

SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE INDICIOS E INDICADORES
DE DOLO EN EL PROCESO PENAL *

MAURICIO RETTIG ESPINOZA **
Universidad Alberto Hurtado

SUMARIO: I. Introducción. II. Teorías psicológicas y normativas de dolo. 1. Teorías psicológicas de dolo. a) Críticas a las teorías psicológicas del dolo. b) Defensas a las tesis descriptivistas desde la filosofía del Derecho. 2. Concepciones normativas de dolo. a) Críticas y defensas del concepto normativo de dolo. III. El razonamiento probatorio. 1. Estructura de la inferencia probatoria. 2. La garantía o enlace: Las generalizaciones empíricas o máximas de la experiencia. 3. Las presunciones. 4. Definiciones o teorías. 5. Importancia de diferenciar entre generalizaciones empíricas, presunciones y conceptos y teorías jurídicas. IV. La atribución del dolo en el proceso penal. 1. La prueba de los estados mentales. 2. La imputación del dolo en el proceso penal. V. Catálogo de indicios tipo contruidos por la jurisprudencia española según el delito de la parte especial. VI. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: dolo, imputación, indicios, indicadores.

I. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la base de que las teorías normativas del dolo tienen mayor capacidad explicativa en el proceso penal que las que asumen un concepto psicológico, el artículo pretende profundizar en el estudio de los indicios tipo contruidos por la doctrina y la jurisprudencia española como un ejemplo metodológico sobre imputación de dolo en el proceso penal.

A fin de validar la posición que defendemos, partiremos por establecer ciertas bases teóricas, partiendo por distinguir entre las teorías que sostienen que el dolo es un hecho psicológico que puede ser probado *ex post*, de las

* Este trabajo corresponde a una versión corregida de la tesina final del Máster en Razonamiento Probatorio, impartido por las Universidades de Girona y Génova. El texto fue revisado y las citas adaptadas por la ayudante de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado Gabriela Hume Middleton, a quien agradezco su contribución y esmero.

** Abogado, Universidad de Chile, Máster en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona, Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, profesor de Derecho Penal de la Universidad Alberto Hurtado.

que afirman que el dolo se imputa en el proceso penal con base en indicios e indicadores.

Pensando en el objetivo final, nos referiremos a las bases del razonamiento probatorio distinguiendo entre: a) El *factum probans*; b) La hipótesis a probar; c) El *enlace* que conecta el *factum probans* con la hipótesis a probar; y d) El *respaldo* que apoya al enlace. En cuanto al *enlace* sostendremos el razonamiento probatorio es de tipo *inductivo*, inferencial, probabilístico, comprobable y refutable, por lo que —a diferencia de lo que se suele sostener— el enlace sólo puede ser *epistémico*. Ni las presunciones ni las teorías o conceptos jurídicos son formas de enlace. Mientras las presunciones forman parte del momento de la decisión judicial, los conceptos y teorías jurídicas pertenecen al ámbito de la *quaestio iuris*. A diferencia de las *máximas de la experiencia*, tanto en el caso de las presunciones como en el de los conceptos y teorías jurídicas el razonamiento es de tipo deductivo. A propósito del estudio del dolo, daremos cuenta de la importancia que en el razonamiento probatorio tiene la distinción entre máximas de experiencia, presunciones y teorías y conceptos jurídicos.

Con las bases que proporcionan los capítulos anteriores, nos abocaremos a la imputación del dolo en el proceso penal a fin de identificar los criterios intersubjetivamente controlables creados por la doctrina y la jurisprudencia, que deben concurrir en el razonamiento inferencial, para imputar el dolo en el proceso penal. Verificaremos que, en la llamada prueba de los estados mentales mediante baremos objetivos como el principio de racionalidad mínima, las teorías descriptivistas se han normativizado de manera que en la *praxis* las soluciones tienden a no diferir de las planteadas por las teorías normativas.

Finalmente, revisaremos el catálogo de indicios tipo construidos por la doctrina y por la jurisprudencia española para ciertos delitos de la parte especial. Dicho catálogo constituye una tipología abierta de elementos fácticos orientativos que dan cuenta del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, que en la práctica son considerados por el juzgador al momento de decidir sobre la imputación del dolo en el proceso penal.

II. TEORÍAS PSICOLÓGICAS Y NORMATIVAS DE DOLO

1. *Teorías psicológicas de dolo*

Exigen que el agente ejecute una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos e intenciones¹ que constituyen un proceso

¹ DIEZ RIPOLLÉS, Juan. *Derecho penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch (2016), p. 188; ROMEO CASABONA, Carlos y otros. *Derecho penal, parte general*. Granada: Comares (2016), p. 125.

efectivamente acontecido en la mente del sujeto al ejecutar el hecho. El dolo sería un *fenómeno de naturaleza psicológica*, cuya existencia podría reconstruirse y averiguarse *a posteriori* por el juez en el proceso. Como el dolo es un hecho efectivamente acaecido que se extrae de la realidad, la acreditación de sus elementos formaría parte del relato de los hechos probados en la sentencia, actividad cognoscitiva orientada a establecer juicios verdaderos o falsos. Se trataría de descripciones de hechos pasados de naturaleza psíquica e interna que no pueden ser percibidos por los sentidos como los hechos externos².

La *tesis descriptivista* afirma que las intenciones son un tipo de realidad consistente en estados mentales volitivos con contenido representacional que nos mueven a la acción. El enunciado: “el sujeto *x* tenía la intención *y*” es *verdadero o falso* si esa afirmación se corresponde con la realidad. Los estados mentales tendrían un modo subjetivo de existencia que pertenece al sujeto que es consciente directamente de ellos, por lo que serían objeto de prueba indirecta e inferidos a partir de la conducta externa del agente y del contexto. La prueba de los hechos psíquicos sería una operación cognoscitiva verdadera o falsa por lo que sus criterios probatorios deberían orientarse a su descubrimiento.

Aunque no de manera infalible, continuamente atribuimos estados mentales a los demás con relativo éxito y a partir de ello predecimos lo que ocurrirá y adaptamos nuestras acciones a dichas predicciones sobre cómo otros van a actuar. Conforme al *principio de racionalidad mínima* la intención podría ser inferida a partir de la conducta externa del agente con resultados satisfactorios para descubrir sus intenciones³.

Las *acciones intencionales* se dirigirían a un objetivo sobre la base de *deseos* y *creencias* sobre cómo satisfacerlos. Actuar con intención sería actuar persiguiendo un fin y procurar ese fin sería la razón de la acción. Toda acción racional sería intencional y la racionalidad podría ser de fines y objetivos del agente o instrumental, es decir, relativa a la elección de los medios adecuados para alcanzar el fin. Siempre que se actuara con intención de conseguir un fin, se realizaría la acción que en ese momento se consideraría más adecuada. La *observación* de la acción permitiría inferir una intención, aunque no haya habido realmente una intención previa, ya que se realiza una *interpretación intencional* de esa acción a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo⁴.

² RAGUÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch (1999), pp. 205-207.

³ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti, Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Ciudad de México: Fontamara, (2013), pp. 139-142.

⁴ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pp. 128-129.

La interpretación de la acción consistiría en determinar su subsunción en una acción intencional o no intencional. *Interpretar intencionalmente una acción* requeriría ponerse en el lugar del agente y realizar una inferencia a partir de sus movimientos corporales que debería hacer si quiere producir un cierto cambio en un determinado contexto. Las bases serían: a) El agente quiere dar lugar al cambio x (natural o institucional), que constituye el resultado de su acción; b) Pone en juego su conocimiento de las reglas técnicas naturales basadas en leyes causales y/o institucionales basadas en convenciones de carácter constitutivo, que le permiten producir dicho cambio; y c) Utiliza esas reglas técnicas de forma relativa a su conocimiento del contexto en que va a realizar la acción⁵.

La formulación de la inferencia del agente sería: “Si quiero producir el resultado x , dado c , debo hacer los movimientos corporales z ”. La intención permitiría inferir qué movimientos corporales deben hacerse para producir el resultado. En cambio, la formulación de la inferencia del observador intérprete sería: “Si ha hecho los movimientos corporales z , dado c , tenía la intención de dar lugar a x ”. Los movimientos corporales realizados permitirían determinar cuál era la intención con la que se hicieron⁶.

La inferencia interpretativa se apoyaría en: a) El conocimiento de las relaciones causales entre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines naturales; b) El conocimiento de las reglas constitutivas o medios convencionales adecuados para alcanzar ciertos fines institucionales; c) El conocimiento de los hábitos sociales de conducta y reglas de carácter regulativo que acepta el agente; y d) El conocimiento del carácter y de la personalidad del agente⁷.

a) Críticas a las teorías psicológicas del dolo

En Derecho penal se afirma que: a) la voluntad es un elemento básico común a toda conducta entendida como un comportamiento humano externo y voluntario, por lo que no sirve como elemento diferenciador entre el tipo doloso y el tipo imprudente⁸; b) sólo el dolo directo se corresponde psicológicamente con lo que el autor ha querido. En el dolo de las consecuencias necesarias y en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado, sino que sabe que éste está vinculado de forma necesaria o posible con la conducta ejecutada

⁵ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pp. 130-132.

⁶ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., p. 132.

⁷ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., p. 132.

⁸ STRUENSEE, Eberhard. “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *Indret*, N° 4, (2009), p. 6.

*voluntariamente*⁹; c) el dolo definido como intención¹⁰ es demasiado limitado porque lleva a sancionar como imprudencia supuestos con un merecimiento de pena de comportamientos dolosos, por lo que la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XIX crearon los conceptos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual para ampliar el ámbito de los delitos dolosos y no tener que sancionar como imprudentes supuestos de cierta gravedad; d) no pueden probarse las intenciones. Lo que el sujeto quiera pertenece a su fuero interno que no puede ser objeto de valoración¹¹; e) la intención que llevó al sujeto a actuar puede no coincidir con la realización típica. Así, el sujeto puede asaltar un banco *con la intención* de salir en los periódicos¹²; f) conduce a un abuso del lenguaje porque obliga a encontrar el elemento volitivo en sucesos que difícilmente coinciden con el vocabulario cotidiano, afirmándose que “en sentido jurídico” se puede aceptar consecuencias no deseadas, de manera que “el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado”. Ello equivale a sostener que “perro, en sentido jurídico, también es un gato”, ya que en la comprensión corriente del lenguaje no concurre un “aprobar” y lo que debe comprenderse bajo “aprobar en sentido jurídico” queda indeterminado¹³; g) carece de un contenido propio que justifique su inclusión en el concepto de dolo, ya que la inferencia del elemento volitivo a partir de la “actuación pese al conocimiento” tiene un tinte cognoscitivo que hace dudar sobre la necesidad de incluir en el dolo un requisito volitivo, ya que, así definido, carece de un contenido que justifique su inclusión¹⁴; h) en los delitos de mera actividad se afirma la existencia de dolo con el solo conocimiento de las circunstancias típicas. Ningún juez negaría el dolo del acusado de abuso sexual que afirme haber realizado tocaciones a una víctima de diez años conociendo su edad, pero “no queriendo hacerlo”¹⁵; j) conduce a un Derecho penal de autor, ya que para probar la existencia del elemento volitivo, sobre todo en los casos de dolo eventual, la

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, (2002), pp. 314-315.

¹⁰ FEUERBACH, Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, (2007), p. 71.

¹¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Revista doctrina y jurisprudencia penal, Universidad de los Andes*, vol. 3, N° 4, (2011), p. 9.

¹² CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 9.

¹³ STRUENSEE, ob. cit., p. 9.

¹⁴ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de estudios de la justicia*, N° 4, (2004), p. 15.

¹⁵ RAGUÉS, ob. cit., pp. 15-16.

jurisprudencia presume el dolo en personas que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, se parte de la base de que “querían” o “aceptaban” el resultado lesivo y se niega el dolo respecto de personas que realizan una actividad generalmente aceptada por su utilidad social (médicos, abogados), presumiendo que “no querían”, excluyendo la punición dolosa y optando por la imprudente, por consideraciones de Derecho penal de autor¹⁶; k) si el dolo es un estado mental también lo sería la imprudencia, sin embargo, es discutible que concorra un estado mental en la imprudencia inconsciente, en la que el sujeto responde porque estaba ante un riesgo cognoscible, que debía conocer y que, sin embargo, no conoció¹⁷.

*b) Defensas a las tesis descriptivistas desde
la filosofía del derecho*

González Lagier ha contestado varias de las críticas planteadas a la teoría descriptivista.

a) *La prueba de la intención se realizaría mediante prueba indirecta.* A partir de “indicios” se inferirían los hechos enjuiciados, lo que tendría un grado menor de certidumbre sobre si éstos ocurrieron¹⁸. La prueba de indicios no sería una prueba válida, porque con ella no se descubre o comprueba ninguna realidad.

Esta crítica carece de sustento porque en el proceso no hay diferencias sustanciales entre prueba directa e indirecta en cuanto al razonamiento inferencial. Ambas pueden estar “teñidas de subjetividad” y probabilidad. La prueba directa no conduce en menor medida a error judicial, porque la declaración de un testigo no prueba espontáneamente y sin necesidad de raciocinio el contenido de la declaración a menos que el testigo diga la verdad (no miente, ni sufrió un error de percepción o de memoria). El dato sobre que el testigo dice la verdad es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2005), pp. 267-269; SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, (2004), pp. 172-174.

¹⁷ La misma crítica manifestaba respecto de la teoría psicológica causalista de la culpabilidad que sostenía que dolo y culpa eran un vínculo subjetivo de carácter psicológico entre la acción, el resultado y el sujeto que la realiza (ver VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Valleta, (2007), p. 388). Sin embargo, dicha relación es inexistente en la imprudencia inconsciente (ver DONNA, Edgardo. “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, en GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2002), pp. 13-14).

¹⁸ MIRANDA, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, (1997), pp. 217 y ss.

indirecta. El valor de la prueba directa es *tendencialmente* mayor que el de la indirecta, porque la prueba indirecta exige inferencias suplementarias¹⁹. Una prueba directa basada en testigos presenciales poco creíbles es menos sólida que una prueba indiciaria de ADN que exige, para pasar al hecho enjuiciado, de un mayor razonamiento. La fuerza probatoria de la inferencia se evalúa conforme a criterios de racionalidad epistémica como la fiabilidad de los hechos probatorios, la suficiencia, la variedad de datos, la pertinencia o relevancia, el carácter más o menos fundado de las máximas que enlazan al hecho probado con el hecho a probar, la coherencia de la conclusión, la simplicidad en la explicación de la hipótesis y si se trata de una inferencia con un único eslabón o de un encadenamiento de inferencias. De la afirmación equivocada de que la prueba de indicios es siempre menos sólida que la prueba directa, no se concluye el carácter adscriptivo y no cognoscitivo de la prueba de la intención²⁰.

b) *Se niega la existencia de los estados mentales*. El problema de la prueba del dolo es partir de la premisa de que el dolo como sus elementos son hechos y cuando se comprenda que no hay hechos de *dolo* en el mismo sentido en que hay hechos externos y no hay *dolos*, de la misma manera en que no hay voluntad, libertad, acción, culpabilidad, etc., nos enfrentaremos con los auténticos problemas, ya que dolo, libertad, responsabilidad, etc., pertenecen a un “juego de lenguaje” que es diferente al que pertenecen los hechos naturales porque no se trata de cuestiones ontológicas. Tal como sucede con todo lo espiritual, tampoco el dolo se constata o se prueba, sino que se *imputa*, de manera que cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente realizamos un juicio *adscriptivo*²¹.

Ello pondría en duda la existencia de los estados mentales por la dificultad de subsumirlos en la concepción materialista del mundo. Palabras como “creencia”, “deseo”, “emoción”, etc., no se referirían conforme a una visión materialista a ninguna realidad, sino que forman parte de un método para explicar y predecir el comportamiento. Las intenciones y creencias humanas serían una manera de hablar, lo que chocaría con el sentido común, ya que todos sentimos o experimentamos pensamientos, dolores, creencias, deseos, emociones y no se puede negar que sintamos, ya que sentir es un hecho mental²².

¹⁹ GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, (2010), pp. 82-84.

²⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Quaestio..., ob. cit., pp. 143-144.

²¹ HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”, en HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., Pamplona: Aranzadi, (2005), pp. 154-155.

²² GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pp. 144-145.

A mi juicio, sostener que el dolo no es un hecho no equivale a negar que existan los estados mentales. Los estados mentales existen, pero pertenecen al inexpugnable fuero interno del sujeto. El dolo es un título subjetivo de atribución de responsabilidad penal que se imputa con base en *indicios* que corresponden a los hechos probatorios que se acreditan a partir de los elementos de juicio y que se incardinan en un conjunto de criterios normativos intersubjetivamente controlables (*indicadores*) que permiten atribuir el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica del agente.

c) Existe una *falta de regularidad entre la conducta externa y los elementos subjetivos*. Para inferir los elementos subjetivos de la acción a partir de la conducta externa del individuo debe concurrir una regularidad bien establecida que correlacione la conducta externa con el estado mental. Ello es necesario para que las *máximas de experiencia* y los *indicios-tipo* que enlazan la conducta externa con la intención sean fiables. Sin embargo, estas regularidades no existen porque un mismo estado mental puede corresponderse con distintas o con ningún tipo de acción. Las generalizaciones probabilísticas son insuficientes para alcanzar una certeza adecuada²³.

González Lagier afirma que, además de las generalizaciones acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales para inferir la intención, la prueba de la intención descansa en la *presunción de racionalidad del agente*. La atribución de la intención al agente se funda en que el tipo de conducta que realizó es típica de cierta intención y en que esa conducta era racionalmente adecuada a la situación a la que el agente se enfrentaba²⁴.

En mi opinión, lo anterior tiene un punto de contacto con las teorías normativas, ya que para atribuir el dolo habría que interpretar la conducta del agente como la de un ser racional a quien en determinadas circunstancias y bajo un cierto contexto es posible atribuir el dolo. Sin embargo, conceptos como presunción de racionalidad o principio de racionalidad mínima no son más que criterios normativos estandarizados de atribución de responsabilidad penal que en nada difieren de otros como el criterio del “hombre medio” utilizados en Derecho penal sustantivo. A fin de escapar de la arbitraria distinción entre si el agente “quería o no la realización del hecho” la teoría descriptivista formula criterios normativos en virtud de los cuales atribuye un determinado estado mental. Sin embargo, el proceso de atribución lo realiza el juez basado en criterios de imputación intersubjetivamente controlables, por lo que en la práctica dicho método no conduce a soluciones tan dispares a los que llegan las teorías normativas. El matiz vendría dado por lo que se pretende atribuir,

²³ RAGUÉS, *El dolo...*, ob. cit., p. 258.

²⁴ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., p. 145.

es decir, un hecho de naturaleza psicológica en el caso de las teorías descriptivistas y un título subjetivo de responsabilidad penal conforme a indicios e indicadores en las teorías normativas.

d) *Cuando atribuimos intenciones proyectamos los propios estados mentales al agente.* Atribuimos intenciones a partir de lo que hubiésemos querido o sabido en tales circunstancias, extrapolando nuestros potenciales estados mentales, lo que conlleva un riesgo de error, debido a peculiaridades desconocidas del agente²⁵.

Si bien González Lagier considera que esta crítica no descarta la posibilidad de averiguar las intenciones de otros, obliga a averiguar lo que sea posible sobre el agente y a razonar en función de la evaluación que creemos que él hubiera hecho, de acuerdo con criterios objetivos intersubjetivamente controlables adaptados al caso particular²⁶.

Esta crítica refuerza que el juez imputa el dolo en virtud de la interpretación que realiza del comportamiento del agente conforme a criterios estandarizados que, en mi opinión, permiten imputar el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado. No se trata de atribuir al autor un conocimiento que el sujeto no tenía, sino que de negarle la competencia para definir si su comportamiento es o no doloso²⁷. Dicha competencia, en el proceso, le corresponde al juez y en dicho contexto probabilístico, inductivo, altamente institucional y con tiempos acotados, no es posible indagar a fondo sobre las características particulares del agente.

e) *Es imposible comprobar la intención.* El conocimiento de los hechos psicológicos es imposible porque, a diferencia del resto de los hechos, éstos no son comprobables una vez que se ha realizado la atribución²⁸.

González Lagier refiere que sostener que un hecho sólo puede ser conocido si puede ser verificado directamente es una concepción superada en la epistemología, porque la mayor parte de los hechos que se enjuician en un proceso judicial tampoco pueden ser comprobados al margen de los criterios de prueba, ya que ocurrieron en el pasado y no son hechos sobre los que quepa la experimentación²⁹.

²⁵ RAGUÉS, ob. cit., p. 252.

²⁶ FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, (1997), p. 182.

²⁷ PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, (2016), p. 144.

²⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, (2011), p. 165.

²⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Quaestio..., ob. cit., p. 146.

En mi opinión, como afirmaba Taruffo, el juez conoce pruebas de los enunciados sobre un hecho que encaja en un determinado esquema típico, y sobre la base de ese conocimiento, considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar a partir de indicios que son el verdadero objeto de prueba. El estado psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto³⁰. El objeto de prueba son los indicios susceptibles de encuadrarse en un catálogo abierto de indicadores normativos que permiten imputar el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica y no el estado mental del agente al momento de ejecutar el hecho.

f) *La verdad no importa en el proceso*. La prueba es un instrumento de persuasión del juez y el proceso un medio de resolución de conflictos. Como la correspondencia con la realidad no importa en el proceso, tampoco importa respecto de los hechos internos³¹.

Esta crítica no acierta porque la concepción *persuasiva* de la prueba es una visión parcial del funcionamiento y de los objetivos del proceso, ya que pone el acento en la perspectiva del abogado, olvidando la perspectiva del juez. Para que la decisión judicial sea justa, debe comprobarse, en la mayor medida posible que se han producido los hechos que se describen en el supuesto de hecho de la norma, cuestión que requiere una teoría de la verdad como correspondencia con el mundo en el ámbito de la prueba jurídica³².

g) *La intención es irrelevante en el ámbito del Derecho penal*. Para Jakobs las conductas dolosas merecen mayor sanción que las imprudentes por el fin de la pena, que es la prevención general positiva. La pena se dirige al ciudadano fiel al Derecho quien puede confiar en la vigencia de la norma. En los delitos dolosos sería más evidente la decisión de infringir la norma que en los imprudentes en los que concurre una evaluación errónea de la situación. Lo relevante sería el mensaje social que transmite la pena por considerar la sociedad más grave que el sujeto haya actuado dolosamente. Si la sociedad considera que la norma ha sido violada intencionalmente, debe aplicarse la pena, con independencia de que haya intención real o no de violar la norma. Lo importante para determinar la contradicción con la norma jurídico penal es lo que exprese la conducta desde la perspectiva de

³⁰ TARUFFO, ob. cit., p. 165.

³¹ GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pp. 146-147.

³² TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", en *Discusiones III*, N° 3, (2003), pp. 32 y ss.

la comunicación entre seres inteligentes. Este argumento no daría ningún valor al reproche como justificación de la pena, porque, de tenerlo, se asumiría que la intención que interesa es la real. Además, la justificación de la pena se funda en el libre albedrío y en el reproche, que constituyen un presupuesto del sistema penal³³.

Sin embargo, la fundamentación de la pena de Jakobs es sólo una de las posibles. Se puede partir de un concepto de dolo cognoscitivo y normativo y fundamentar la pena en la prevención general limitada por los principios del Derecho penal, entre ellos, el de culpabilidad. La mayor sanción al delito doloso se funda en que si la norma de conducta pretende motivar al ciudadano a fin de que se abstenga de realizar conductas lesivas o peligrosas para determinados bienes jurídicos, la necesidad de motivación es mayor si el delito es doloso que si es imprudente, porque es posible imputar a la conducta del agente el conocimiento de un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico, ya que se encuentra ante un riesgo que está ante sus ojos y que, por lo tanto, debe ser tomado en serio y de no hacerlo el grado de contradicción con la norma de conducta es mayor.

El dolo es una cuestión de injusto, es decir, del análisis del hecho típico y antijurídico, por lo que no debe ser confundido con la culpabilidad entendida como un juicio de reproche. En la imputación personal se analiza si el hecho típico y antijurídico puede ser imputado personalmente a su autor por haber obrado en condiciones de normalidad motivacional. El dolo, en cambio, se examina a nivel de tipicidad subjetiva. Si en el tipo objetivo el presupuesto de imputación consiste en verificar si la conducta típica creó un riesgo jurídicamente desaprobado, en el tipo subjetivo doloso lo relevante es imputar, con base en criterios intersubjetivamente controlables, el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. De ahí que la causal de exclusión del dolo sea el *error de tipo*, que se orienta al análisis del elemento cognoscitivo y que, en cambio, no exista causal que excluya el supuesto elemento volitivo. Así, asumir un concepto cognoscitivo y normativo de dolo no desconoce el análisis que recae en el sujeto y que deberá realizarse a nivel de imputación personal, una vez comprobado el injusto penal. Si bien en el proceso de imputación del dolo mediante indicios e indicadores pueden cometerse errores debido a una inferencia probatoria mal realizada, también en las teorías descriptivistas el dolo puede no coincidir con la intención del sujeto.

³³ GONZÁLEZ LAGIER, Quaestio..., ob. cit., pp. 147-149.

Como se aprecia, el esfuerzo por superar las críticas dirigidas a las teorías psicológicas es parcial, porque no se hace cargo de su totalidad y porque muchas de las contestaciones son controvertidas. Además, los ejemplos utilizados³⁴ se mueven en el plano del dolo directo, que es una especie cualificada de dolo, sin embargo los problemas más difíciles de imputación subjetiva se encuentran en la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. El concepto de dolo debe configurarse según la noción más simple que contiene el elemento común a sus clases y determina que esas clases sean lo que son o un universal³⁵. El dolo directo es el único que contiene el elemento volitivo acentuado y por ello se denomina intención. En el dolo de segundo grado el resultado no es más que una consecuencia segura pero aleatoria de la conducta desplegada por el autor. Así, la *forma básica de dolo* que contiene el elemento esencial que fundamenta al concepto y lo diferencia del delito imprudente es el *dolo eventual*. El dolo de las consecuencias necesarias y el dolo directo son formas cualificadas de dolo aplicables a casos en que la concurrencia de dolo es evidente, pero ni la intención de causar un resultado, ni el actuar a sabiendas, fundamentan el dolo si no es posible imputar al autor el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta típica³⁶. Si el dolo base fuese el directo habría que encontrar en todas las formas de dolo la intención que lo define, lo que es imposible porque en el dolo indirecto lo relevante es que el sujeto conoce las consecuencias que, aunque no buscadas por el agente, van asociadas al comportamiento típico; y en el dolo eventual lo definitorio es que el hechor ejecuta la conducta típica pese a que conoce el riesgo jurídicamente desaprobado. Si la forma básica del dolo es la que requiere más calificaciones (conocimiento e intención), es imposible que esos requisitos se cumplan en una modalidad más simple que, por definición, tiene una estructura menos exigente. El concepto base de dolo debe contener lo que

³⁴ Ver GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de sentido común”, en *Quaestio Facti*, N° 3, (2022), pp. 72-73.

³⁵ SANZ-DIEZ, Marina. *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2007), p. 253.

³⁶ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*. Buenos Aires: Hammurabi, (2010), pp. 136-137; KINDHÄUSER, Urs. “¿Indiferencia como dolo?” en GARCÍA, Percy, KINDHÄUSER, Urs, PASTOR, Nuria, *Cuestiones actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*. Lima: Ara, (2005), pp. 38-39; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, (1992), pp. 400-402; CORCOY BIDASOLO, “Concepto...”, ob. cit., p. 10; BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, (2006), p. 329; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, (2011), p. 549.

lo diferencia de la imprudencia y sólo después la de su forma más grave. Así, el dolo eventual es el concepto general y el dolo directo es la forma especial y cualificada³⁷.

En la actualidad parte de la doctrina penal asume una *concepción unitaria de dolo* que prescinde del elemento volitivo y lo conceptúa como el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. Para esta teoría la clasificación entre dolo directo, indirecto y eventual no es necesaria, ya que su finalidad era distinguir, basado en el elemento volitivo, entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Prescindido del elemento volitivo y delimitando el dolo de la imprudencia de acuerdo con el elemento cognoscitivo, la clasificación del dolo pierde sentido. El dolo es conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica y con eso basta, pues engloba todas las posibilidades que abarcan las clases de dolo. La distinción entre dolo e imprudencia consciente se funda en que en ésta si bien el sujeto percibe que su conducta genera un riesgo, incurre en *error de tipo vencible* porque se equivoca en su capacidad de evitación o en la intensidad del riesgo. En la imprudencia inconsciente, en cambio, el sujeto se encuentra ante un riesgo cognoscible, que el sujeto está obligado a conocer y que, sin embargo, desconoce³⁸. La clasificación del dolo se supera eliminado el “elemento volitivo”, porque en todas las formas de dolo el denominador común es el conocimiento del peligro concreto. Así, la distinción entre dolo e imprudencia no se encuentra en la antinomia “voluntario/involuntario”, sino que en los conceptos “conocimiento/desconocimiento” lo que simplifica dicha distinción³⁹.

Dado que la imprudencia y el delito de omisión son estructuras normativas que dependen de la *infracción del deber de cuidado* en el caso de la primera y de la *infracción de una norma preceptiva* que ordena llevar a cabo una actividad de salvaguarda en favor de un bien jurídico en el caso del segundo, habría que revisar como los conceptos esbozados por las teorías psicológicas, cargadas de un tinte ontológico, son aplicables de manera coherente a fin de fundamentar una teoría sistemática de la imputación subjetiva en una dogmática cada vez más normativa de la teoría del delito. Ello supone el estudio sobre la función del Derecho penal, de la pena y del fundamento de la mayor sanción

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 401-402.

³⁸ LÓPEZ BARIA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, (2018), p. 521.

³⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, (2009), p. 324.

del delito doloso en comparación al imprudente, entre otros temas nucleares del Derecho Penal.

2. *Concepciones normativas de dolo*

Afirman que el dolo es un título de *imputación subjetiva* de responsabilidad penal que consiste en la adscripción en el proceso penal del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica de un sujeto, con base en criterios normativos. El juicio de imputación se refiere al conocer que el agente *debía haber poseído de forma racional y exigible*, por lo que se desacopla del estado psíquico real en que se encontraba el autor al ejecutar el hecho⁴⁰. La atribución del dolo no depende de la valoración del riesgo efectuada por el autor, ya que una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en su descargo, porque al ejecutar el hecho no haya reflexionado sobre la magnitud del riesgo o hubiese considerado irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es si su conducta, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser. No se trata de atribuir al autor un conocimiento del riesgo relevante para la acción que él no tenía, sino de negarle la competencia para decidir de forma jurídicamente vinculante sobre la relevancia para la acción del conocimiento del riesgo que él tenía⁴¹.

a) Críticas y defensas del concepto normativo de dolo

a) A las teorías normativistas se les critica que el dolo eventual terminaría abarcando a la imprudencia consciente, con la consiguiente extensión del primero a costa del segundo en perjuicio del acusado⁴².

Tanto en el dolo eventual como en la imprudencia consciente se atribuye el conocimiento del riesgo, pero su contenido es distinto. En la imputación dolosa, el riesgo jurídicamente desaprobado está ante los ojos del sujeto, quien tenía la posibilidad efectiva de conocerlo y no podía confiar racionalmente en su no realización en la lesión del bien jurídico. En la *imprudencia consciente*,

⁴⁰ PAWLIK, ob. cit., pp. 142 y ss.

⁴¹ PUPPE citada por PAWLIK (PAWLIK, ob. cit., p. 144).

⁴² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha y Ediciones de Universidad de Salamanca, (2001), p. 1123.

en cambio, existe un deber de conocer el riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo, pero el agente desconoce la idoneidad concreta de su conducta para producir el resultado, concurriendo un *error de tipo vencible* (excluyente de dolo pero que deja subsistente la imprudencia) respecto de la efectiva intensidad del peligro generado por su conducta o de su capacidad de evitación⁴³. Por lo tanto, es posible delimitar ambos conceptos basado en el elemento cognoscitivo, por lo que asumir un concepto normativo y cognoscitivo de dolo no permite concluir que la imprudencia consciente deba ser absorbida por el dolo eventual. La diferencia entre dolo e imprudencia se establece conforme a una escala gradual de gravedad del injusto, de acuerdo con el binomio conocimiento/desconocimiento.

b) También se objeta a las teorías normativas que, si el deslinde entre el dolo eventual y la imprudencia consciente se configura de modo cognoscitivo, se favorece injustificadamente a los descuidados, imputándoles imprudencia, frente a los escrupulosos, que deberán responder a título doloso, de manera que la diferencia entre el dolo e imprudencia se establecería a partir de un aspecto puramente cuantitativo.

La imputación dolosa se caracteriza por que el grado de conocimiento atribuido al autor sobre la potencialidad lesiva de la conducta es tal que debería motivar al sujeto a desistir de su actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso, por lo que se trata de un conocimiento sobre la capacidad concreta de la conducta para realizar el tipo penal⁴⁴. En la imprudencia, el nivel de conocimiento sobre la probabilidad de lesión es insuficiente para motivar al sujeto a interrumpir la conducta realizada, pero impone el deber de incorporar mecanismos de aseguramiento. Si alguien dispara desde lejos a su víctima, sabiendo que existen pocas posibilidades de alcanzarlo, pero buscando causarle la muerte, la imputación *dolosa* se funda en que puede imputarse la realización de la conducta conociendo la capacidad concreta para causar la muerte, por lo que el agente debería desistir de su actuación. Si el agente, en cambio, actúa imaginando la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo, pero lo descarta, basado en la confianza razonable pero equivocada de que no se producirá el hecho lesivo, sólo se imputa imprudencia⁴⁵.

c) Se critica que las teorías normativas corren el riesgo de establecer una responsabilidad objetiva. La *responsabilidad objetiva* establece que basta con

⁴³ CORCOY BIDASOLO, “Concepto...”, ob. cit., p. 11.

⁴⁴ RAGUÉS, *El dolo...*, ob. cit., p. 519.

⁴⁵ OSSANDÓN, María Magdalena. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, N° 34, (2010), p. 448.

causar una lesión para imputar responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni ésta se deba a imprudencia⁴⁶.

Sin embargo, las teorías normativas admiten que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y si no concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna, por lo que en este sentido la crítica no acierta.

Si la crítica se funda en que estas teorías realizan la imputación del dolo mediante criterios distintos a la realidad psicológica del sujeto en la comisión del hecho, cabe señalar que también las teorías descriptivistas reconocen que la observación de la acción permite inferir una intención, de acuerdo con una interpretación intencional a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo, *aunque no haya habido realmente una intención previa*⁴⁷, por lo que interpretar correctamente el estado mental de otro es una aspiración, más que una certeza. Al final del día, en ambas teorías la atribución de dolo puede no coincidir con el estado mental del agente en la comisión del hecho.

d) Establecer un catálogo de indicios tipo no implica crear una especie de responsabilidad objetiva.

La jurisprudencia crea los *indicios tipo* a partir de la idea de que *el agente actúa racionalmente*⁴⁸. No obstante, las bases fácticas sobre las que se sustenta el criterio pueden ser desvirtuadas en el análisis del caso concreto al establecer los hechos probatorios. Por ejemplo, si bien la incautación de una cierta cantidad de droga puede ser un *indicio* de dolo de traficar en virtud del *indicador* que consiste en el *nivel de riesgo para el bien jurídico*, los elementos de juicio pueden dar cuenta que un consumidor no traficante puede adquirir cantidades superiores para su consumo porque, a mayor cantidad, la droga se consigue más barata, lo que dependerá de la capacidad económica del consumidor. Además, al adquirir mayor cantidad, el consumidor evita tener que buscar constantemente vendedores, con las molestias, pérdida de tiempo y otros riesgos que ello implica. Además, un consumidor que va a viajar puede proveerse de mayor cantidad droga para su consumo durante la estadía en el lugar de destino para evitar buscar otros proveedores⁴⁹.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires - Montevideo: B de F, (2008), pp. 125-126.

⁴⁷ GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio...*, ob. cit., pp. 128-129.

⁴⁸ Denominado Principio de Racionalidad Mínima (ver GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., pp. 150-155).

⁴⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, (2006), p. 698.

Los *indicios tipo* son un catálogo *abierto* de criterios intersubjetivamente controlables que pueden desvirtuarse en el proceso penal por elementos de juicio que controviertan su aplicación al caso concreto. Dichos criterios orientan la labor del fiscal sobre aquello que debe probar, la del defensor sobre el objeto de defensa y la del juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio con las pruebas aportadas por las partes, lo que otorga seguridad jurídica y no constituye un tipo de responsabilidad objetiva.

III. EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

La *valoración racional de la prueba* es una operación que consiste en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis y que se encuentra sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad, porque su objetivo principal es la búsqueda de la verdad⁵⁰. En un sistema de *libre valoración de la prueba* la libertad consiste en que la valoración no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado probatorio, sino que se debe justificar el juicio de hecho conforme a criterios de racionalidad epistémica⁵¹. El *razonamiento probatorio* es un encadenamiento de argumentos en que, a partir de un conjunto de medios de prueba, se trata de establecer una *hipótesis* sobre cómo ocurrieron los hechos a enjuiciar, de modo que las conclusiones de unos terminan siendo las premisas de otros⁵². En un extremo se encuentra la información obtenida a partir de los elementos de juicio, en el otro la hipótesis a probar y entre ambos pueden concurrir premisas y conclusiones intermedias. Ello permite distinguir entre inferencia probatoria final e inferencias probatorias parciales. La prueba versa sobre las proposiciones que las partes hacen sobre hechos pasados no susceptibles de apreciación directa, por lo que la corroboración de la hipótesis es *probabilis-*

⁵⁰ Las *hipótesis fácticas* o *hipótesis sobre los hechos* son los enunciados descriptivos sobre los hechos que componen el relato sobre lo sucedido en el caso, del que dependerán las consecuencias jurídicas previstas por el derecho (ver FERRER, Jordi. *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2022), p. 399).

⁵¹ FERRER, ob. cit., p. 61; FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, (2007), pp. 56-57; TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, (2010), p. 85.

⁵² ACCATINO, Daniela. “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, en ACCATINO, Daniela (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, (2010), p. 119; TUZET, Giovanni. *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons, (2021), pp. 119-120.

tica, ya que no otorga certeza demostrativa y su aproximación depende de los medios probatorios aportados, de la cantidad y calidad de la información de la que se dispone, de las limitaciones que imponen las reglas procesales, etc. La hipótesis es demostrable a partir de las pruebas disponibles que la confirman y no la refutan y que permiten evaluar su grado de corroboración o de apoyo inferencial cuyo incremento se traduce en el aumento de su probabilidad⁵³.

El conocimiento de los hechos descansa en razonamientos *inductivos*. La corroboración entre el elemento de juicio y la hipótesis no es una relación necesaria y universal entre un evento y la hipótesis que lo explica. Las generalizaciones pueden establecer que *h* (hipótesis) es condición suficiente –pero no necesaria– de *p* (prueba), pero no pueden excluir otra hipótesis que explique *p*. Si las pruebas constatan la predicción formulada a partir de la hipótesis, aumenta su grado de corroboración (ej.: las huellas encontradas en el arma corresponden a las del acusado). Por el contrario, el incumplimiento de una predicción justifica su rechazo (ej.: si el resultado del test dactiloscópico descarta la presencia de huellas del imputado en el arma). El juez conoce las hipótesis sostenidas por las partes y evalúa si las pruebas son suficientes para acreditar los hechos objeto del juicio. La prueba no demuestra que el hecho a probar efectivamente ocurrió, sino que la hipótesis es una explicación posible de la evidencia rendida, pero no la única (el testigo A puede haber mentado o haber incurrido en error de percepción, etc.)⁵⁴.

La validez de la inferencia se evalúa conforme a criterios epistemológicos objetivos de racionalidad y solidez que deben ser explicitados en la sentencia y que hacen controlable intersubjetivamente las inferencias que permiten pasar desde un cúmulo de datos probatorios a los hechos probados⁵⁵. La probabilidad inductiva aumenta o disminuye dependiendo: a) del fundamento epistémico de que está dotada la generalización; b) la calidad epistémica de las pruebas que la confirman; c) el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación; y d) la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones. La hipótesis no debe ser refutada por las pruebas disponibles, lo que supone contar con una oportunidad procesal para refutar la hipótesis conforme al principio contradictorio. El juez debe elegir entre las hipótesis explicativas, la que estando confirmada y no refutada por las pruebas, prevalece en virtud de su simplicidad, coherencia narrativa, confirmación de las hipótesis deri-

⁵³ TARUFFO, “*La prueba...*”, ob. cit., p. 226.

⁵⁴ GASCÓN, “*Los hechos ...*” ob. cit., pp. 94 y ss.

⁵⁵ FERRER, “*La valoración...*”, ob. cit., p. 122.

vadas, debiendo las demás ser refutadas por *modus tollens*⁵⁶. Así, la hipótesis acusatoria debe ser formulada de modo que explique la verdad de varios datos probatorios y de todos los datos disponibles por lo que necesita ser confirmada por una pluralidad de pruebas⁵⁷.

Para determinar el grado de confirmación de que dispone cada hipótesis, la valoración de las pruebas obliga a precisar el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto. El resultado de tal actividad es *contextual*, es decir, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio. Cuando se afirma que la proposición *p* está probada, se afirma con relación a un conjunto determinado de medios de prueba. El juez primero debe realizar una valoración *individual* a fin de establecer el grado de fiabilidad que tiene cada una de las pruebas aportadas al proceso, y luego una valoración de *conjunto* del acervo probatorio para establecer el grado de confirmación que las pruebas incorporadas al proceso, en su conjunto, aportan a cada una de las hipótesis fácticas⁵⁸.

El razonamiento probatorio puede concluir de tres formas: i) si la cadena inferencial ha sido establecida y confirma la hipótesis acusatoria, cumpliendo con las condiciones que el Derecho exige para constituir la conclusión, el enunciado probatorio será positivo: “está probado que *p*” y la decisión será condenatoria porque la hipótesis acusatoria ha sido probada; ii) si la cadena inferencial ha sido establecida y refuta la hipótesis del acusador, el enunciado probatorio será negativo: “está probado que no-*p*”, y la decisión será absolutoria; y iii) si la cadena inferencial falla, porque no es posible confirmar ni refutar ninguna hipótesis, el enunciado probatorio será también negativo: “no está probado que *p*”, lo que conduce por aplicación de las reglas del *onus probandi objetivo* a una decisión absolutoria, porque no existen elementos que permitan confirmar la hipótesis acusatoria más allá de toda *duda razonable*⁵⁹.

Una concepción racional de valoración de la prueba exige para tener por acreditada la hipótesis: a) que no se haya excluido ninguna prueba relevante para la solución del caso (salvo los casos de prueba ilícita); b) que se haya

⁵⁶ GASCÓN, “*Los hechos...*” ob. cit., pp. 160-164-165; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, (2005), p. 151; GONZÁLEZ LAGIER, Quaestio..., ob. cit., pp. 60 y ss.

⁵⁷ FERRAJOLI, ob. cit., p. 150.

⁵⁸ FERRER, ob. cit., pp. 35-45-125.

⁵⁹ HERNÁNDEZ, Rafael. “El juez, el científico y la búsqueda de la verdad”, en GARCÍA, Juan Antonio; BONORINO, Pablo (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Granada: Comares, (2014), pp. 8-9.

valorado individualmente cada medio probatorio para establecer su fiabilidad y valor epistémico; c) que las inferencias hayan sido formuladas a partir de generalizaciones fundadas en conocimientos científicos y empíricos; d) que producto de la valoración conjunta la hipótesis sea confirmada por los medios de prueba y no haya sido refutada; y e) que la evidencia sea suficiente, en el sentido que logre superar el estándar de prueba que rige en el proceso⁶⁰.

1. Estructura de la inferencia probatoria

La inferencia parte de una *pretensión (claim)* que es lo que se sostiene y se pretende fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por bases (*grounds*) o hechos que dan cuenta de la corrección de la pretensión mediante elementos de juicio que llevan a la conclusión. La explicitación de las razones que apoyan la pretensión se realiza mediante un *enunciado hipotético de carácter general* que expresa una regularidad que correlaciona el tipo de hechos que constituyen la razón (datos) con la pretensión (conclusión) y que se denomina *garantía (warrant)*. Estos enunciados son de diferente clase y confieren distintos grados de fuerza a las afirmaciones que justifican, por lo que es necesario evaluar si los datos de que disponemos corroboran la afirmación realizada en virtud de la garantía. Las conclusiones, por su parte, podrían ser más o menos probables o improbables. A su vez, la garantía puede ser cuestionada, en cuyo caso habrá que explicitar su fundamento a través de un *respaldo (backing)*, que demuestra la corrección o vigencia de esa regularidad⁶¹.

Los *hechos probatorios* son las razones del argumento; los *hechos a probar* son la hipótesis del caso; la *garantía* correlaciona el tipo de hechos señalados en las *razones* con el tipo de hechos incluidos en la *pretensión*; y el *respaldo* es la información que fundamenta la garantía⁶².

Los *hechos probatorios* pueden ser interpretados en mayor o menor medida, dependiendo de la proximidad a lo percibido o a si se ha incluido en la descripción el sentido que atribuimos a ese hecho. Mientras más se avanza en la cadena de razonamientos, más interpretados son los hechos probatorios, de manera que la prueba puede consistir en un encadenamiento de varias inferencias probatorias⁶³.

⁶⁰ ZAVALETA, Róger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, (2014), p. 358.

⁶¹ TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, (2019), pp. 126 y ss. : TARUFFO, “La prueba...”, ob. cit., pp. 234 y ss.

⁶² TARUFFO, ob. cit., pp. 234 y ss.

⁶³ GONZÁLEZ LAGIER, Quaestio..., ob. cit., p. 43.

La *garantía o enlace* está constituida por generalizaciones que van de un hecho a otro y otorgan mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan, toda vez que éste puede ser objeto de discusión y prueba en el proceso. Pueden ser de muchos tipos y se denominan *máximas de experiencia*, concepto que en sentido lato incluye a los conocimientos técnicos, leyes científicas o a simples generalizaciones de sentido común⁶⁴.

El *respaldo* está constituido por aquello que apoya a la garantía o enlace, es decir, casos anteriores o experiencias de las que se infiere la máxima⁶⁵.

2. La garantía o enlace: las generalizaciones empíricas o máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son juicios hipotéticos de contenido general, que, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, son construidos a partir de la constatación mediante la observación de la regularidad experiencial con la que se correlacionan hechos del tipo del que queremos probar con hechos que constituyen las pruebas o indicios; y que, mediante una inducción ampliativa, sirven para predecir o explicar acontecimientos futuros⁶⁶.

Se fundan en la cultura del hombre medio en un cierto lugar y momento y su finalidad es aproximarse en lo posible, dadas las circunstancias de la prueba, a la verdad acerca de los hechos que se infieren⁶⁷.

Como el paso de las premisas a la conclusión se realiza mediante una máxima, el resultado es probable, pero no absolutamente verdadero. La fuerza de la máxima depende de la solidez de la inferencia, esto es, de la amplitud de la base empírica y de la regularidad observable en los casos que conforman dicha

⁶⁴ GONZÁLEZ LAGIER otorga un sentido más amplio al concepto de *enlace*, distinguiendo entre generalizaciones epistémicas, normativas y conceptuales (ver GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio...*, ob. cit., p. 45; TARUFFO, “*La prueba...*”, ob. cit., pp. 219-227-424-425; FERRER, “*La valoración...*”, ob. cit., p. 133; GASCÓN, “*Los hechos ...*” ob. cit., pp. 155 y ss.).

⁶⁵ GONZÁLEZ LAGIER extiende el respaldo a las normas que establecen las presunciones o las teorías que fundamentan el concepto (ver GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio...*, ob. cit., p. 45).

⁶⁶ Sobre el concepto de máxima de experiencia (ver STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santiago: Olejnik, (2018), p. 23; UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid: Trotta, (2017), p. 75).

⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid-Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons, (2012), p. 176.

base. Cuanto mayor sean el número de casos examinados y la regularidad observada, mayor es la probabilidad de la máxima; y a la inversa⁶⁸.

La máxima se refiere al comportamiento esperado ante una situación específica: “si sucede A normalmente ocurre B”. Por su naturaleza su fiabilidad es variable, admiten excepciones y pueden ser falseadas con ejemplos contrarios.

La máxima suele no ser expuesta en el razonamiento, lo que constituye un “entimema” o inferencia con premisas implícitas en las que se dan por supuestas ciertas premisas y se expresan sólo las que no son evidentes. El problema surge cuando se da por evidente una máxima que no lo es. Puede distinguirse entre máximas *hipercodificadas* que son evidentes, por lo que no necesitan ser enunciadas ya que pueden advertirse fácilmente; y máximas *hipocodificadas* en las que no es posible saber de qué máxima se trata, por lo que sólo dan cuenta de una colección de hechos probatorios y de una hipótesis desconectada de ellos, pero no de un verdadero argumento probatorio. Por ello, cuando la máxima no es evidente es necesario expresarla para que las partes puedan analizarla y debatirla⁶⁹.

Cuando concurren hipótesis alternativas para explicar los hechos, no basta con enunciar los medios de prueba y los datos proporcionados por ellos, como si la máxima fuese evidente, ya que, cada hipótesis contiene su máxima, por lo que ambas son también alternativas. Si la sentencia se limita a enunciar y describir los medios de prueba y luego da por probados los hechos, la motivación es insuficiente; porque frente a una máxima e hipótesis alternativa, el juez debe explicitar la que utilizó para pasar de los datos probatorios a los hechos probados y explicar por qué el razonamiento opuesto fue desestimado. Además, la máxima escogida debe ser explicitada porque podría carecer de fundamento, en cuyo caso habría que probar la propia máxima, para determinar su grado de corroboración. Para estar bien fundamentada, la máxima debe ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica y, en el caso de que establezca una regularidad probabilística (Si p , entonces probablemente q), la probabilidad debe ser elevada⁷⁰.

Las máximas de experiencia: a. No deben haber sido falseadas por conocimientos científicos; b. No deben entrar en contradicción con otras máximas tan de sentido común como aquellas; c. Deben formar parte de la cultura media del lugar donde el juez se desenvuelve; d. Mientras mayores sean las

⁶⁸ GASCÓN, ob. cit., pp. 102-103-163.

⁶⁹ ZAVALETA, Roger. *La justificación racional de los hechos*. (2017), p. 9. Recuperado en https://www.academia.edu/6337276/LA_JUSTIFICACION_RACIONAL_DE_LOS_HECHOS

⁷⁰ FERRER, “*La valoración...*”, ob. cit., pp. 133-135.

excepciones el juez más debe justificar su elección, para demostrar que el caso no corresponde a una excepción; y e. Deben ser universalizables para ser aplicadas a otros casos similares en sus propiedades relevantes⁷¹.

Veamos un ejemplo de enlace en que el dolo entendido como conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado tiene mayor capacidad explicativa que entregar su atribución a la determinación de si el acusado quería o no la comisión del hecho:

En un extremo del razonamiento tenemos como *hechos probatorios* o *factum probans*: 1. Pedro es abogado y parlamentario; 2. Participó en el Senado en la tipificación del delito de emisión de facturas ideológicamente falsas; 3. Durante varios años facilitó a una empresa boletas de honorarios ideológicamente falsas, para que la empresa las registrara en su contabilidad y justificara los egresos efectuados en pago a servicios inexistentes, de manera que fuesen rebajados como gasto de la base imponible del impuestos.

En el otro extremo del razonamiento tenemos la hipótesis a probar o *factum probandum*: Pedro cometió dolosamente el delito de emisión de facturas ideológicamente falsas.

El enlace, garantía o pegamento entre ambos extremos del razonamiento se encuentra constituido por una *máxima de experiencia*: “Quien en virtud de su profesión o actividad conoce un determinado ámbito de regulación legal, conoce las conductas penalmente relevantes de dicho ámbito”.

Dicha máxima puede encontrarse *respaldada* por doctrina y jurisprudencia que sostiene el concepto de dolo entendido como el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica.

Si la defensa afirmara que la *intención* de Pedro no era la de defraudar a la hacienda pública, sino que financiar una campaña política o pagar sus deudas: ¿deja por ello de conocer la tipicidad de su conducta?, ¿es relevante para la imputación del dolo los fines a los que Pedro pretendía destinar el dinero proveniente del comportamiento típico?

3. Las presunciones

El término es ambiguo. Se utiliza para referirse tanto a las inferencias probatorias como a ciertas reglas y a sus consecuencias probatorias, a su origen legal o jurisprudencial, a si admiten o no prueba en contrario o a si tienen o no hecho base. Suelen clasificarse en *presunciones hominis*⁷² y presunciones *iure* y

⁷¹ ZAVALETA, ob. cit., p. 11.

⁷² Se trata en verdad del razonamiento inferencial.

éstas, a su vez, se subclasifican en presunciones *iure et de iure*⁷³ y *iuris tantum*. Las presunciones *iuris tantum* se subdividen en presunciones *con hecho base* o *sensu stricto* y *sin hecho base* o verdades interinas⁷⁴. En adelante nos referiremos a las *presunciones iuris tantum sensu stricto*, porque las demás pueden redireccionarse a otras categorías conceptuales.

En las *presunciones iuris tantum sensu stricto*, concurre una regla que relaciona un hecho base con un hecho presunto y obliga al juez a aceptar el hecho presunto como si fuera verdadero si se prueba el hecho base, a no ser que se acredite que el hecho presunto no ha sucedido⁷⁵.

Para González Lagier las presunciones son *inferencias probatorias normativas* fundadas o en la observación de una asociación regular entre hechos, similar a las *máximas de experiencia*, por lo que su finalidad sería la averiguación de la verdad, pero con autoridad normativa; o bien en la protección de un valor o principio relevante. Su fuerza radicaría en el carácter normativo del Derecho que, en este caso, restringe el principio de libre valoración de la prueba, sobre la base de argumentos prácticos que parten del enunciado que establece la presunción y que obliga a dar por probado un hecho con independencia de que realmente haya ocurrido⁷⁶.

Ferrer, en cambio, afirma que las presunciones son *reglas de juicio* que junto a las de estándar y de carga de la prueba en sentido objetivo, regulan la decisión probatoria, ya que tienen un impacto en la distribución del riesgo del error entre las partes. Además, para aplicar una presunción *–iuris tantum–* habrá que mostrar que no se ha producido prueba suficiente en contrario, de manera que esta operación argumentativa presupone la aplicación de un estándar de prueba⁷⁷. En ellas el legislador cambia el *tema probandum* por uno

⁷³ Se discute si dan cuenta de una presunción (ver DEI VECCHI, Diego. “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, en *Revus*, N° 38, (2019), pp. 6 y ss.). Otros postulan que se trata de una regla sustantiva (ver FERRER, *Manual...*, ob. cit., pp. 419 y ss.).

⁷⁴ FERRER, ob. cit., pp. 413 y ss.

⁷⁵ ULLMAN-MARGALIT, Edna. “Sobre la presunción”, en MENDOCA, Daniel; ULLMAN-MARGALIT, Edna, AGUILÓ, Josep, *Presunciones*, 2ª ed., México: Fontamara, (2019), pp. 15 y ss.

⁷⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Tres modos de razonar sobre hechos”, en VÁSQUEZ, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Ciudad de México: CEJI, (2018), p. 21; GONZÁLEZ LAGIER, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en GARCÍA AMADO, Juan y BONORINO, Pablo (coords.), *Hechos y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada: Comares, (2014), pp. 97-98.

⁷⁷ Sin embargo, como el razonamiento probatorio es típicamente una argumentación en cadena, con pasos inferenciales diversos en los que la conclusión de una inferencia se constituye en premisa de la siguiente, las presunciones pueden operar como regla de decisión que concluye el razonamiento o como regla que obliga a realizar una inferencia intermedia, cuya conclusión

más fácil de probar para quien tiene el *onus probandi* de acreditar el hecho base, y asigna la carga de la prueba (objetiva) de que no se ha producido el hecho presumido a la otra parte. Para impedir la aplicación de la presunción es posible utilizar una *estrategia de bloqueo* que consiste en demostrar que el hecho base no está probado o está probado que no ha ocurrido; o bien una *estrategia de destrucción o refutación*, que consiste en probar la no ocurrencia del hecho presumido⁷⁸.

A mi juicio, es discutible denominar “inferencia probatoria” a situaciones en las que, probado el hecho base, la regla predetermina el resultado probatorio —a menos que concurra prueba en contrario—, limitando la capacidad del juez de considerar las circunstancias particulares del caso en la valoración de la prueba, pese a que el legislador no puede prever *ex ante* las circunstancias relevantes del caso concreto. Aun cuando el legislador al establecer la presunción se apoye en datos científico-técnicos o en reglas de experiencia y pese a que se permita mediante la prueba en contrario acercarse a la verdad de los hechos, las presunciones dan al juez una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia, por lo que no describen la realidad del caso concreto⁷⁹.

Tomemos como ejemplo de presunción *iuris tantum*, el artículo 439 CP en el que se aprecia como la regla presuntiva opera en el ámbito de la decisión judicial y no como inferencia probatoria:

Probado el *hecho base* consistente en que Juan fracturó los vidrios del vehículo, conociendo que había personas en su interior, el tribunal debe tener por acreditado el *hecho presunto*, esto es, que Juan obró con dolo de cometer un delito de robo con intimidación. Como se aprecia, a menos que se incorpore en el juicio prueba en contrario, el paso del hecho presunto al hecho probado se encuentra predeterminado por el legislador, por lo que no se trata de una clase de inferencia probatoria, sino que la presunción se enmarca en el momento de la decisión judicial, más allá de que la regla presuntiva puede basarse en una posible máxima de experiencia que el legislador ha decidido positivizar⁸⁰.

En todo caso, más allá de la naturaleza de la regla en comento, vale la pena destacar que en esta presunción lo determinante es acreditar un elemento cognoscitivo (no la intención), esto es, si quien fracturó los vidrios del vehículo

(el hecho presumido) será premisa de un siguiente paso inferencial. Esta última función explica que las presunciones puedan abordarse tanto en la valoración de la prueba y las inferencias probatorias como en las reglas de decisión probatoria (ver FERRER, ob. cit., p. 404).

⁷⁸ FERRER, *Manual...*, ob. cit., pp. 417-418.

⁷⁹ GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., pp. 126-127.

⁸⁰ “Quien fractura los vidrios de un vehículo en el que se encuentran personas en su interior lo hace para apropiarse del vehículo o de las cosas ubicadas en su interior”.

conocía que había personas en su interior para tener por configurado el delito doloso de robo con intimidación. Sin embargo, la parte afectada por la presunción podría bloquearla probando que no fracturó los vidrios del vehículo o que, dada la oscuridad del lugar, no conocía que había personas en su interior; o bien, acreditado el hecho base, podría probar que los vidrios del vehículo fueron fracturados en el contexto de una riña y no de un delito de robo con intimidación.

4. Definiciones o teorías

Para González Lagier constituyen *inferencias probatorias conceptuales* o subsuntivas sobre los hechos, previas a su calificación jurídica, porque la afirmación sobre la prueba de los enunciados fácticos depende de la red conceptual, de modo que con las mismas pruebas el resultado puede diferir si varía la definición. La prueba depende de cómo es la realidad y de cómo ésta se interpreta. El enunciado “está probado que *p*”, significa “está probado que *p*, en un determinado esquema conceptual *Ec*”, pero la conclusión puede variar si se adhiere a un concepto distinto. Elegido un esquema conceptual, la subsunción del *factum probans* deja de ser una cuestión convencional, porque los enunciados a subsumir deben obedecer a dicho esquema. Para posibilitar su aplicación, conceptos como el dolo deben mediar entre los datos empíricos de la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas⁸¹.

A mi juicio, si *interpretar* es atribuir sentido a un texto ya sea que se trate de un vocablo o de enunciados completos, las definiciones y las teorías jurídicas se relacionan con la actividad interpretativa y con el razonamiento probatorio por lo que pertenecen a la *quaestio iuris*. Evidentemente las distintas interpretaciones de un enunciado jurídico pueden conducir a diferentes decisiones, aun cuando los hechos constitutivos de la premisa fáctica sean los mismos, pero ello no torna en una cuestión fáctica la decisión sobre el significado de los términos elegidos o la argumentación sobre la teoría jurídica utilizada.

Una decisión está internamente justificada cuando se sigue deductivamente de las premisas; y externamente justificada cuando dichas premisas están fundamentadas. En la *justificación interna* mediante un razonamiento deductivo, el juez aplica una *regla*⁸².

En la *justificación externa* concurre un conjunto de razonamientos, por lo general no deductivos, mediante los que el juez justifica las premisas de la

⁸¹ GONZÁLEZ LAGIER, “Tres modos...”, ob. cit., pp. 22-23; “Presunción...”, ob. cit., pp. 104-107.

⁸² GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2014), pp. 253-254.

justificación interna. La premisa normativa es fruto de una interpretación o de una construcción jurídica, y la premisa fáctica es fruto de comprobaciones empíricas⁸³.

La premisa mayor se obtiene de la interpretación o averiguación del sentido de la norma jurídica, con base en argumentos interpretativos (gramatical, teleológico, lógico, sistemático, histórico, etc.) o que justifican una construcción jurídica. Es un presupuesto de la subsunción, ya que opera con anterioridad. La justificación externa de la premisa normativa y de la premisa que resulta de la subsunción deben basarse en argumentos que justifican la interpretación elegida –en abstracto o en concreto– de una o más disposiciones aplicadas (“La disposición D expresa la norma N [no así la norma Z], porque...”, “La norma N se aplica al supuesto de hecho F, porque...”). Así las cosas, como se desprende del análisis, la elección de un determinado concepto o teoría jurídica pertenece a la *quaestio iuris*⁸⁴.

Grafiquemos como el concepto de dolo pertenece al ámbito de la *quaestio iuris* utilizando para aquello el caso del cinturón de cuero.

En el ámbito de la *quaestio facti*, en el caso en comento los elementos de juicio permitieron afirmar que se encontraba probado que: (1) A y B quieren robar en la casa de C; (2) Utilizan el comercio sexual como excusa para ingresar al domicilio; (3) A y B confían en que C no los denunciará porque en 1955 la homosexualidad era delito en Alemania; (4) Aun cuando A y B no querían matar a C, conocían que ahorcarlo con un cinturón de cuero hasta quedar inconsciente podía causarle la muerte y por eso abandonaron este plan; (5) Ya adentro de la casa de C y luego de mantener relaciones sexuales, A y B, golpearon a C con sacos de arena en la cabeza mientras dormía. Los sacos se rompieron y C se resistió; y (6) A y B retoman el plan original. Ponen el cinturón en el cuello de C y jalan hasta que C ya no se mueve, tratan de reanimarlo, pero C muere.

En cuanto a la *quaestio iuris*, el tribunal –siguiendo la teoría de consentimiento– adoptó, dadas las dificultades del caso, un concepto de dolo según el cual: “En sentido jurídico” se puede aceptar consecuencias no deseadas” de manera que “El autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado”. Basado en dicha teoría de dolo, subsumió los hechos probados en el delito doloso de homicidio.

Más allá de las dificultades evidentes que presenta la aplicación de la teoría del consentimiento al caso en cuestión, es evidente que una vez asumido el

⁸³ GUASTINI, ob. cit., pp. 254-257.

⁸⁴ GUASTINI, ob. cit., pp. 254-255.

concepto de dolo (o de causalidad o de autoría y participación, etc.) el ejercicio siguiente consiste en verificar si los hechos probados pueden o no subsumirse en el concepto jurídico penal que se asume a partir de la interpretación de la norma. Dicho concepto es necesario a fin de determinar la norma jurídica decisoria que ha de operar en el ámbito de la *quaestio iuris* en el razonamiento silogístico.

Más allá del ámbito en el que deben operar los conceptos y teoría jurídicas, es evidente que la teoría del consentimiento colapsa en el caso del cinturón de cuero, debiendo el tribunal recurrir a una fórmula ambigua, contradictoria y sin contenido para mantener forzosamente la definición de dolo como conocer y querer para concluir que A y B mataron dolosamente a C. Sin embargo, si se adopta un concepto normativo y cognoscitivo de dolo, es evidente que A y B conocían el elevado nivel riesgo inherente a la conducta típica ejecutada, pero de los antecedentes del caso se infiere que no tenían la intención de matar a C, ya que confiaban en que no denunciaría el robo para evitar que su homosexualidad, penalmente típica en esos años, saliera a la luz. Así las cosas, mantener a rajatabla la teoría del consentimiento llevaría al absurdo de concluir que los acusados no mataron dolosamente a la víctima porque no obraron con la intención de ultimarla. Si, en cambio, se asume un concepto normativo y cognoscitivo de dolo es evidente que A y B mataron dolosamente a C. La elección de la teoría jurídica aplicable en nada altera los hechos del caso concreto, toda vez que se trata de una cuestión previa que dice relación con la *quaestio iuris* y no con la *quaestio facti*.

5. Importancia de diferenciar entre generalizaciones empíricas, presunciones y conceptos y teorías jurídicas

A mi juicio, en el razonamiento probatorio la garantía o enlace consiste en una generalización empírica o máxima de la experiencia, por lo que el razonamiento es *inductivo, probabilístico, demostrable, controlable y refutable*, de manera que la aceptación de las *premisas como verdaderas* no garantizan la verdad de la conclusión.

En la aplicación de las presunciones y de los conceptos y teorías jurídicas, el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo una norma o un concepto, por lo que, si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión.

Sin embargo, en las presunciones, el razonamiento probatorio tiene un rol epistémico que cumplir en la acreditación del hecho base y en los conceptos jurídicos, se debe probar el hecho, antes de subsumirlo en la definición utilizada. Como se aprecia, en todos estos casos es necesario realizar una inferen-

cia con base en una generalización empírica, consustancial al razonamiento inductivo⁸⁵.

IV. LA IMPUTACIÓN DEL DOLO EN EL PROCESO PENAL

La importancia de distinguir entre prueba e imputación del dolo se aprecia en las sentencias del TS y del TC español que han afirmado que el dolo es una cuestión atingente a la calificación jurídica y no a la determinación de los hechos, por lo que no le alcanza la presunción de inocencia. Dicha jurisprudencia afirma que el dolo es un *juicio de valor* cuya atribución corresponde a la *quaestio iuris*, por lo que no es posible verificar la *presunción de inocencia* respecto de ese elemento⁸⁶.

Según el TS español los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y, salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados. Los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, sin embargo, son revisables en casación por el cauce procesal, porque el elemento subjetivo pertenece a la tipicidad penal y mediante un juicio de inferencia puede ser inducido por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 1511/2005 de 27.12, 394/94 de 23.02).

El TC español en sentencia 328/2006 de 20.11, sostiene que la discordancia con el criterio del Tribunal de instancia no tiene relieve constitucional cuando el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, porque aquello no se puede apreciar directamente, sin perjuicio que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos. Tal reestructuración de la sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸⁵ GONZÁLEZ LAGIER reconoce la diferencia en cuanto a la clase de razonamiento a realizar -inductivo o deductivo- asociándolos a las tres clases de inferencias probatorias que identifica y reconoce la prevalencia lógica de las inferencias epistémicas (ver GONZÁLEZ LAGIER, “Filosofía...”, ob. cit., p. 379).

⁸⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “La prueba de la intención y la explicación de la acción”, en *Isegoría*, N° 35, (2006), p. 175.

En mi opinión, no siempre es fácil diferenciar entre controversias de hecho y de derecho, porque entre ambos planos hay un ir y venir ya que el enunciado jurídico, al señalar el *supuesto de hecho* que antecede a la consecuencia jurídica, predetermina qué clases de hechos son relevantes para el Derecho utilizando muchas veces conceptos normativos, cláusulas generales o conceptos indeterminados que requieren un juicio de valor. Sin embargo, la precisión de los conceptos y teorías jurídicas atinge a la labor interpretativa –en abstracto o en concreto– de los enunciados jurídicos y, por lo tanto, el concepto de dolo y las teorías jurídicas sobre el dolo corresponde a la *quaestio iuris*. En cambio, la determinación de los hechos “reales” y su verdad empírica establecida por los medios de prueba corresponde a la *quaestio facti*. El establecimiento de los hechos probados se orienta a la búsqueda de la verdad, por lo que podría cuestionarse en el caso concreto la máxima de experiencia que enlaza al *factum probans* con el *factum probandum*, porque el razonamiento inferencial es *inductivo y probabilístico* de manera que la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión, ya que la validez del argumento no depende sólo de su forma, sino de factores materiales y contextuales. Dicho razonamiento probatorio se sustenta en elementos de juicio que a la luz de criterios lógicos demuestran su corrección, por lo que cabe revisar recursivamente si la inferencia probatoria ha sido o no bien construida⁸⁷.

Ya sea que se sostenga que el dolo se prueba o se imputa, en el proceso debe verificarse si la base fáctica del razonamiento se encuentra correctamente establecida antes de realizar el ejercicio de subsunción de los hechos en el derecho. La diferencia entre ambas teorías estriba en que mientras para las teorías psicológicas el enlace sólo está justificado si es útil para establecer la verdad de una realidad psicológica; para las concepciones normativas el juicio de imputación no se refiere al conocer que el agente individual poseía, sino *al que tenía que haber poseído de forma racional y exigible*, por lo que se desacopla del estado psíquico real en que se encontraba el autor al ejecutar el hecho, siendo decisivo si la conducta del agente, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe o puede ser. No se trata de atribuir al autor un conocimiento del riesgo jurídicamente relevante que él no tenía al realizar la acción, sino de negarle la competencia para decidir sobre la relevancia jurídica de su comportamiento⁸⁸.

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, (2010), pp. 143-177.

⁸⁸ PUPPE citada por PAWLIK (PAWLIK, ob. cit., p. 144).

1. La prueba de los estados mentales

Conforme al *principio de racionalidad mínima*: “Si un agente actúa intencionalmente, tiende a realizar la acción que en ese momento cree más adecuada para lograr el fin que persigue”. La determinación sobre “qué es lo más racional” se evalúa con las circunstancias y en el contexto del caso concreto, por lo que puede no coincidir con lo que el sujeto consideraría racional en una situación sin urgencia o conforme a lo objetivamente racional. El fundamento *empírico* radicaría en que con normalidad atribuimos exitosamente actitudes proposicionales y el fundamento *conceptual* en que la noción de intención se construye a partir de la elección por el sujeto en un momento determinado del medio que le parece más adecuado para lograr un fin concreto⁸⁹.

Como se aprecia, en la prueba de los estados mentales propuesta es fundamental el *principio de racionalidad mínima*, que no es más que un criterio normativo estandarizado como lo es el del *hombre medio* puesto *ex ante* al momento de actuar, utilizado en Derecho penal para decidir la imputación de la conducta típica al autor. Si el juez debe interpretar la conducta del sujeto comparándola con la de un sujeto medio racional, la teoría descriptivista se estandariza según un criterio objetivo, acercándose a la manera en la que las teorías normativas imputan el dolo de acuerdo con indicios e indicadores del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica.

2. La imputación del dolo en el proceso penal

Las teorías normativas imputan el dolo a partir de la distinción entre *indicios* e *indicadores*. Los *indicios* son hechos que facilitan el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado y que permiten realizar el juicio de imputación del dolo. Son ejemplos de indicios: a. Que el acusado había amenazado de muerte a la víctima momentos previos al hecho; b. Que huyó de prisa del lugar; c. Que en su mano tenía el cuchillo de grandes dimensiones; d. Que según la prueba pericial éste era el arma homicida; e. Que el acusado tratase de limpiar manchas de sangre en ropas que fueron encontradas en su vivienda; f. Que la víctima presentaba múltiples lesiones cortopunzantes; g. Que parte de las lesiones se encontraban en el tórax, etc. Este tipo de hechos ayudan a conocer los elementos del tipo, aun cuando pueden no corresponder al “matar” del homicidio. La prueba de indicios es una prueba relevante que puede recaer en hechos periféricos, que permiten afirmar la presencia de *indicadores* de dolo.

⁸⁹ GONZÁLEZ LAGIER, “Filosofía...”, ob. cit., pp. 71-72.

La prueba se orienta a demostrar la existencia de hechos de los que se infiere, mediante un razonamiento basado en el nexo lógico, el dolo⁹⁰.

En el concepto de dolo hay que incluir a los *indicadores* que son elementos de significado o enunciados que definen el contenido del concepto y el fundamento o condiciones de atribución del dolo en cada tipo de delito⁹¹. Los indicadores de dolo requieren que ciertos y determinados hechos (indicios de naturaleza empírica) se encuentren racionalmente acreditados mediante pruebas relevantes, creíbles y con fuerza probatoria, de manera que a través de un juicio lógico de *inferencia* los argumentos logren unir a las pruebas con las hipótesis o proposiciones en un razonamiento inductivo, probable y refutable.

Los *indicadores* son un catálogo abierto y referencial de criterios intersubjetivamente controlables que orientan la decisión del juez en el proceso de imputación del dolo y pueden concurrir en mayor o menor medida. Entre ellos la doctrina y la jurisprudencia menciona: a. Inminencia e intensidad *ex ante* del riesgo para el bien jurídico; b. La capacidad del agente para evitar el hecho a enjuiciar; c. Actos específicos de evitación o de control del riesgo; d. Posibilidades de autoprotección de la víctima; e. El contexto específico en el que se realiza el hecho a enjuiciar; f. La pena natural; g. El ámbito en el que se produce la lesión o acostumbramiento social del riesgo; h. La experiencia previa del autor; i. El rol o función que el sujeto desplegaba; j. La existencia de motivos racionales; k. El mayor dominio del hecho; l. Conductas especialmente aptas en comparación a riesgos neutros⁹².

La atribución del dolo en el proceso penal supone realizar un *proceso de inferencia*, base del razonamiento judicial, a partir de la constatación de ciertos *hechos* debidamente probados (ej.: el cadáver tiene heridas certeras en zonas vitales) por los elementos de juicio que constituyen *indicios* y que apoyan la conclusión derivada del *hecho principal*. La prueba recae en *indicios* que se establecen a partir de los hechos acreditados en el proceso como condiciones de atribución subjetiva en cada tipo penal de la parte especial. Probados los *indicios* susceptibles de encuadrarse en un catálogo abierto de *indicadores*, se

⁹⁰ SÁNCHEZ VERA, ob. cit., pp. 194-195.

⁹¹ PUPPE, Ingeborg. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *Indret*, N° 3, (2013), p. 15.

⁹² Sobre los indicadores de dolo (ver FEIJOO, Bernardo. *Dolo eventual*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, (2004), pp. 133-134; SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2018), pp. 425-429; RAGÜES, *El dolo...*, ob. cit., pp. 455 y ss.)

infiere el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica y se imputa *el dolo*.

La sentencia debería señalar los *indicios* debidamente acreditados con la prueba incorporada en el juicio a partir de los que se realiza el procedimiento inferencial. Los indicios deben dar cuenta de una multiplicidad de *indicadores* que deben entrelazarse, aun cuando pueden dar cuenta de un indicador de singular importancia que permita atribuir el conocimiento del riesgo para imputar el dolo. Los indicios deben provenir de diversas fuentes de información y guardar relación con algún indicador de conocimiento del riesgo. La sentencia debe recoger de forma objetiva, expresa y particularizada, el proceso lógico a través del que, partiendo de determinados *indicios*, se concluyó la concurrencia de determinados *indicadores* que permiten atribuir el dolo⁹³.

La imputación del dolo la realiza el juez basándose en la interpretación de la conducta del agente apreciado como un ser racional, y, por lo tanto, capaz de reconocer el riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica.

V. CATÁLOGO DE INDICIOS TIPO CONSTRUIDOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SEGÚN EL DELITO DE LA PARTE ESPECIAL

Para determinar el objeto de la prueba con el fin de atribuir el dolo, la jurisprudencia española ha elaborado un catálogo abierto de clases de hechos que en cada delito específico permiten atribuir responsabilidad penal a título doloso⁹⁴. Se trata de un catálogo de datos *ad exemplum* susceptible de considerar y valorar en la construcción de la inferencia probatoria a partir de los datos y circunstancias objetivas y materiales. Aunque la concurrencia de muchos de esos datos intensifique la fuerza probatoria de la inferencia, es posible obtener la misma conclusión a partir de alguno o algunos de esos criterios cuando su importancia significativa permite por su elocuencia construir la inferencia con el mismo rigor lógico⁹⁵.

Dicha metodología, lejos de constituir una clase de responsabilidad objetiva, obedece a la necesidad de contar con criterios intersubjetivamente controlables que orienten al acusador, a la defensa y al juez sobre factores que pueden ser relevantes para atribuir el dolo.

⁹³ SÁNCHEZ VERA, ob. cit., pp. 200-201.

⁹⁴ STS de 20 de julio de 1990, rol N° 67957-1990.

⁹⁵ STS de 11 de septiembre de 2000, rol N° 7932-2000.

Para distinguir entre el delito de *homicidio tentado* y *lesiones consumadas* se han considerado datos como la ejecución de lesiones de cierta gravedad⁹⁶, la peligrosidad del medio utilizado o idoneidad del medio empleado⁹⁷, la zona corporal en la que se producen las heridas⁹⁸, la distancia entre el ofensor y el ofendido, la intensidad del golpe, el número de golpes y de lesiones producidas, las manifestaciones del agente que acompañan a la lesión y su actividad anterior y posterior al hecho (reconocimiento de los hechos, huida del domicilio, denuncias falsas, atención del agredido o su abandono y huida)⁹⁹, las condiciones de lugar, tiempo y de circunstancias concomitantes con la acción (seriedad, gravedad y reiteración de incidencias que desembocaron en la agresión, actos provocativos, amenazas, etc.)¹⁰⁰ y la causa o motivación de la misma¹⁰¹.

En los *delitos sexuales* el dolo puede inferirse a partir de expresiones verbales inequívocas referidas por el agente durante la realización de la acción (ej.: el agente señala explícitamente a la víctima que la va a penetrar vaginalmente). También puede inferirse a partir de la exteriorización de la conducta mediante la ejecución de actos de connotación sexual y del contexto en el que se realiza, aspectos que pueden ser captados por la víctima, sin perjuicio de la valoración que el tribunal realice de su credibilidad en el que puede incidir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés de cualquier tipo que reste fuerza probatoria a la declaración o la existencia de corroboraciones periféricas que avalan la declaración de la víctima o su persistencia prolongada, sin contradicciones ni ambigüedades en la incriminación. Si el acusado es el entrenador del equipo de muchachos sub-12, difícilmente podrá alegar que desconoce el rango de edad de ellos, ya que con tales datos probatorios es posible inferir el conocimiento de la edad de la víctima de abuso sexual de menores¹⁰²⁻¹⁰³ porque el agente tiene determinados *conocimientos especiales* en virtud de la relación con el hecho que se ejecuta.

En el delito de *apropiación indebida* es posible inferir el dolo a partir de la utilización por los socios minoritarios de un medio de transporte con el que retiraron, ilícita y clandestinamente, una importante cantidad de mercancía

⁹⁶ STS de 6 de octubre de 1998, rol N° 68597-1998.

⁹⁷ STS de 12 de noviembre de 1994, rol N° 1971.1994.

⁹⁸ STS de 22 de febrero de 2005, rol N° 1943-2005.

⁹⁹ STS de 20 de diciembre de 1996, rol N° 9032-1996.

¹⁰⁰ STS de 21 de septiembre de 1990, rol N° 9743-1990.

¹⁰¹ STS de 21 de diciembre de 2021, rol N° 15081-2021.

¹⁰² SÁNCHEZ VERA, ob. cit., pp. 137, 138 y 199.

¹⁰³ STC, de 20 de abril de 2009, rol N° 91-2009.

sin albarán ni documentación justificativa y la llevaron al domicilio de uno de los socios; y el impedimento por parte de uno de los socios a una nueva salida de mercancía con intervención de la Guardia Civil. Lo anterior, en el contexto de un deterioro de las relaciones entre los socios que llevó a la fractura de la masa social en dos grupos, permite inferir la existencia de un ánimo de apropiación¹⁰⁴.

En el delito de *receptación* el conocimiento de la procedencia ilícita se infiere a partir del pago de un *precio vil* entendido como el que de manera manifiesta e incuestionable no se corresponde en ningún caso, ni concediendo la mayor flexibilidad al margen de ganancia o beneficio que en toda transacción ha de buscarse lógicamente, con el valor real de lo que se adquiere¹⁰⁵. También son elementos de juicio la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición (Ej.: compra de joyas a un menor sin documentos de respaldo)¹⁰⁶, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos¹⁰⁷, la no existencia de documentos que acrediten la venta tales como facturas o boletas, no haberse adquirido la especie de un comerciante legalmente establecido, la no constatación en los registros de contabilidad o de otros elementos indiciarios que den cuenta de las circunstancias anormales de adquisición, la naturaleza de los bienes objeto de adquisición (objetos pertenecientes a la policía)¹⁰⁸. Estos elementos de juicio dan cuenta del *conocimiento situacional* o *contexto específico* en el que se realizan los hechos a enjuiciar, esto es, casos en los cuales *los hechos hablan por sí solos*¹⁰⁹.

En el delito de *estafa* el ánimo de defraudar concurre cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento. En tales casos, el contrato es utilizado como un instrumento simulador, de ocultación, fingimiento y fraude. El contrato se suscribe con el propósito de no hacer efectiva la contraprestación o con el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo. El dolo se infiere en estos casos del conocimiento *ex ante* de la falta de medios para cumplir la obligación contractual o de la conducta observada por el acusado en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento

¹⁰⁴ STC, de 26 de mayo de 1999, rol N° 91-1999.

¹⁰⁵ STS de 7 de diciembre de 2005, rol N° 10179-2005.

¹⁰⁶ STS de 19 de mayo de 2016, rol N° 429-2016.

¹⁰⁷ STS, de 15 de diciembre de 2021, rol N° 986-2021.

¹⁰⁸ STS de 26 de octubre de 2001, rol N° 2347-2001.

¹⁰⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ob. cit., p. 528.

total o casi total de su parte. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el contenido prestacional del contrato no responde a ninguna realidad –la empresa no ha intervenido nunca en un proyecto de financiación para la extracción de crudo; la acusada no ostentaba la representación mercantil ni societaria de la empresa; los efectos cambiarios entregados por la acusada en garantía de la devolución de la inversión son falsos, porque sus menciones esenciales no corresponden a la realidad, por el contrario, los documentos recibidos por ella son cobrados sin que el dinero ingrese a la cuenta de la sociedad que afirmaba representar y sin que conste, además, el destino que tuvo dicho dinero, etc.¹¹⁰.

En el delito de *tráfico ilícito de drogas* el dolo se infiere de criterios tales como la cantidad de comprimidos de droga en poder del acusado; la cantidad de horas que los efectos de cada pastilla perduran activamente en el organismo; el valor económico de la droga que no se adecúa a la situación de escasez de recursos; las circunstancias de tiempo y lugar (al inicio de una noche de fin de semana, en el aparcamiento de una discoteca donde conocidamente existía “trapicheo de droga”)¹¹¹.

En el caso del delito de *robo en lugar no habitado* se infiere la existencia de ánimo de apropiación, en virtud del forzamiento de los elementos de seguridad, tales como una persiana metálica que protege la puerta de un establecimiento comercial y de la penetración en su interior¹¹².

En el caso del delito de *insolvencia punible*, se considera como criterio para establecer el elemento subjetivo requerido por el tipo, no dejar constancia expresa de que no se había satisfecho la garantía por los cuantiosos préstamos que debía a la sociedad; el precio irrisorio por el que se determinó la posible opción de compra de un inmueble de la sociedad; la provocación de la insolvencia antes de la compra de las acciones y el precio irrisorio pactado por ellas; la participación como administrador en una ingente cantidad de empresas y los actos efectuados posteriormente a la compra (alquiler del pabellón, dación del inmueble, venta de material a chatarrería al día siguiente de la venta, concesión de permiso retribuido a los trabajadores luego de adquirir la empresa)¹¹³.

En el delito de *blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes*, los elementos de juicio considerados para inferir el elemento subjetivo son el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efec-

¹¹⁰ STS de 11 de marzo de 2021, rol N° 230-2021.

¹¹¹ STC de 9 de octubre de 2006, rol N° 284-2006.

¹¹² STC de 16 de abril de 2007, rol N° 76-2007.

¹¹³ STC, de 29 de enero de 2019, rol N° 236-2019.

tivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas¹¹⁴.

VI. CONCLUSIONES

Para las teorías psicológicas el dolo es un hecho susceptible de prueba, constituido por el conocimiento y la voluntad de realizarlo. Probado el elemento cognoscitivo, se infiere la voluntad del sujeto. El dolo es un *fenómeno psicológico*, cuya existencia puede reconstruirse y averiguarse *a posteriori* por el juez en el proceso penal. El dolo es un dato que se extrae de la realidad, cuya acreditación forma parte del relato de los hechos probados en la sentencia, actividad cognoscitiva orientada a establecer juicios verdaderos o falsos. Para las *teorías normativas* dolo es un título normativo y subjetivo de responsabilidad penal que se imputa en virtud de *indicios e indicadores*. En el proceso penal el juez adscribe el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado que el agente debía haber poseído de forma racional y exigible de acuerdo con criterios normativos. El juicio de imputación que recae en la conducta se desacopla del estado psíquico real en que se encontraba el autor al ejecutar el hecho y lo decisivo es si la conducta, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser.

Mientras para las teorías psicológicas de dolo el enlace sólo está justificado si es útil para establecer la verdad de una realidad psicológica, para las teorías normativas el juicio de imputación se refiere al conocimiento que el agente individual *debía haber poseído de forma racional y exigible*, siendo decisivo si la conducta del agente, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe o puede ser. No se trata de atribuirle un conocimiento del riesgo relevante para la acción que él no tenía, sino de negarle la competencia para decidir sobre la relevancia jurídica de su conducta.

El razonamiento probatorio es inferencial. En un extremo se encuentran los hechos probatorios que consisten en la información obtenida a partir de los medios de prueba y en el otro la hipótesis a probar. Entre ambos debe concurrir un *enlace* que conecta los hechos probatorios con la hipótesis. Dicho enlace puede ser *respaldado* por doctrina o jurisprudencia.

¹¹⁴ STS de 18 de diciembre de 2001, rol N° 275-2002.

En la atribución del dolo podría discutirse la *máxima de experiencia* utilizada como enlace de la inferencia probatoria, discusión que corresponde a la *quaestio facti*. También podría discutirse el *concepto* de dolo, cuestión previa a la subsunción referida a la interpretación y, por lo tanto, a la *quaestio iuris*. Las presunciones *–iuris tantum–* se encuadran en la decisión probatoria, porque son reglas que limitan las facultades de valoración del tribunal pese a que *ex ante* el legislador no puede prever las características particulares del caso concreto.

De los ejemplos utilizados para graficar las inferencias probatorias, las presunciones *–iuris tantum–* y las teorías sobre el concepto de dolo, es posible concluir que la teoría normativa del dolo entendida como el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica tiene mejor capacidad explicativa que las teorías psicológicas.

En las inferencias probatorias el razonamiento es inductivo, probable y refutable, porque la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión. La validez de la inferencia probatoria se evalúa conforme a criterios epistemológicos de racionalidad y solidez que deben ser explicitados en la sentencia y que hacen intersubjetivamente controlable la inferencia que permite atribuir el dolo al agente. En las presunciones y en la aplicación de conceptos jurídicos, en cambio, el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo una norma o concepto, y si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión.

Las teorías descriptivistas afirman la posibilidad de probar los estados mentales, sin embargo, el *principio de racionalidad mínima* utilizado es una estandarización tan normativa como la fórmula del hombre medio puesto *ex ante* en el lugar del agente al momento de ejecutar el hecho. La objetivización de la interpretación de la conducta del agente no varía porque luego se afirme que la finalidad es descubrir la voluntad real del sujeto, ya que, como todo baremo objetivo, puede diferir de la realidad psicológica con que el sujeto ejecutó el hecho, ya que su conducta sigue siendo evaluada conforme a los patrones generales sobre lo que haría un ser racional. Con ello, las teorías descriptivistas se han normativizado tal como lo ha venido haciendo la teoría del delito.

Las teorías normativas imputan el dolo basándose en indicios e indicadores. La prueba recae en los *indicios* que deben ser acreditados en el proceso como condiciones de atribución subjetiva en cada tipo penal de la parte especial. Probados los *hechos* susceptibles de encuadrarse en el catálogo abierto de *indicadores* es posible atribuir el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica e imputar el dolo como título subjetivo de responsabilidad. Los *indicadores* son un catálogo abierto y referencial de criterios intersubjetivamente controlables que han sido formulados por la doctrina y por la jurisprudencia y que apuntan a factores necesarios para

atribuir el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, como fundamento de imputación del dolo en el proceso.

La doctrina de los *indicios tipo* construidos por la jurisprudencia española, a partir de máximas jurisprudenciales, para cada delito de la parte especial del Derecho Penal, constituye un catálogo abierto y meramente referencial de cierta tipología de hechos que han de acreditarse en el proceso penal para imputar el dolo conforme a criterios sobre el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado. Los indicios tipo orientan la labor del fiscal en cuanto a lo que es lo que debe probar, la del defensor en relación con aquello de lo que debe defenderse y la del juez sobre lo que es lo que debe verificar en el juicio para imputar el dolo, por lo que no se trata de un caso de responsabilidad objetiva, sino de un catálogo abierto de criterios intersubjetivamente controlables, que otorgan algún grado de seguridad jurídica a las partes. De lo que se trata en la imputación del dolo, por lo tanto, es atribuir responsabilidad penal conforme a un concepto de dolo objetivado más acorde a un Estado democrático de derecho y lejos de un Derecho penal de autor.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela. “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, en ACCATINO (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, (2010).
- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, (2010).
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, (2009).
- _____. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, (2006).
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2005).
- _____. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Revista doctrina y jurisprudencia penal, Universidad de los Andes*, vol. 3, N° 4, (2011).
- DEI VECCHI, Diego. “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, en *Revus*, N° 38, (2019).
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2016).

- DONNA, Edgardo. “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, en Goldschmidt, Jona, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2002).
- FEIJOO, B. *Dolo eventual*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, (2004).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, (2005).
- FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, (2007).
- _____. *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2022).
- FEUERBACH, Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, (2007).
- FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, (1997).
- GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, (2010).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti, Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Ciudad de México: Fontamara, (2013).
- _____. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coords.), *Hechos y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada: Comares, (2014).
- _____. “Tres modos de razonar sobre hechos”, en VÁSQUEZ, C. (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Ciudad de México: CEJI, (2018).
- _____. “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de sentido común”, en *Quaestio Facti*, N° 3, (2022).
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2014).
- HERNÁNDEZ, Rafael. “El juez, el científico y la búsqueda de la verdad”, en GARCÍA, J. y BONORINO, P. (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Granada: Comares, (2014).
- HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”, en HRUSCHKA, J. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, (2005).
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, (2002).

- KINDHÄUSER, Urs. “¿Indiferencia como dolo?”, en GARCÍA, P.; KINDHÄUSER, U.; PASTOR, N., *Cuestiones actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*. Lima: Ara, (2005).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, (2018).
- LUZÓN PEÑA, Diego. “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en NIETO MARTÍN, A. (coord.), *LH al Dr. Marino Barbero Santos*, T. I. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, (2001).
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires - Montevideo: B de F, (2008).
- MIRANDA, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, (1997).
- OSSANDÓN, Magdalena. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, N° 34, (2010).
- PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, (2016).
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, (2011).
- PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*. Buenos Aires: Hammurabi, (2010).
- _____. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *Indret*, N° 3, (2013).
- RAGUÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, (1999).
- _____. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de estudios de la justicia*, N° 4, (2004).
- ROMEO CASABONA, Carlos. *Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, (2016).
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires-Montevideo: B de F, (2018).
- SÁNCHEZ VERA, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, (2012).
- SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, (2004).

- SANZ-DIEZ, Marina. *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2007).
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, (2006).
- SILVA SÁNCHEZ, José María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, (1992).
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santiago: Olejnik, (2018).
- STRUENSEE, Eberhard. “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *Indret*, N° 4, (2009).
- TARUFFO, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, vol. III, N° 3, (2003).
- _____. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, (2010).
- _____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, (2011).
- TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, (2019).
- TUZET, Giovanni. *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons, (2021).
- UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid: Trotta, (2017).
- ULLMAN-MARGALIT, Edna. “Sobre la presunción”, en MENDOCA, Daniel *et al.* (eds.), *Presunciones*, 2ª ed., México: Fontamara, (2019).
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires: Valletta, (2007).
- ZAVALETA, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, (2014).
- _____. *La justificación racional de los hechos*, (2017). Recuperado en https://www.academia.edu/6337276/LA_JUSTIFICACION_RACIONAL_DE_LOS_HECHOS.