y posteriormente como regla general a partir del finalismo, se consideró como sistemáticamente necesario incluir la vertiente subjetiva del hecho en la tipicidad¹⁷. Una descripción puramente objetiva del delito no permitía diferenciar las conductas humanas de los puros sucesos naturales¹⁸. El dolo y la culpa pasaron así a formar parte de la tipicidad. Este cambio sistemático impulsó todavía más el alejamiento de la configuración de la culpa respecto de la configuración de dolo, pues la culpa comenzó a desarrollar su propio injusto típico, con independencia de la configuración del dolo. Así, pues, mientras el delito dolo se mantuvo como la producción causal conocida y querida del resultado, la culpa fue asumiendo un carácter marcada-mente normativo, con la idea de infracción de un deber objetivo de cuidado, el nexo de infracción del deber y la producción del resultado.

El desarrollo que ha ido tomando la teoría de la imputación objetiva desde los años treinta en Alemania y que se ha impuesto en la discusión jurídico-penal desde los años ochenta, ha permitido un nuevo acercamiento entre el tipo doloso y el tipo culposo. Si se observa bien, la teoría de la imputación objetiva desarrollada inicialmente para los delitos dolosos no es muy distinta de la teoría de la infracción de deber de cuidado de los delitos culposos, pudiéndose ver entre ambos una identidad estructural. El elemento de la previsibilidad de la culpa ha devenido en una teoría de la infracción del deber de cuidado muy cercana a la teoría de la imputación objetiva. Esta idea es puesta de manifiesto por ROXIN en su manual de derecho penal, en donde señala que las estructuras de los tipos penales de los delitos dolosos y los delitos culposos se han finalmente equiparado, de manera tal que en plano objetivo no cabe hacer propiamente ninguna distinción¹⁹. Por consiguiente, la distinción dogmática entre el dolo y la culpa se centra hoy por hoy nuevamente en la parte subjetiva del hecho.

15 Cfr. MIR PUIG. *Introducción*, cit., p. 153.

16 Cfr. con mayores referencias, ROXIN. *Strafrecht, AT*, § 10, n. m. 8 y ss.; SACHER. *La evolución*, cit., p. 77; PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la parte general*, Lima, 1994, pp. 328 y s.

17 Cfr. SACHER. *La evolución*, cit., p. 16. Sobre la teoría del injusto personal, cuya formulación original corresponde a WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62. En la actualidad la doctrina dominante sigue la estructuración del injusto personal, que incluye, además de un desvalor de resultado, un desvalor de acción. Vid., con mayores referencias, ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 10, n. m. 8 y ss.; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, en *Schönke/Schröder StGB*, 26.^a ed., München, 2001, preliminares a los §§ 13 y ss., n. m. 52 y ss.

18 WELZEL. "Kausalität und Handlung", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 18.

19 Cfr. ROXIN. *Strafrecht, AT*, § 11, n. m. 44, § 24, n. m. 8.

2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa

Los elementos de la parte subjetiva del hecho se corresponden con lo que en teología moral se conoce como las potencias del alma, es decir, con el conocimiento y la voluntad. Para poder determinar cuándo nos encontramos ante un delito doloso y cuándo ante uno culposo, tendremos que precisar qué elementos de la parte subjetiva abarca cada uno de ellos. Al respecto existen diversos pareceres.

a. Diferenciación en el aspecto volitivo

En primer lugar se encuentran los defensores de la teoría de la voluntad, según la cual la diferencia subjetiva entre dolo y culpa estaría en la existencia de voluntad respecto del resultado en el dolo y la ausencia de este elemento en la culpa²⁰. Dolo sería entonces conocimiento del hecho más voluntad respecto del resultado, mientras que culpa sería conocimiento del hecho sin voluntad de producir el resultado.

A este punto de partida se le ha cuestionado llegar, si se es riguroso, a resultados inadmisibles. El dolo eventual e incluso el dolo de consecuencias necesarias no podrían fundamentarse plenamente, pues mientras en el primero no hay voluntad sobre el resultado, en el segundo caso sólo la hay respecto de una parte del resultado. La doctrina penal ha intentado compensar esta ausencia en el dolo eventual con otros elementos de carácter emocional, con los que busca justificar el castigo a título de dolo de actos realizados sin una voluntad sobre el resultado. De esta manera, se han formulado las teorías del acuerdo, la ratificación, la resignación, la aprobación y el consentimiento²¹. Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les ha criticado reemplazar el elemento de la voluntad por sucedáneos emocionales y dejar de lado finalmente su punto de partida: el dolo como conocimiento y voluntad²².

El único planteamiento coherente desde el punto de partida de la teoría de la voluntad, sería el defendido por BUSTOS RAMÍREZ, quien señala que los casos de dolo eventual son estructuralmente casos de culpa, pero con un elemento subjetivo añadido de decisión contra el bien jurídico²³. Este elemento subjetivo adicional permitiría castigar estos supuestos, por razones político-criminales, con la pena del dolo (atenuada), aunque estructuralmente estemos ante una conducta de carácter culposo. En otras palabras: se trata de castigar por razones político-criminales como dolo una conducta que en el plano dogmático se presenta como culpa.

20 Cfr. sobre la teoría de la voluntad, RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 60 y ss.

21 Cfr. DÍAZ PITA. *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 22; RAGUÉS I VALLÈS. Ob. cit., p. 62; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Ob. cit., § 15, n. m. 80 y ss.

22 Cfr. DÍAZ PITA. Ob. cit., pp. 25 y s.; RAGUÉS I VALLÈS. Ob. cit., p. 65.

23 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ. "Política criminal y dolo eventual", *RJCat* 1984, pp. 321 y ss.

b. Diferenciación en el aspecto cognitivo

Los problemas generados por los defensores de la teoría de la voluntad han dado pie a que otros autores defiendan la teoría de la representación o posibilidad, la cual ubica la diferencia entre el dolo y la culpa en el conocimiento²⁴. La representación o conocimiento de la posibilidad de aparición del resultado determinaría la imputación a título de dolo. A este parecer se le critica, al contrario que a la teoría de la voluntad, extender demasiado el ámbito de dolo, en la medida que saca del ámbito de la culpa la figura de la culpa consciente, pasando a formar parte del ámbito de conductas dolosas²⁵. Así, mientras la teoría de la voluntad pone el listón del dolo demasiado alto, la teoría de la representación lo coloca, por el contrario, demasiado bajo.

Para evitar la excesiva ampliación de las conductas dolosas se ha propuesto un requisito adicional, como es el caso de la teoría de la probabilidad, la cual exige no sólo que el autor se represente el resultado, sino que exista un grado relevante de probabilidad de su producción²⁶. En este sentido, la diferencia entre ambas formas de responsabilidad subjetiva seguirá encontrándose únicamente en el elemento cognitivo, siendo, por tanto, el criterio de distinción puramente cuantitativo²⁷. La cuestión será precisar el nivel de conocimiento de la probabilidad de aparición del resultado que se requiere para que la conducta sea dolosa o, en su defecto, culposa.

Lo problemático en la teoría de la probabilidad se encuentra en cómo determinar el nivel de probabilidad relevante para la configuración de una responsabilidad dolosa. ¿Más del cincuenta por ciento de probabilidad sería un delito doloso y menos del cincuenta por ciento sería un delito culposo?²⁸. Pero, además, habría que precisar cómo se determina el conocimiento probable de aparición del resultado. Si el conocimiento de la probabilidad se configura subjetivamente, se favorecerá de manera injusta a los descuidados frente a los escrupulosos. Es decir que los que se representaron la probabilidad del resultado responderán por dolo eventual, mientras que los indiferentes tendrán una responsabilidad únicamente por culpa. Éstos son los problemas que deben plantearse y resolver las modernas teoría de la imputación subjetiva.

24 Cfr. ROXIN. *Strafrecht, AT*, § 12, n. m. 38 y ss.

25 Así la tan citada afirmación de SCHRÖDER. “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, *Festschrift für Sauer*, Berlin, 1949, p. 245: “Toda culpa es culpa inconsciente”.

26 Cfr. sobre la teoría de la probabilidad, ROXIN. *Strafrecht, AT*, § 12, n.m. 42 y s.; RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo*, cit., pp. 66 y ss.

27 Cfr. GARCÍA CAVERO. *Derecho penal económico, PG*, Lima, 2003, p. 513.

28 En este sentido la crítica de MIR PUIG. “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), Madrid, CGPJ, 1995, p. 25.

III. LA NORMATIVIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN DERECHO PENAL

1. La evitabilidad individual

Para poder dar contenido dogmático al dolo y la culpa de manera que puedan diferenciarse adecuadamente, es necesario poner la mirada previamente en el criterio normativo que informa la imputación subjetiva. Este criterio es, en mi opinión, la evitabilidad individual. La razón por la que se erige la evitabilidad individual como criterio informador de la atribución subjetiva del hecho se debe a que en la sociedad actual el mundo se encuentra desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En este sentido, las consecuencias de los sucesos resultan, en gran medida, calculables, lo que significa que las personas manejan en su actuación una capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Esta capacidad de evitación individual del resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa, permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona. Por el contrario, al ser lo fortuito imprevisible y, por tanto, inevitable, no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado por ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

Para explicarlo con algunos ejemplos: el autor que decide matar al amante de su mujer y, por tal motivo, espera a éste con el automóvil a la salida del trabajo para atropellarlo, estará en condiciones de evitar el resultado mortal no acelerando el automóvil contra el enemigo sentimental al verlo salir del trabajo. Del mismo modo, el avezado conductor que conduce a excesiva velocidad dentro de la zona urbana, podrá evitar la producción del posible atropellamiento si, en cumplimiento del deber de cuidado exigible, reduce la velocidad a los límites permitidos. Por el contrario, no podrá evitar el resultado aquél que atropella en plena carretera a una persona que intempestivamente se interpone en el trayecto del automóvil a escasos metros. En la medida que no resulta previsible la aparición de tal persona en la carretera, la muerte producida no podrá atribuirse subjetivamente al autor. En consecuencia, sólo la conducta dolosa o culposa puede sustentar una responsabilidad penal con base en el criterio de la evitabilidad individual, quedando lo fortuito al margen de lo punible.

2. La teoría de la probabilidad

Si tanto en el dolo como en la culpa se presenta la evitabilidad individual que fundamenta la imputación subjetiva, la pregunta lógica será dónde se encuentra la diferencia entre estas dos formas de imputación subjetiva. Lo primero que hay que señalar es que en una imputación subjetiva basada en la evitabilidad individual, el elemento volitivo no constituye un requisito necesario. El deber de evitar la producción de un resultado lesivo se activa con el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de producción del resultado, con independencia de la voluntad del autor de producir el resultado. En este sentido, tanto el dolo como la culpa implican conocimiento, aunque en grados distintos que provocan niveles diferenciados de evitabilidad. En nuestra

opinión, este criterio cuantitativo es la probabilidad de aparición del resultado. Si el nivel de probabilidad tendría que hacer desistir de su actuación a un ciudadano fiel al derecho, se tratará de un delito doloso. Por el contrario, si el nivel de probabilidad exige solamente activar deberes de cuidado (deber de informarse, por ejemplo), estaremos ante un delito culposo.

Con la referencia normativa que hemos utilizado, sin embargo, sigue sin contestarse cuándo el nivel de probabilidad activa una evitabilidad mediante un deber de desistir de la actuación y cuándo una evitabilidad mediante un deber de cuidado. Para determinar esto, consideramos que resulta necesario tener en cuenta la importancia de los intereses protegidos y atender además a las particularidades de los diversos sectores de actuación. En este sentido, el nivel de probabilidad exigido para configurar una responsabilidad penal dolosa será menor cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos como la vida, el cuerpo y la salud, mientras que para delitos contra el patrimonio el nivel de probabilidad tendrá que ser mayor. Por otra parte, debe considerarse también el ámbito de actuación en el que se realiza la conducta típica, pues, por ejemplo, en ámbitos con cierta habituación al riesgo (tráfico rodado, por ejemplo) el nivel de probabilidad exigido para configurar el dolo del autor tendrá que ser mucho mayor que en ámbitos en los que no exista esa habituación. Así mismo, habrá que precisar si se trata de un ámbito de actuación con riesgos cubiertos o no, pues en el caso de riesgos cubiertos la imputación dolosa requerirá niveles de probabilidad elevados como para hacer inidóneos los mecanismos de protección ya establecidos.

3. La imputación del conocimiento y la prueba en el proceso penal

Un aspecto central que cabe precisar en una configuración normativa de la parte subjetiva del delito es que el conocimiento relevante no se entiende en un sentido psicológico, sino como una imputación. La práctica judicial actual parte de la idea de que el conocimiento que fundamenta el elemento cognitivo del dolo es un dato psicológico del autor que el juez verifica (lo que los procesalistas llaman la verdad material o real). Esta forma de determinación del conocimiento de los elementos del tipo penal resulta, sin embargo, tan evidente como inapropiada. No cabe duda que desde una perspectiva interna el autor debe conocer la realización de los aspectos del hecho recogidos en el tipo penal. Pero este proceder desconoce que la determinación de la responsabilidad penal no se hace desde la perspectiva interna del autor, sino desde fuera. Los tribunales han reconocido desde hace mucho que la determinación de lo interno se hace con base en ciertos datos objetivos que evidencian las disposiciones internas del autor²⁹. Sin embargo, este proceder esconde la realidad del procedimiento de atribución de responsabilidad penal, pues no existe verificación alguna de un conocimiento psicológico del autor, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales de carácter jurídico-penal.

29 Esto lo hacía, por ejemplo, el Tribunal Supremo español para determinar el *animus necandi*.

La cuestión central será precisar estos criterios de referencia.

Si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se ordenen con base en el rol infringido por el autor. En este sentido, el proceso de imputación del conocimiento debe partir de las competencias de conocimiento que el rol impone al autor. El rol penalmente relevante puede ser de dos tipos: el rol general de ciudadano, que impone el deber negativo a todo ciudadano de configurar su propia esfera de organización sin lesionar a nadie, y los roles especiales, que obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. Ambos tipos de rol exigen un conjunto de competencias de conocimiento a su titular. Por ejemplo, un ciudadano que decide comprar un arma debe conocer su potencial lesivo y las medidas de aseguramiento idóneas para evitar su uso indebido. Igualmente, un padre (rol especial) debe conocer la personalidad de su hijo, por tanto, los peligros a los que está expuesto en determinadas situaciones. Se trata, en suma, de conocimientos que pueden exigírseles a los titulares del rol.

No obstante, la sola existencia de las competencias de conocimiento no basta para fundamentar la imputación subjetiva. En la medida que la imputación penal no está estandarizada, se requiere individualizar la imputación de los conocimientos exigidos por el rol en las circunstancias personales del autor. En este sentido, la imputación requiere que el autor haya podido alcanzar en sus circunstancias personales los conocimientos exigidos por el rol. Si una persona coge una pistola y dispara a otro a pocos metros de distancia, el conocimiento exigido del carácter lesivo de su conducta podrá imputársele al autor del disparo sin mayor dificultad, pues las circunstancias en las que el autor ejecutó el hecho no le impidieron conocer el carácter mortal de su acción. Distinta sería la situación si el autor estaba en un coto de caza o en un campo de tiro y la víctima se encontraba escondida en un arbusto o detrás de una pared, ya que en estos casos las circunstancias del autor le han impedido al autor conocer el carácter lesivo de su actuación. El conocimiento no se verifica, sino que se imputa en atención a las competencias de conocimiento y las circunstancias personales del autor³⁰.

La comprensión acabada de esbozar sobre el lado subjetivo del delito tiene evidentes repercusiones en el derecho \neq procesal penal. La actividad probatoria tiene que orientarse a contextualizar el ámbito de actuación del titular del rol, pues solamente así podrán fijarse las competencias de conocimiento. Por ejemplo, si el autor es un empresario, habrá que precisar de qué ramo lo es, cuál es el ámbito de regulación administrativa del sector, etc. Luego de ello, la actividad probatoria debe ocuparse de determinar las circunstancias que rodean el hecho concreto que resultan pertinentes para precisar si el autor pudo acceder o no al conocimiento exigido por el rol. Por

30 Cfr. este planteamiento, en GARCÍA CAVERO. *Derecho penal económico*, PG, pp. 510 y ss.

ejemplo si, pese a tener que conocer el carácter tóxico de determinado producto, contó con una pericia toxicológica que negaba tal calidad. En estos casos, el conocimiento exigido por el rol no podrá imputarse al titular de dicho rol.

IV. CONCLUSIÓN

Como puede verse, la imputación subjetiva está adquiriendo nuevos contornos en la teoría del delito que alejan de la comprensión psicologicista aún imperante sobre todo en el delito doloso. Esta reformulación de la parte subjetiva del hecho repercute no sólo en el derecho penal material, sino también en el derecho procesal, poniéndose de manifiesto que la separación en compartimentos estancos de ambas disciplinas resulta un grave error académico y legislativo que debe empezar a corregirse.