

DIFICULTAD DE PRUEBA DE LO PSICOLÓGICO Y NATURALEZA NORMATIVA DEL DOLO¹

Mercedes Pérez Manzano,
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO. Dedicatoria. I. Introducción. II. Las especialidades de lo subjetivo: existencia y conocimiento. III. Certeza y probabilidad en el proceso penal: los déficits probatorios de la realidad psicológica. 1. Planteamiento. 2. Valoración. A) Certeza y prueba. B) Certeza y empirismo. C). Certeza y presunción de inocencia. IV. Conclusión.

PALABRAS CLAVE. Dolo- Prueba – Normativización – Realidad de lo Psicológico

DEDICATORIA

1. “La dogmática ... [h]ace posible ... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”². Generar seguridad jurídica constituye una de las buenas razones aducidas por Enrique Gimbernat para proclamar en 1970 que la dogmática penal tenía un futuro, a pesar de las fuertes críticas a las que estaba siendo sometida en aquel momento la forma tradicional de entender el quehacer dogmático³. De aquellas críticas y de la revisión del método de la ciencia penal que se produjo a partir de ellas, surgieron distintas corrientes normativas respecto de cuyas formulaciones más extremas Enrique Gimbernat alerta de la indeterminación que introducen y con la que no podemos conformarnos los juristas, pues “necesitamos soluciones claras para casos concretos”⁴.

Con la cobertura de esta comprensión de la dogmática penal, que la conecta con valores esenciales del Estado de Derecho como la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, Enrique Gimbernat ha transitado una y otra vez la senda de la dogmática penal, legándonos, más allá de sus concretas e innumerables contribuciones y revoluciones teórico-penales, más allá también de sus brillantes argumentaciones, una forma de hacer y entender la dogmática penal que dignifica el oficio de penalista. Reflexionar una vez más sobre el dolo, como me propongo hacer en este trabajo, tras innumerables estudios dedicados a este tema por los más prestigiosos penalistas, incluido el profesor Gimbernat⁵, solo puede encontrar justificación en esta comprensión de la dogmática que no se cultiva como mero ejercicio intelectual, sino como forma de servir al ciudadano en la defensa de sus derechos y de su libertad. Sirvan estas páginas para manifestar mi más sincera

¹ Este artículo se publicó inicialmente en García Valdés y otros (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, t. II, pp. 1453 y ss..

² GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87 y ss., se cita por la versión aparecida en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, p. 126.

³ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, pp. 5 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990, pp. 32 y ss..

⁴ Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva, en Vieira Morante (dir.), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII, 2006, p. 107.

⁵ Acerca del dolo eventual, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. 1990, pp. 171 y ss., publicado con este título por primera vez en NPP, 1972, pp. 355 y ss., y en España con el título ¿Cuándo se “conoce” la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código Penal?, RDCirc. 1969, pp. 1 y ss.; EL MISMO, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida*, ADP 1990, pp. 421 y ss.

admiración por el profesor Gimbernat y para contribuir, en la medida de mis posibilidades, a mantener vivo su legado.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el seno de la discusión actual sobre la estructura y contenido del dolo suele observar la doctrina que se habría producido un aumento significativo de los autores que defienden un concepto monista de dolo⁶, conforme al cual el dolo sería sólo conocimiento, en detrimento de las teorías dualistas tradicionales que sostienen que el dolo se integra no solo por el conocimiento sino también por la voluntad de realizar el hecho típico⁷. Junto a dicho

⁶ Señalan este aumento, por ejemplo, en España, LUZÓN, Dolo y dolo eventual: reflexiones. Problemas específicos de aplicación del Código Penal, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 118; LAURENZO, Dolo y conocimiento, Valencia, 1999, p. 13; RAGUÉS, Consideraciones sobre la prueba del dolo, La Ley nº 7, 2002, p. 1892, afirma incluso que la concepción del dolo como conocimiento se ha impuesto en la doctrina y jurisprudencia, de modo que aunque “en la inmensa mayoría de ocasiones, quienes se declaran partidarios del dolo como intención acaban resolviendo los casos aplicando un dolo definido como conocimiento, de tal modo que, aunque en la doctrina parecen defenderse dos conceptos distintos, en realidad las discrepancias tienen sólo una naturaleza terminológica”. ROMEO, Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica, en BAJO/JORGE/SUAREZ, Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, p. 924.

⁷ Defienden, por ejemplo, en España una concepción monista del dolo impugnando la validez de las teorías del consentimiento, GIMBERNAT, Estudios de Derecho Penal, pp. 254 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 131; BACIGALUPO ZAPATER, Principios del Derecho Penal. Parte General, 4ª ed, Madrid, 1997, pp. 227 y ss; EL MISMO, Problemas actuales del dolo, en BAJO/JORGE/SUÁREZ, Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 77 y ss.; CORCOY, En el límite entre el dolo y la imprudencia (Comentario a la STS 28 de octubre de 1983), ADP 1985, pp. 970 y ss.; LA MISMA, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Barcelona, 1989, pp. 282 y ss.; LA MISMA, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADP 1996, pp. 301 y ss.; LA MISMA, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos, Valencia, 1999, p. 115; SILVA SÁNCHEZ, Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad, ADP 1987, pp. 545 y ss.; EL MISMO, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, pp. 401 y ss.; FEIJOO, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo CPC 1998, pp. 277 y ss., 298; LAURENZO, Dolo (como en n. 5), pp. 287 y ss.; RAGUÉS, El dolo su prueba, Barcelona, 1999, pp. 155 y ss., 165, 175; CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español, Parte General, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 647 y ss.; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA (dir), Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Valencia, 2004, pp. 483 y ss., pp. 503 y ss.. También la jurisprudencia española ha acogido la teoría del conocimiento, así en la conocida STS 23 de abril de 1992, o en STS 10 de enero de 2000. En la doctrina alemana FRISCH, Vorsatz und Risiko, Köln, 1983, p. 95 y ss., pp. 255 y ss.; EL MISMO, Gegentwartsprobleme des Vorsatzbegriffes und des Vorsatzfeststellung, en Haus-Walther Meyer Gedachtnisschrift, 1990, pp. 533 y ss.; KINDHÄUSER, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96, (1984), p. 22 y ss.; EL MISMO, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2000, § 14 NM 10; HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung, Berlin, 1986, pp. 434 y ss.; EL MISMO, Sobre la difícil prueba del dolo, en Sánchez-Ostiz (ed.) Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, 2005, pp. 147 y ss.; JAKOBS, Derecho penal. Parte General, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, § 8 NM 8; PUPPE, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW, 100 (1991), p. 1 y ss; LA MISMA, en NEUMANN/PUPPE/SCHILD, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2ª ed. 2003, § 15 NM 26 y ss.; SCHMIDHÄUSER, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, en Herzberg y otros (eds.) D. Oehler-FS, Köln, 1985, p. 135. Siguen defendiendo la teoría del consentimiento y, por tanto, exigiendo en todo caso la presencia del elemento volitivo, entre otros, en España, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito, Madrid, 1984, pp. 205 y ss., 209 y ss.; EL MISMO, La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1994 (se cita por Estudios penales, Madrid, 2001), p. 143; EL MISMO, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, pp. 24 y ss., 27; RODRÍGUEZ MONTANÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, 1994, pp. 37, 59, 103 y ss., 137, p. 183; LUZÓN, Curso de derecho Penal. Parte General, I, Madrid, 1996, pp. 426 y ss.; EL MISMO, Dolo, pp. 139 y ss.; MIR PUIG, Conocimiento y voluntad en el dolo, en Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 27; TORÍO, Acción

rasgo del estado de la discusión actual sobre el dolo debe, además, señalarse otro rasgo de similar trascendencia que reside en el auge de las teorías normativas del dolo en detrimento de las teorías psicológicas. En efecto, desde la perspectiva de la naturaleza del dolo en la doctrina penalista se observa un aumento significativo de los autores que defienden su carácter normativo.

Cuando se alude a la naturaleza del dolo, o, con carácter más general, a la naturaleza de los elementos subjetivos del delito, la doctrina penalista diferencia dos opciones: las teorías psicológicas y las teorías normativas⁸. Para las teorías psicológicas el dolo es una realidad natural de carácter psicológico, una vivencia subjetiva, un estado mental o fenómeno psíquico⁹, de modo que se configura como un hecho, un *facto* que ha de ser objeto de prueba en el proceso penal. Por tanto, para esta concepción, en el proceso penal ha de acreditarse si en el caso concreto concurrió en el sujeto en el momento de actuar la clase de vivencia, estado o fenómeno psíquico en que se considera que consiste el dolo. Por el contrario, para las teorías normativas el dolo es un término que designa una entidad o realidad normativa, de modo que su existencia y significado son estrictamente jurídicos. Desde esta última concepción, la afirmación de la concurrencia de dolo implica tan sólo la adscripción, esto es, la atribución al sujeto de una determinada subjetividad, de manera que dicha atribución no depende de la averiguación o acreditación de una concreta realidad psíquica¹⁰. Si el sentido de un enunciado fáctico es el de corresponder a la realidad psicológica preexistente, estando sometido, por tanto, a un juicio sobre su verdad o falsedad como forma de evaluación de su corrección, el sentido de un juicio adscriptivo no es la correspondencia con la realidad, ni, en consecuencia, está vinculado con juicios sobre su verdad o falsedad¹¹.

A mi modo de ver, en dicha sistematización ha de incluirse una tercera categoría integrada por las teorías mixtas, pues, en realidad, la doctrina mayoritaria suele defender una tesis sobre la naturaleza del dolo conforme a la cual la afirmación de la esencia normativa del dolo no implica la exclusión de todo aspecto fáctico-psicológico en su composición, ni supone, por consiguiente, la negación radical de la existencia de una cierta realidad psicológica que habría que acreditar en el proceso para afirmar el carácter doloso del hecho. La afirmación sobre la concurrencia de dolo no tendría exclusivamente carácter *adscriptivo*, puesto que existiría una realidad psicológica, sometida al estatuto de lo fáctico, a la que

peligrosa y dolo, en Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 174; DÍAZ PITA, El dolo eventual, Valencia, 1994, pp. 300 y ss.; VIVES, Fundamentos del sistema penal, Valencia, 1996, pp. 239 y ss.; CARBONELL, Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia, en Estudios Penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 151. En Alemania, entre otros, KÜPER, Vorsatz und Risiko, Zur Monographie von W. FRISCH, GA 1987, p. 508; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5ª ed. Berlin, 1996, § 29, II, NM 2; OTTO, Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtlehre, 6ª ed. Berlin-New York, 2000, § 7, NM 3 y 27; ROXIN, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, (trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Madrid, 1997, § 12, NM 4; RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7ª ed., Neuwied, 2002, § 16, NM 1.

⁸ Sobre las distintas posiciones en relación con los elementos subjetivos en general cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Valencia, 1989, pp. 21 y ss.; sobre las teorías de la culpabilidad cfr. PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención, *passim*.

⁹ Cfr. por todos PAREDES CASTAÑÓN, Problemas metodológicos en la prueba del dolo, AFD, 2003, pp. 67 y ss..

¹⁰ Cfr. por todos VIVES, Fundamentos del sistema penal, pp. 203 y ss.; RAGUÉS, El dolo y su prueba, pp. 191 y ss., 275 y ss.

¹¹ GONZÁLEZ LAGIER, La prueba de la intención y el Principio de Racionalidad Mínima, JD, nº 50, 2004, p. 42. Lo que no queda claro cuál es el criterio conforme al cual puede ser evaluada la corrección de las concepciones normativas o si están exentas por alguna razón consistente de dicha evaluación.

habría que referirse de forma *descriptiva*, aunque fuera de forma aproximativa. En el marco de las teorías mixtas habría que ubicar, en mi criterio, las tesis que afirman de una forma genérica que el dolo tiene naturaleza normativa en la medida en que la definición y configuración de lo que el dolo es se decide por el Derecho seleccionando aquellos elementos de la realidad que, desde una cierta perspectiva jurídica –los fines o valores del Derecho penal–, son idóneos o necesarios para integrarlo¹². Se ha convertido en mayoritaria la tesis que entiende que cuando se afirma que una conducta es dolosa no se está describiendo la conducta sino que está valorando como una conducta de mayor gravedad que la imprudente, dado que el legislador ha decidido sancionar con mayor pena la conducta dolosa que la imprudente. Desde esta perspectiva valorativa, cuando se pretende definir el dolo y delimitarlo de la imprudencia se ha de buscar la *ratio* que justifica esta mayor pena, de modo que la selección de los grupos de casos, situaciones o hechos que van a ser valorados como dolosos “no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa”, esto es, a partir de la *ratio* que justifica la mayor penalidad de la conducta dolosa¹³. En este contexto, hay acuerdo en sostener que la mayor gravedad de la conducta dolosa se fundamentaría en que expresa la oposición a los fines del Derecho penal y al sentido de sus normas, desde la perspectiva subjetiva, esto es, una decisión a favor de la lesión del bien jurídico¹⁴. Ahora bien, el acuerdo generalizado sobre la *ratio* del dolo y su naturaleza normativa no empece para que se sostenga que el jurista delimitaría un sector de la realidad a partir de dicha *ratio*, no lo crearía¹⁵. En particular, no crearía el sector de la realidad psicológica humana que interesa al Derecho penal, como tampoco crea el ámbito de la realidad objetiva que valora; de modo que la naturaleza normativa del dolo no impide que éste tenga un sustrato fáctico de carácter psicológico. Simplemente, del fundamento en

¹² Por ello aunque se pueda distinguir entre las concepciones normativas sobre el concepto del dolo y las concepciones normativas sobre la determinación del dolo (cfr. RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 287), sin embargo, la falta de coincidencia absoluta entre los autores que se adscriben a una u otra tesis, puesto que no todos los que defienden la primera defienden la segunda (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos, pp. 73, nota 1, p. 86), debe conducir a la existencia de teorías mixtas; esto es, a ampliar los criterios de clasificación. En el mismo sentido se ha señalado que autores que sustentan planteamientos normativos, se atienen, a la vieja tradición psicológica al seguir concibiendo el dolo como saber y querer. Cfr. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos, p. 86; VIVES, Fundamentos del Derecho penal, p. 234, nota 79.

¹³ La cita es de HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, ADP 1990, p. 915. Ya antes ROXIN, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit –BGHSt 7, 365, en JuS 1964, pp. 53 y ss. (se cita por Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1973), p. 223.

¹⁴ Ya ENGISCH, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930, 2ª reimpresión München 1995, p. 117, señaló que para la distinción entre el dolo y la imprudencia debía tenerse en cuenta el distinto nivel de reprochabilidad que en cada uno representaba la “actitud [del agente] hacia el mundo de los bienes jurídicos”. Esta idea fue recogida por ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, pp. 224 y ss; STRATENWERTH, AT I, 3ª ed. NM 255; RUDOLPHI, SK, §16, NM 39. Con posterioridad en sentido muy similar, por todos, FRISCH, Vorsatz und Risiko, pp. 139, 482; HASSEMER, ADP 1990, pp. 915-916 y ss..

¹⁵ Especialmente en este sentido SCHÜNEMANN, De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo, en Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid, 2002, pp. 109 y 110. Sostiene que en el dolo se trata en primer término de “un suceso de la consciencia” que debe ser valorado jurídicamente, pero que sin realidad no hay nada que valorar. Desde otra perspectiva también BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo, Milán, 1960, p. 29, sostiene que es claro que dolo y culpa “no son puras creaciones del mundo jurídico: no lo son de hecho la voluntad y la representación que constituyen su esencia”. O en general sobre la relación entre ontologismo y normativismo sostiene que “el Derecho absorbe algunos aspectos del mundo físico y fenoménico, cualificándolo desde su punto de vista. Tal sustrato naturalístico permanece siempre” (op. cit. p. 25). Incluso, JAKOBS, Derecho penal, p. 376, “el Derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esta realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la Psicología pueden parecerle meros fragmentos”.

el que se sustente la valoración como más grave de la conducta dolosa dependerá el ámbito de lo psicológico que se acote como requisito para la concurrencia de dolo.

2. Sin perjuicio de que cuando se afirma la tendencia a la “normativización del dolo” el término “normativo” tiene diferentes significados¹⁶, sin perjuicio también de que la tendencia no es uniforme y admite graduación, de modo que también las teorías mixtas son en un cierto sentido teorías normativas, en este trabajo me voy a ocupar de las teorías normativas puras, esto es, de aquéllas que excluyen cualquier relevancia de lo psicológico en el dolo. Y, además, no voy a efectuar un análisis global de ellas sino tan solo parcial¹⁷. En particular, me interesa sólo uno de los fundamentos sobre los que se asienta la defensa de las teorías normativas puras del dolo: el referido a los déficits probatorios de las teorías psicológicas; esto es, pretendo analizar en qué medida constituye un fundamento sólido de las teorías normativas del dolo afirmar la imposibilidad de prueba de lo psicológico y cuáles son las consecuencias de los concretos argumentos que sustentan dicha afirmación. Por consiguiente, si las teorías normativas se sustentan en dos fundamentos diferentes, uno referido a los déficits probatorios o de aplicabilidad de las teorías psicológicas y otro referido a que al Derecho penal para el mejor cumplimiento de sus fines no le interesa el dolo como realidad psicológica¹⁸, me voy a ocupar solo del primero, entre otras razones – de espacio- porque este último no es incompatible con defender una teoría mixta sobre el

¹⁶ La doctrina se refiere a la normativización del dolo en el sentido genérico de “objetivización” del dolo, de modo que las teorías normativas serían aquellas teorías que en mayor o menor medida han introducido criterios objetivos en la definición del dolo, renunciando a su configuración estrictamente individual o subjetiva. Así, en un primer grupo se incluyen aquellos autores que han procedido a efectuar una objetivación total del dolo al sostener que la diferenciación entre el dolo y la imprudencia se determina exclusivamente en el tipo objetivo, esto es, en las características de la acción peligrosa realizada (cfr. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, JuS 1986, pp. 254 y ss., 262; EL MISMO, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten*, JZ 1988, 1ª parte p. 573 y ss., 2ª parte p. 635 y ss.; PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, ZStW 103 (1991) pp. 1 y ss., p. 41; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 35 y ss.; NK, § 15 NM 17-155; LA MISMA, *Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. I, Baden-Baden, 2002, § 16, NM 1-48). En un segundo grupo se incluirían todos los autores que bien defensores de una teoría cognitiva, bien partidarios de una de las versiones de las teorías de la voluntad admiten la aplicación de un límite normativo a la toma en consideración de la confianza individual del autor en la no producción del resultado. Se trata de no tomar en cuenta la confianza en la no producción del resultado si ésta es irracional en atención a las circunstancias del caso y a las capacidades del autor. Admiten la restricción normativa desde la teoría del consentimiento ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, pp. 176 y ss, 186 y ss.; SCHROTH, *Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsversatz in der Form des “dolus eventualis”*, NSTZ 1990, p. 325; EL MISMO, *Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit*, JuS 1992, p. 7; en España LUZÓN, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA*, PJ, 23, (1991), p. 94; EL MISMO, *Curso I*, 1996, p. 426; RODRÍGUEZ. MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 62 y ss.; MAQUEDA, *La relación “Dolo de peligro”- “Dolo (eventual) de lesión”*. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”, ADP, 1995, p. 436. Desde las teorías cognoscitivas, SILVA SÁNCHEZ, ADP 1987, p. 657; EL MISMO, *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la “conducción suicida”*, La Ley 1988-3, p. 972; CORCOY, ADP 1985, p. 971; LAURENZO, *Dolo y conocimiento*, pp. 274 y ss.; BUSTOS/HORMAZABAL, DP, II, 1999, pp. 182 y s; también los que distinguen entre voluntad y deseo, así WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 11ª ed. 1969, pp. 68 y s.; o entre esperanza y confianza, ROXIN, DP, PG, par. 12, NM 27 y s., exigiendo capacidad de control para la confianza o evitación; también DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 290 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 6ª ed., Valencia, 2004, pp. 304 y ss.. Desde esta segunda perspectiva ya se habla tanto de teorías cognitivas normativas como de teorías volitivas normativas (ROXIN, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, en *Fest. für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, München, 2004, pp. 245 y ss., 248). Por el contrario, en el texto me refiero a las teorías normativas en un sentido mucho más restringido.

¹⁷ Para un análisis global, mi trabajo, *Invocar la presunción de inocencia en vano. Sobre la naturaleza y prueba del dolo*. Estudio presentado como segundo ejercicio a las pruebas de habilitación a catedrática de Derecho Penal 1/170/2005.

¹⁸ Sobre esto cfr. RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, pp. 275 y ss.

dolo que es la que me parece más correcta. Al tratarse de un análisis parcial no puede ser definitivo, de modo que, aunque la conclusión que se alcance resida en la falta de solidez de este concreto fundamento de las teorías normativas, ello no significa que la defensa de las teorías normativas no pueda asentarse en otros fundamentos, ni tampoco significa que carezca de todo sentido una “cierta normativización” del dolo.

II. LAS ESPECIALIDADES DE LO SUBJETIVO: EXISTENCIA Y CONOCIMIENTO

1. La doctrina penalista mayoritaria, defensora tradicionalmente de una teoría psicológica del dolo, ha partido de que ante la imposible percepción externa de los hechos psicológicos o subjetivos, los elementos del dolo, se definan como conocimiento, representación, previsión, voluntad, intención, o aceptación, sólo pueden ser probados mediante indicios¹⁹. La afirmación de que los hechos internos son inaccesibles a la observación directa y a los métodos de verificación de las ciencias experimentales, ampliamente aceptada, se complementa con la admisión de la prueba de indicios como método de determinación procesal de dichos hechos internos. Se trata, por consiguiente, de que el dolo o sus elementos se consideran acreditados mediante una operación de inducción a partir de hechos objetivos, previamente probados, que sí son susceptibles de percepción y accesibles por los métodos de las ciencias experimentales. Esta comprensión sobre la prueba de los hechos internos se defiende en la doctrina penalista tanto por defensores de las teorías cognitivas²⁰, como por partidarios de las teorías volitivas o mixtas²¹ del dolo y también es sustentada en la teoría general del Derecho²². Así, BENTHAM²³, de forma muy gráfica, sostuvo: “El hecho psicológico, oculto en el interior del hombre, únicamente puede probarse por hechos físicos, que son como la aguja del reloj”.

Las peculiaridades de lo subjetivo no han generado²⁴, por tanto, un escepticismo radical en cuanto a las posibilidades de su conocimiento ni ha conducido a los penalistas a negar con carácter general la propia existencia de los hechos subjetivos o su estatuto fáctico y de objeto de prueba.

¹⁹ En España, por todos BAJO FERNÁNDEZ, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, I, Delitos contra las personas, Madrid, 2ª ed., 1991, p. 41; ZUGALDÍA, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual, ADP 1986, pp. 418, 419; LAURENZO, Dolo y conocimiento, pp. 125 y ss.; Díez RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos, pp. 49, 66 y ss., 323 y ss.; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA (dir.), DP, PG, p. 506; ROMEO, LH al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, p. 923 y ss., sostiene que la parte subjetiva del tipo no es observable directamente “sino que debe ser deducida del conjunto de la acción ejecutada por el autor en el mundo exterior, lo que determina las mayores dificultades probatorias que presenta en el proceso”. Sobre esta tesis en la doctrina alemana, por todos, FREUND, Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”, pp. 3 y ss.. En Italia, por todos BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, pp. 12, 15, 16.

²⁰ RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA (dir.), DP, PG, p. 506.

²¹ ZUGALDÍA, ADP 1986, pp. 418, 419; LUZÓN, Dolo, p. 131, nota 11; MONER, EL dolo y su control en el recurso de casación, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 139 y ss., 152-153.

²² Por todos, GONZÁLEZ LAGIER, JD nº 50, 2004, p. 41.

²³ Tratado sobre las pruebas judiciales, traducción del francés por M. Ossorio, ed. a cargo de J.L. Monereo, Granada, 2001, libro I, cap. V, p. 18.

²⁴ Las peculiaridades de lo subjetivo sí han suscitado muchas dudas entre los filósofos acerca de si los estados mentales son hechos en el mismo sentido que los hechos externos, acerca de cómo encajan en la concepción científica del mundo y acerca de cómo pueden ser conocidos por terceros. Las posiciones van desde el escepticismo ontológico –niegan la existencia de los hechos mentales–, el escepticismo epistemológico –niega la posibilidad de conocer lo mental–, al escepticismo metodológico –que niega la validez de cualquier método de verificación de las proposiciones relativas a los elementos subjetivos–. Cfr. POGGI, Proving Intention, Some General Remarks, en FERRER BELTRÁN/NARVÁEZ, Law, Politics, and Morality: European Perspectives II, On Knowledge and Adjudication of National and European Law, Berlin, 2006, pp. 200 y ss..

2. De este planteamiento mayoritario se distancian quienes sostienen que no se puede afirmar que los hechos dolosos “existen” en el mismo sentido en el que se afirma que los hechos externos existen²⁵, o que difícilmente puede entenderse que el hecho psíquico interno “existe como objeto de prueba”²⁶. La voluntad, la libertad humana, la responsabilidad, la culpabilidad, afirma HRUSCHKA, no constituirían realidades naturales: “como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se *imputa*. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*”²⁷. La afirmación de que un hecho se ha cometido de forma dolosa no implicaría la constatación de realidad psíquica alguna²⁸; la prueba de indicios, mediante la cual se pretende probar el conocimiento, evidenciaría que la realidad interna se deduce por completo de las circunstancias externas²⁹, pero dichas circunstancias externas serían siempre insuficientes para la prueba del dolo, “pues los simples indicios siguen siendo simples indicios, por mucho que se acumulen”³⁰. En un sentido similar, desde la teoría general del Derecho, se sostiene³¹ que “*en lugar* del hecho psíquico interno el juez conoce *sólo* indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de *ese* conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar”, por lo que hablar en este caso de determinación indirecta “pero tipificada” del hecho psíquico es “quizás una inútil complicación formalista”. En su criterio sería más realista entender que el hecho psíquico no es “determinado”, sino “sustituido” “por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria”.

Desde otros fundamentos VIVES³² entiende también que la dogmática penal ha incurrido en el error de considerar el dolo como un proceso psicológico, mental, como conocimiento y/o voluntad, partiendo de una concepción sustancial de la mental³³. El fracaso de este modelo se evidenciaría tanto respecto de las teorías volitivas como de las cognitivas, pues no conseguirían plasmar los matices de sus concepciones sobre el dolo y sus distintas clases en el ámbito probatorio. De modo que si se parte del dolo como un proceso psicológico, no se puede determinar en muchos casos y se acaba operando como si concurriese³⁴.

²⁵ HRUSCHKA, Imputación, p. 155, utiliza a Wittgenstein para sostener que no aparecen en el juego del lenguaje de los científicos de la naturaleza.. “el juego del lenguaje en el que aparece el dolo –igual que la libertad, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad- es otro y no admite hipótesis ontológicas”..

²⁶ TARUFFO, La prueba de los hechos, Madrid, 2002, pp. 163 y ss., 165.

²⁷ HRUSCHKA, Imputación, pp. 154, 155. “Así, acogemos aquellos hechos que son perceptibles por los sentidos, ... como la expresión de algo espiritual que no puede encontrarse en el mundo de los hechos” (op. cit. p. 155).

²⁸ Comienza por afirmar (HRUSCHKA, Imputación, pp. 145 y ss.) que para la doctrina procesalista alemana el dolo es un hecho en el sentido procesal, que tiene que ser probado, para sostener después que si una persona niega el conocimiento y voluntad en circunstancias normales tiene pocas posibilidades de que el juez considere el dolo no probado, porque va a partir de una relación de implicación: “siempre que alguien lleva a cabo una conducta determinada bajo determinadas circunstancias conociendo las características tanto de la conducta como de las circunstancias, quiere a la vez realizar la conducta con dichas circunstancias”, de modo que “cuando alguien ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero no quiso realizarlo, incurre en un *venire contra factum proprium* y, por tanto, en una auto-contradicción pragmática. Sostiene que los jueces no admitirían la excusa de que el sujeto no ha actuado con dolo, operando con una cadena de presunciones en función de las circunstancias externas (op. cit. p. 148).

²⁹ HRUSCHKA, Imputación, pp. 152 y ss.

³⁰ Imputación, p. 154.

³¹ TARUFFO, La prueba de los hechos, pp.163 y ss.. El análisis de este autor se refiere al modelo de la jurisprudencia penal alemana de prueba del dolo mediante indicios-tipo prácticamente tasados.

³² Desde su comprensión de la concepción significativa de la acción de raíces habermasianas, Fundamentos del sistema penal, pp. 203 y ss..

³³ Fundamentos del sistema penal, p. 233.

³⁴ Fundamentos del sistema penal, p. 237.

3. En mi criterio, estas tesis pueden ser compartidas si se interpretan en el sentido de que el *dolo no es una realidad natural*, por lo que su concurrencia no puede decidirse en el proceso penal mediante *una única* operación de determinación fáctica de la realidad natural psicológica del sujeto que realizó el hecho, una única operación de prueba realizada mediante inferencias inductivas a partir de hechos objetivos. Ciertamente, más allá de lo fáctico y de su determinación procesal como objeto de prueba, *el dolo es una realidad normativa, que no existe en el mundo de la naturaleza*; su existencia aparece con el proceso jurídico de enjuiciamiento de un hecho y se construye jurídicamente a partir de los fines del Derecho penal y de las razones para asignar al hecho doloso una mayor pena que al hecho imprudente. El hecho doloso es un *hecho institucional* en el sentido que SEARLE le da a la expresión³⁵, de modo que las reglas conforme a las cuales se decide jurídicamente que un hecho es doloso son reglas *constitutivas*. En este sentido es, en mi opinión, correcto sostener que entre los indicios objetivos y la afirmación de concurrencia de dolo en el sujeto o hay un “hueco” que no se puede rellenar con el uso de una mera inferencia inductiva³⁶ o si se efectúa dicha derivación automática desde los indicios objetivos, entonces se está sustituyendo lo interno-subjetivo por los indicios objetivos³⁷.

Ahora bien, estas tesis no se pueden asumir en la medida en que se interpreten en el sentido de negar la existencia de los hechos psicológicos internos como realidades naturales y como derivación de ellas, y de excluir la posibilidad de asignar cualquier función a dichos hechos psicológicos en la construcción jurídica del dolo. De la afirmación de que el dolo no es una realidad psicológica no puede extraerse la consecuencia de que la realidad psicológica carezca de toda relevancia en la conformación del dolo como realidad normativa; ni de la afirmación de que entre los indicios objetivos y el dolo media un “hueco” que no puede rellenarse con una mera inferencia inductiva puede tampoco extraerse la consecuencia de que la realidad psicológica no exista o no pueda acreditarse mediante prueba indiciaria. Quizás la realidad psicológica a la que apelan algunas teorías del dolo no existe, pero ello no significa que no exista realidad psicológica alguna que no pueda utilizarse en la construcción normativa del dolo. El dolo es un hecho institucional creado a partir de un *hecho bruto de carácter psicológico*.

En segundo término, las especialidades de lo psicológico no conducen a negar ni su existencia ni su carácter fáctico. Los fenómenos psicológicos existen y derivan de una cierta realidad natural, aunque tengan un modo subjetivo de existencia³⁸. Como señala SEARLE, “no tengo duda alguna de que todos los estados mentales subjetivos existen, puesto que yo estoy ahora en uno de ellos, lo mismo que lo está usted”³⁹. Que los fenómenos psicológicos tengan un modo subjetivo de existencia significa sólo que tenemos acceso a ellos mediante la consciencia individual; sólo subjetivamente somos conscientes directamente de las propias sensaciones, de los pensamientos, deseos o conocimientos. Los estados y procesos

³⁵ La construcción de la realidad social, Barcelona, 1995, pp. 44 y ss.. Para una aplicación de las tesis de SEARLE a la construcción de los elementos del delito, cfr. MIR, Límites del normativismo en Derecho penal, en BAJO/JORGE/SUAREZ, Libro Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 665 y ss.

³⁶ Este puede ser el sentido de los razonamientos de Hruschka o de Vives.

³⁷ Este puede ser el sentido de las críticas de Taruffo.

³⁸ En lo que sigue SEARLE, Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente Madrid, 1992, pp. 15, 266 y ss.; EL MISMO, Mentes, cerebros y ciencia, Madrid, 1994, pp. 22 y ss. Su existencia real resulta acreditada tanto porque los procesos cerebrales pueden ser estimulados directamente sin que las realidades externas que los causan normalmente sucedan, como porque pueden ser inhibidos también desde fuera sin que el estímulo externo que normalmente los provoca cese: el pie se siente después de ser amputado, y la anestesia impide sentir el pie y el dolor sobre él mientras está siendo amputado.

³⁹ Mentes, cerebros, ciencia, p. 30.

mentales, como el pensamiento, el dolor, el deseo o las experiencias perceptivas son realidades producidas mediante las estructuras neuronales, “están efectivamente causados por procesos que acaecen en el cerebro” en el nivel neuronal básico y al mismo tiempo son procesos que “se realizan en el sistema mismo que consta de neuronas”⁴⁰. Son fenómenos causados por procesos biológicos cerebrales básicos y se realizan en niveles superiores de los sistemas biológicos cerebrales.

La definición de lo real aceptada por la ciencia desde hace tiempo admite la existencia de realidades cuya existencia no se prueba, ni se accede a ella por observación empírica directa, sino mediante deducción, o mediante inferencias realizadas a partir de otros hechos o mediante cálculos matemáticos⁴¹. La ciencia acepta que lo real va más allá de lo observable, objetivo, público y verificable. Una concepción distinta, negadora de lo anterior, no sólo negaría la existencia de los procesos mentales con los que trabajan la Psicología o la Psiquiatría, sino la existencia de determinadas partículas con las que trabaja la Física cuántica y sin cuya existencia no podría explicarse el funcionamiento del universo. Además, dicha comprensión de lo real coincide con las intuiciones comúnmente admitidas en materia de procesos psicológicos⁴². En consecuencia, nada impide mantener que los fenómenos mentales tienen un estatuto fáctico a los efectos de constituir el objeto de la prueba jurídica⁴³.

⁴⁰ SEARLE, *Mentes, cerebros y ciencia*, pp. 22, 27; EL MISMO, *Intencionalidad*, pp. 15, 30. El concepto de causación mental utilizado no es el tradicional sino que partiendo de los distintos niveles de configuración del cerebro, desde los niveles más básicos, los microelementos causan procesos que afectan los niveles superiores de modo tal que puede afirmarse que dichos procesos “se realizan en el sistema que está compuesto de los microelementos. Hay una relación de causa a efecto, pero al mismo tiempo los rasgos superficiales son sólo rasgos de nivel superior del mismo sistema cuyo comportamiento en el micronivel causa esos rasgos” (*Mentes, cerebros y ciencia*, p. 26). Esto sucede también en las realidades externas u objetivas, pues suele suceder en el progreso de la ciencia que algo originariamente definido en función de sus rasgos superficiales, accesibles a los sentidos “sea subsecuentemente definido en términos de microestructura que causa esos rasgos superficiales” (*ibídem*). A poco que pensemos en los conocimientos de la Genética o de la Física cuántica, veremos como esta afirmación difícilmente puede ser refutada, el descubrimiento de la estructura del ADN, los avances en genética permiten formular explicaciones de fenómenos descritos mediante rasgos de sus manifestaciones en niveles superficiales, “en términos de elementos más fundamentales” (*op. ult. cit.* p. 88). “Nada hay más común en la naturaleza que el que rasgos superficiales de un fenómeno sean a la vez causados por y realizados en una microestructura, y éstas son exactamente las relaciones que se exhiben en la relación de la mente con el cerebro” (*ibídem*). Por consiguiente, aunque se desconozca todavía el detalle de cómo actúa el cerebro para causar los fenómenos mentales, aunque no se conozca el proceso, sin embargo, es posible entender que “hay ciertas actividades electroquímicas específicas que se desarrollan entre las neuronas o los módulos de las neuronas y quizá otros rasgos del cerebro, y esos procesos causan la conciencia” (*ibídem*). Cfr. también *Intencionalidad*, pp. 123 y ss. y 266 y ss.

⁴¹ Como advierte GONZÁLEZ LAGIER (*ID* n° 50, 2004, p. 44) sostener que “un hecho sólo puede ser conocido si puede ser verificado directamente es una concepción ya superada de los hechos y de la epistemología; muchos de los hechos aceptados por los científicos (por ejemplo, ciertas partículas que se supone que componen el universo) no son verificables empíricamente de una forma directa, sino deducibles a partir de otros hechos y ciertas teorías”. También en *Buenas razones, malas intenciones* (sobre la atribución de intenciones), *Doxa* n° 26, 2003, pp. 650 y ss..

⁴² GONZÁLEZ LAGIER, *Doxa* n° 26, 2003, pp. 656 y ss., sostiene que las tesis que niegan ontológicamente los estados mentales chocan con las siguientes intuiciones: que puedo decir qué estados mentales tengo, a través de ciertas sensaciones internas; que muchos de mis estados mentales no sólo tienen una sensación interna sino un contenido –representación–; que mis estados mentales existen aunque solo yo tenga acceso a ellos; que lo que yo decida acerca de lo que haré influirá en lo que efectivamente haga.

⁴³ Sostiene SEARLE, (*Mentes, cerebros y ciencia*, pp. 14, 18 y ss.) que tenemos una resistencia cultural heredada a tratar la mente consciente como un fenómeno biológico igual que cualquier otro. Dicha resistencia se remontaría a Descartes y a su división del mundo en dos géneros de sustancias: las mentales y las físicas. De aquella división se habría heredado una cierta resistencia de la ciencia a considerar la conciencia y la subjetividad como objetos de la ciencia, pues se piensa que ésta debe tratar sobre fenómenos objetivamente observables. Además, de aquella herencia deriva la idea de que la realidad es algo que tiene que ser igualmente accesible a todos los observadores, de modo que lo subjetivo no encaja en dicho modelo. Sobre los

El dato de que los hechos subjetivos no sean accesibles por observación empírica no supone que no exista la posibilidad de llegar a un conocimiento objetivo de los mismos⁴⁴. También lo *ontológicamente* subjetivo puede ser *epistémicamente* objetivo⁴⁵. Desde una perspectiva epistémica, objetivo es aquel juicio cuya verdad o falsedad puede establecerse de forma independiente de las actitudes, sentimientos y puntos de vista de quienes lo emiten o escuchan. Desde una perspectiva ontológica, objetivos son los hechos del mundo, las entidades cuyo modo de existencia no depende de actitudes o sentimientos subjetivos. La subjetividad es un rasgo, una propiedad real de los fenómenos mentales que no impide su conocimiento objetivo. De un lado, “es un hecho puro y simple de la evolución biológica” que se han “producido ciertos tipos de sistemas biológicos, a saber: los cerebros humanos, ..., que tienen rasgos subjetivos”⁴⁶. Y es posible formular enunciados, asertos epistémicamente objetivos referidos a fenómenos ontológicamente subjetivos: “Ahora tengo dolor en la espalda’ informa acerca de un hecho epistémicamente objetivo en el sentido de que lo convierte en verdadero la existencia de un hecho real que no depende de ninguna perspectiva, actitud y opinión por parte de los observadores. Sin embargo, el fenómeno mismo, el dolor real, tiene un modo de existencia subjetivo”⁴⁷. De otro, el modo de acceso directo, exclusivamente subjetivo, a los estados o procesos mentales no nos impide elaborar conceptos sobre ellos que sean *intersubjetivamente* aceptables. El lenguaje hace posible comunicar las propias sensaciones y vivencias subjetivas y, en consecuencia, mediante el lenguaje es posible formular definiciones referidas a los procesos psicológicos que los convierten en conceptos útiles y aplicables para el Derecho⁴⁸.

Por lo demás, este procedimiento es similar al que nos permite definir y utilizar en el Derecho las realidades objetivas, así como hablar de conocimiento científico objetivo. En palabras de HABERMAS, “[l]a descripción de estados y situaciones y de lo que sucede en el mundo objetivo, igual que la autopresentación de las vivencias subjetivas —de acceso privilegiado—, depende del uso interpretativo de un lenguaje común”; de modo que “la expresión ‘intersubjetivo’ ya no se refiere al resultado de una convergencia observable de pensamientos o representaciones de distintas personas, sino al hecho de compartir previamente una precomprensión lingüística o un horizonte del mundo de la vida dentro

argumentos contra la concepción cognoscitivista de “atribución” de intenciones, GONZÁLEZ LAGIER, La prueba de la intención y la explicación de la acción, Isegoría nº 35, 2006, pp. 178 y ss.

⁴⁴ La condición no-observable de los hechos psicológicos, “que los hechos psicológicos sean internos o no-observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos” (GASCÓN, Los hechos en el Derecho, p. 77). Por consiguiente, aunque sea correcto que solo es posible experimentar el propio conocimiento y nunca el conocimiento de los demás (en este sentido RAGUÉS, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, ADP 1996, p. 817), ello no significa que no sea posible “conocer” el conocimiento de los demás, ni tampoco que no sea posible “probar en el proceso” el conocimiento de los demás. Hay otras formas de acceder a la existencia de las cosas y, en todo caso, la prueba en el proceso penal no es un procedimiento de “experimentar” o “percibir” por el juez el conocimiento del acusado. Sobre ello, infra epígrafe III.

⁴⁵ Sobre esto, SEARLE, La construcción de la realidad social, pp. 27 y ss., quien parte de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo es una cuestión de grado.

⁴⁶ Mentes, cerebros, ciencia, p. 30.

⁴⁷ SEARLE, La construcción de la realidad social, Barcelona, 1995, p. 28.

⁴⁸ Su formulación se realiza mediante la utilización de categorías y en esa medida la delimitación exacta de su referente, de la realidad psicológica, es una tarea imposible desde la perspectiva fáctica (sobre las razones de los problemas de la distinción entre la imprudencia y el dolo eventual, MOLINA FERNÁNDEZ, La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal, en LH. Al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 691 y ss.).

del cual los miembros de la comunidad de interpretación se encuentran ya antes de empezar a entenderse unos con otros sobre algo en el mundo”⁴⁹.

Por tanto, si los fenómenos psicológicos son realidades naturales en cuanto derivan de procesos neurofisiológicos –biológicos en sentido estricto–, si es posible diferenciar la subjetividad como propiedad de los fenómenos psicológicos de la forma objetiva de su conocimiento, entonces no resulta fundado negar el estatuto fáctico⁵⁰ de los procesos psicológicos ni fundamentar la esencia o carácter normativo de lo subjetivo a partir tan solo de la especial forma en la que se nos manifiesta individualmente su existencia.

III. CERTEZA Y PROBABILIDAD EN EL PROCESO PENAL: LOS DÉFICITS PROBATORIOS DE LA REALIDAD PSICOLÓGICA⁵¹

1. Planteamiento

Uno de los argumentos sobre los que se asienta la defensa de las teorías normativas del dolo reside en la incapacidad de las teorías psicológicas de satisfacer sus propias exigencias de prueba de los elementos psicológicos del dolo. Ello sucedería incluso si se reduce el contenido del dolo al conocimiento⁵². Para las concepciones psicológicas del dolo, se afirma, la condena por delito doloso solo sería legítima cuando se hubiera probado “la efectiva existencia de determinados conocimientos”; la condena por delito doloso sería ilegítima, por consiguiente, si subsistieran las dudas y no pudiera descartarse que los hechos probados y la realidad coincidieran⁵³, dado que la condena a pesar de la duda implica la instrumentalización del individuo y un trato contrario a la dignidad de la persona. Pues bien, se sostiene que no es posible probar sin “el más mínimo resquicio de duda”⁵⁴, la efectiva existencia del conocimiento a través de la prueba indiciaria, por lo que las teorías psicológicas se encuentran ante la disyuntiva de negar la concurrencia de dolo en la mayoría

⁴⁹ Verdad y justificación, Madrid, 2002, p. 236. Sobre lo objetivo como “contrastable intersubjetivamente”, cfr. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Londres, 1934, (Tecnos, Madrid, trad. 1ª ed., 5ª reimp., 1980), pp. 43. Cfr. también las críticas de SEARLE a las teorías representativas de la percepción y a las perspectivas fenomenistas (Intencionalidad, pp. 72, 73 y ss.). No obstante, ello no significa que el lenguaje sea constitutivo de todos los hechos, en particular, no lo es de los hechos brutos, y sí lo es de los institucionales, cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, pp. 75 y ss., 90, 91. y ss.

⁵⁰ Ahora bien, toda la argumentación no afecta a la cuestión de que la jurisprudencia penal alemana o española, en muchos o algunos casos, realicen juicios de valor “en el aire”, sin apoyo alguno, “inventándose” la realidad psicológica cuando afirman la concurrencia de dolo a partir de pruebas indiciarias.

⁵¹ Desde la filosofía se apunta como argumento epistemológico contra la concepción cognoscitivista de lo subjetivo, que la prueba de la intención es poco fiable o imposible: bien porque la prueba indirecta sería menos fiable que la directa, porque se afirma que no es posible encontrar regularidades que conecten la conducta externa con las intenciones, dado que una misma intención puede ser satisfecha con distintos comportamientos; porque se sostiene que no existe un método de verificación de la corrección de la prueba de la intención más allá de la propia prueba (como sí se tendría respecto de los hechos objetivos que serían experimentables o perceptibles); o porque cuando atribuimos intenciones proyectamos las propias. Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* nº 35, 2006, p. 179. Cfr. POGGI, *Proving Intention*, pp. 198 y ss..

⁵² En el texto expongo la argumentación de RAGUÉS, (*El dolo y su prueba*, *passim*) dado que es quien ha formulado de forma más precisa, extensa y contundente dicha argumentación, y dado que es quien mayor peso otorga a los déficits de las teorías psicológicas en la definición del dolo. Muchos de sus argumentos fueron expuestos en la doctrina alemana ya antes por FREUND, (*Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, Heidelberg, 1987), quien, a su vez, recoge las críticas de la doctrina alemana, añadiendo algunas críticas. En la doctrina española admite algunas de las críticas PAREDES (AFD 2001, pp. 72 y ss, 85 y ss, 89, 90), si bien la asunción parcial de las críticas no le lleva a negar el carácter psicológico del dolo, sino a busca propuestas alternativas que superen las críticas.

⁵³ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, p. 258.

⁵⁴ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, p. 255.

de los casos, lo que las convierte en inoperantes, o de admitir la condena por delito doloso a pesar de las dudas sobre la concurrencia del conocimiento, lo que las hace ilegítimas.

A esta conclusión se llega mediante el siguiente razonamiento. El silogismo inductivo sólo garantiza por sí mismo la corrección formal de la conclusión, de modo que el grado de correspondencia con la realidad de la conclusión alcanzada mediante el mismo deriva del grado de verdad que sea predicable de las premisas que se introduzcan en él⁵⁵. Por consiguiente, para poder afirmar la correspondencia con la realidad de la conclusión indiciaria deben darse dos presupuestos “básicos e irrenunciables”: el primero, que “*las reglas de experiencia que se apliquen a modo de premisa mayor deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad*”, de manera que no basta que dichas premisas no contradigan las reglas de la lógica ni los conocimientos científicos⁵⁶; el segundo que “también los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor en el silogismo indiciario deben corresponderse plenamente con la realidad acaecida”, pues cualquier otro planteamiento incorpora un margen de error que “hace imposible sostener rotundamente que la conclusión del silogismo vaya necesariamente a corresponderse con un hecho realmente acaecido”⁵⁷. Pues bien, ninguna de las dos condiciones se cumplirían.

A partir de la distinción entre reglas que aportan seguridad y reglas que aportan probabilidad, se sostiene⁵⁸ que en la premisa mayor del silogismo probatorio mediante el que se pretende probar el conocimiento solo es aceptable incluir “reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es *seguro* que alguien ha conocido algo”, pero no las reglas que determinan “bajo qué condiciones es *probable*”⁵⁹ un determinado conocimiento”, pues la segunda clase de reglas no cumple con las condiciones mínimas requeridas por una concepción psicológica del dolo como conocimiento, ya que dichas reglas

“no permiten descartar que el caso que se enjuicia pueda ser uno de los supuestos en que no existe de modo efectivo la realidad cuya existencia sólo se considera probable. Si se admite este tipo de reglas en el silogismo de la prueba de indicios, se está aceptando la posibilidad de que la conclusión de dicho silogismo pueda no coincidir con la realidad, lo que, trasladado a la cuestión de la prueba del conocimiento, supone asumir el riesgo de instrumentalizar al sujeto con la condena y de atentar con ella contra su dignidad. Algo que, como ya se ha puesto de relieve, resulta inaceptable desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo”⁶⁰.

La exigencia de que la premisa mayor del silogismo se integre por reglas seguras no podría nunca cumplirse, ya que no existirían reglas científicas seguras sobre cuándo hay conocimiento, ni tampoco reglas de experiencia que aporten algo más que probabilidad sobre el conocimiento ajeno, pues ni se puede descartar que en el caso concreto no se verifiquen, ni tampoco que no se refuten en el futuro y, en todo caso, la aplicación de reglas

⁵⁵ RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 245.

⁵⁶ RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 246. Insiste en que son imaginables reglas de experiencia que sin contradecir reglas de la lógica ni conocimientos científicos sin embargo “no aporten una descripción exacta de la realidad”, y que en ese caso no se pueden utilizar porque incorporan “un margen de error que no permite garantizar que el resultado obtenido con el silogismo indiciario” corresponda con la realidad.

⁵⁷ RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 246.

⁵⁸ RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 249.

⁵⁹ Las cursivas son propias.

⁶⁰ RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 249.

sobre el conocimiento ajeno implica la formulación de un juicio analógico del juez colocándose en la situación de la persona juzgada⁶¹.

Tampoco podría garantizarse, que los hechos de la premisa menor estén probados con certeza absoluta “sin que quepa el más mínimo resquicio de duda”⁶², tanto si son objetivos, como subjetivos –en cuyo caso se habrán considerado acreditados a su vez mediante prueba de indicios, de modo que su certeza no es absoluta-, por tanto, siempre habrá muchas dudas acerca de si coinciden con la realidad.

En suma, para esta tesis no podrían cumplirse ninguna de las dos condiciones exigidas para que del silogismo inductivo surgiera una certeza que excluyera la duda.

2. Valoración

En mi criterio, la fundamentación expuesta no puede sustentar el rechazo de las teorías psicológicas del dolo y la paralela asunción de las teorías normativas, y ello con independencia de que el punto de partida esté fuera de duda: el silogismo inductivo solo garantiza la corrección formal de la conclusión y no garantiza por sí mismo la verdad de lo concluido; y, con independencia también de que comparta la idea de que no es posible probar con certeza absoluta la existencia de fenómenos o estados psicológicos como el conocimiento o la voluntad. Varias son las razones que me impiden compartir la tesis expuesta: en primer término, esta tesis parte de una concepción de la prueba en el proceso penal que no encaja con las pretensiones posibles de veracidad en el proceso, de modo que si la imposibilidad de alcanzar certeza absoluta en la prueba de los hechos subjetivos a partir de prueba indiciaria conduce a negar su carácter fáctico y a asumir su carácter normativo, dicha comprensión conduciría también a negar el carácter fáctico de los hechos objetivos y a negar la posibilidad misma de existencia del proceso probatorio como instrumento para la formulación de enunciados cuyo sentido es la correspondencia con la realidad extraprocesal; en segundo término, porque para hacer operativas en el proceso penal las teorías psicológicas del dolo se asumen exigencias de certeza absoluta imposibles de aportar no sólo por la Psicología o las máximas de experiencia, sino también por las ciencias empíricas “puras”; por último, porque parte de una comprensión maximalista de las exigencias requeridas por el derecho a la presunción de inocencia respecto del estándar de prueba legítimo que no se aviene con el contenido real de este derecho.

a) Certeza y prueba

1. A diferencia del científico, a quien le interesa el conocimiento de los hechos para formular leyes generales como explicación de sucesos repetibles de forma indefinida, al juez le interesan hechos irrepetibles del pasado para determinar si efectivamente sucedieron. Suele afirmarse que el hecho a probar se asemeja, entonces, al hecho histórico y que la determinación de los hechos en el proceso es una actividad que puede ser enmarcada en el ámbito de las ciencias ideográficas⁶³, como la Historia. La verdad procesal sería, pues, un

⁶¹ RAGUÉS, El dolo y su prueba, pp. 249-253. No habría, en su opinión, disciplina científica que se atreva a aportar reglas de validez irrefutable sobre la existencia de conocimiento en una persona –conocimiento ajeno y pretérito-.

⁶² RAGUÉS, El dolo y su prueba, p. 255.

⁶³ Frente a las ciencias nomotéticas –que son las que tienen como objetivo formular reglas generales-, las ciencias ideográficas son las que explican hechos concretos irrepetibles. La diferencia procede de WINDEL BAND, *Geschichte und Naturwissenschaft*, Tübingen, vol. 2, pp. 136-160, cit, por NAGEL, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, 2ª reimp., Barcelona, 1989, p. 492.

tipo particular de verdad histórica y la forma de enfrentarse a los hechos por el juez tendría ciertas similitudes con la forma de aproximación a los hechos del historiador, dado que no cabe un conocimiento directo –la observación– de hechos pasados⁶⁴. En la medida en que el hecho cuya existencia se pretende probar es un hecho del pasado ya finalizado –pretérito–, y dado que solo se pueden observar los hechos cuando están sucediendo, el conocimiento judicial de los hechos nunca puede acudir a la observación para su comprobación e implicaría siempre una forma de acceso indirecto a los hechos.

El carácter irrepetible y pretérito del hecho a probar determina que la formulación judicial de enunciados fácticos sea una operación en la que se intenta, desde el presente y con hechos del mismo, acreditar que el hecho del pasado ha sucedido, de modo que el juez tiene que reconstruir lo sucedido a partir de los vestigios de ese hecho pasado que permanecen en el presente formulando una hipótesis de explicación a partir de los mismos. Por ello el conocimiento judicial de los hechos es siempre mediato, indirecto. Probar un hecho es establecer una inferencia desde las pruebas a la proposición fáctica –declaración de hechos probados– que tiene carácter inductivo⁶⁵. Es un tipo de razonamiento inductivo,

⁶⁴ Sobre ello ya ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Munich, 1963, p. 6; EL MISMO, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, p. 70 y ss.; WROBLESKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, 1989, p. 185; CALAMANDREI, *El juez y el historiador*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1961, pp. 107 y ss.; FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penal*, en Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Turín, 1993, p. 216; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, *Doxa*, n° 12, 1992, pp. 271 y ss.; TWINING, *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, Evanston (Illinois), 1990, pp. 103 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999, pp. 116 y ss. Esta analogía entre los objetos –hechos individuales pasados– y métodos –de conocimiento indirecto y no observacional– de la Historiografía y el conocimiento judicial constituyen una simplificación de la Historiografía que obvia aspectos de diferenciación especialmente relevantes; de un lado, al historiador no siempre le interesan ni en exclusiva hechos individuales; cuando es así tampoco los selecciona por razones similares a las del juez (en el caso del historiador por su interés particular, por su relevancia social, política o económica); tampoco le interesan para establecer si han sucedido sino para formular explicaciones de los mismos; de otra parte, el método historiográfico, sus características, similitudes y diferencias con el científico es objeto de un debate interno que no puede simplificarse con la afirmación vaga de que se trata de conocimiento indirecto mediante pruebas, y también remite a problemas epistemológicos generales. Cfr. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche*, *Riv. Dir. Pro.* 1967, pp. 438 y ss.; EL MISMO, *La prueba de los hechos*, pp. 338 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, 2000, p. 52. Concluye este autor (p. 340), “la explicación de esa semejanza parece residir más bien en el hecho de que en alguna medida, aunque sea en el ámbito de contextos muy distintos, puede suceder que en algunas ocasiones el historiador deba afrontar un problema del mismo tipo que el que habitualmente se plantea el juez: cuando esto se produce no se da una situación típica del historiador (o del juez o de ambos), sino una situación en la que entran en juego los criterios generales del conocimiento general. Hay, pues, una semejanza en la medida en que la solución del problema del historiador y la del problema del juez estén, *cada una por su parte*, vinculadas a problemas epistemológicos de orden general”. Contra este planteamiento que pone de relieve sobre todo las semejanzas entre el historiador y el juez, FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, pp. 152, 153.

⁶⁵ BENTHAM, *Tratado de las pruebas*, libro I, cap. IV, sostuvo “En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal [prueba] un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho./ Por tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar, el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. / Toda decisión fundada sobre una prueba, actúa, por tanto, por vía de conclusión: dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro”. Cfr. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp. 19 y ss.; TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pp. 327 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 51 y ss., 129 y ss.; FERRUA, *Contraddittorio e verità*, p. 216; IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, pp. 17, 28, 203 y ss., 205; EL MISMO, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, 1999, pp. 35 y ss.; BONORINO, *Lógica y prueba judicial*, *AFD* 1999, pp. 19 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, pp. 101 y ss., 118; MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Sevilla, 1999,

diferente de la inducción en sentido estricto, pues si ésta implica una generalización, es decir, un proceso de razonamiento que va de lo particular –hechos concretos- a lo general –regla-, en la inducción procesal se opera más bien a la inversa, aplicando reglas generales –máximas- a las pruebas para concluir los hechos probados. Se habla de razonamiento inductivo en el sentido amplio en el que la inducción se equipara a todo razonamiento en el que la conclusión a partir de ciertas premisas consideradas verdaderas no tiene carácter necesario, sino meramente probable. Esto es, la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión alcanzada pues ésta última siempre implica un salto respecto del conocimiento aportado por las premisas. Esto significa que en la aplicación de las inferencias inductivas siempre hay un riesgo de error inevitable, pues deriva de su propia estructura. También se denomina a este tipo de razonamiento “hacia atrás” abducción o retroducción, pues difiere tanto de la deducción –porque no establece relaciones de necesidad- como de la inducción en sentido estricto –porque la conexión no parte de lo particular y conduce a lo general, sino que se inicia en lo particular y concluye también en lo particular-⁶⁶.

Desde la perspectiva de la estructura lógica del razonamiento probatorio, toda prueba es indirecta o indiciaria, ya que toda prueba que no implica percepción personal directa es una prueba indiciaria⁶⁷, pues siempre requiere al menos la realización de una inferencia, la que conecta la prueba con la proposición fáctica. En realidad, no hay pruebas directas en el proceso. No son pruebas directas las declaraciones de testigos presenciales, porque lo único que prueban *directamente* es que dichos testigos manifestaron haber presenciado los hechos⁶⁸; pero para considerar probado el hecho tal y como un testigo presencial afirma que sucedió es necesario razonar que no miente, que no sufrió un error de percepción (fruto de anomalías personales, o fruto de que alguien se disfrazó del presunto asesino...), o un error de memoria, y la verificación de todas estas circunstancias “fácticas” se efectúa a través de inferencias inductivas y, por tanto, tiene también carácter probabilista. La diferencia entre las denominadas pruebas directas y las pruebas indiciarias no reside ni en el tipo de razonamiento realizado ni en la clase de conocimiento que aportan, pues en ambos casos el método de conexión entre hecho probado y prueba es inductivo y en ambos casos la proposición fáctica formulada expresa tan sólo una verdad probable. [S] Tampoco las pruebas directas tienen por objeto el hecho jurídicamente relevante –el presupuesto fáctico de aplicación de la norma-, sino la aserción relativa a ese hecho que reúne los elementos para integrar el supuesto de hecho de la norma⁶⁹. La única distinción estructural entre pruebas directas e indirectas reside en que las segundas, las pruebas indiciarias o indirectas,

p. 15; GONZÁLEZ LAGIER, Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II), JD n° 47 2003, pp. 37 y ss..

⁶⁶ Sobre la abducción como modelo de razonamiento distinto de la deducción y la inducción PEIRCE, Collected Papers, vol. II, Cambridge (Mass.), 1960, pp. 372 y ss., vol. V, pp. 122 y ss., vol. VII (1958), pp. 121 y ss.; en castellano en Escritos lógicos, Madrid, 1968; EL MISMO, Deducción, inducción e hipótesis, Buenos Aires, 1970. ECO, Il signo dei tre. Holmes, Dupin, Peirce, ed, por Eco y Th. A. Sebeok, Milán, 1983, pp. 15 y ss., 27 y ss., 137 y ss., 215 y ss., 235 y ss.; en España en relación con el razonamiento judicial ASÍS, Sobre el razonamiento judicial, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.. Aunque se define de distintas formas, se trata de un razonamiento que pretende explicar ciertos hechos observados aplicando una regla que funciona como premisa mayor del silogismo, y tomando como premisa menor elementos del hecho observado, formulando una hipótesis de explicación del hecho que es la conclusión –en todo caso solo probable-. Se pone un ejemplo manejado por ECO: en una mesa hay unas cuantas judías blancas y al lado una bolsa. Se parte de una regla considerada probable: todas las judías de la bolsa son blancas, un dato fáctico, las judías de la mesa son blancas, y se concluye que las judías de la mesa son de la bolsa.

⁶⁷ Por todos, ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3ª ed., Heidelberg, 1963, pp. 66 y ss., 71; BONORINO, AFD 1999, pp. 19 y ss..

⁶⁸ Cfr. HRUSCHKA, Sobre la difícil prueba del dolo, p. 153: “una confesión no es nada más que un ‘simple indicio’ de que quien confiesa ha cometido el hecho dolosamente”.

⁶⁹ GONZÁLEZ LAGIER, JD n° 47 2003, pp. 44-45.

presuponen un mayor número de eslabones en la cadena de inferencias. De modo que, ciertamente, desde esta perspectiva, la prueba indiciaria aporta, normalmente, un grado de probabilidad lógica menor que la prueba directa⁷⁰, pues, de alguna manera, cada eslabón inductivo adiciona una posibilidad nueva de error.

El razonamiento por el cual se declaran probados ciertos hechos –se enuncian las proposiciones fácticas– constituye entonces una forma de razonamiento en la que se formulan hipótesis sobre unos hechos –el hecho pasado que se quiere probar–, a partir de otros hechos –pruebas– y unas reglas que conectan ambos. La declaración de hechos probados no es nunca, por consiguiente, absolutamente cierta, sino que encierra siempre un grado de falsedad probable, constituyendo el grado de probabilidad de la hipótesis “un buen criterio para su justificación”⁷¹, esto es, para considerar acreditada la hipótesis. El carácter probable de la verdad procesal la convierte de forma inevitable en falible⁷². La falibilidad del juicio fáctico realizado en el proceso penal tiene como consecuencia inevitable la necesaria aceptación del carácter irremediable de la posibilidad de condenar a un inocente y de absolver a un culpable; aceptación que sólo será legítima en el Estado de Derecho en la medida en que los costes de dicha falibilidad redunden en la libertad de los inocentes⁷³.

2. Si todo lo expuesto es correcto, si la calidad epistemológica del tipo de verdad que se alcanza en el proceso es siempre la misma, es una verdad probable y no absoluta, entonces la misma razón que sustenta el rechazo de la inclusión en el silogismo probatorio de las reglas de la Psicología u otras reglas de experiencia, esto es, no aportar seguridad sino solo probabilidad, operaría como fundamento para negar la racionalidad y legitimidad del propio proceso probatorio, pues el riesgo de condena de un inocente deriva de la estructura misma del razonamiento y método del procedimiento jurídico probatorio. Si en el proceso penal siempre se aventuran hipótesis de explicación de hechos concretos –pretéritos– a partir de otros hechos y de una regla general sobre esa clase de hechos que se aplica de forma inductiva, entonces nunca se excluirá la duda, ni, por tanto, el riesgo de condena de un inocente. Si desde la tesis comentada es inasumible cualquier riesgo de error en la condena, pues implica la instrumentalización del individuo y el ataque a la dignidad de la persona, si se parte de la radical exigencia de certeza, entonces estas mismas premisas deberían

⁷⁰ BENTHAM, Tratado de las pruebas judiciales, libro I, p. 365, afirmaba “en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a éste su fuerza probatoria”. FREUND, Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”, p. 5. Cfr. también sobre los criterios de diferenciación, TARUFFO, La prueba de los hechos, pp. 455-456, si bien en contra de la idea de que una cadena de inferencias implique siempre menor probabilidad desde la perspectiva de la inducción lógica (op. cit. pp. 265 y ss, 273 y ss.). En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria” (STC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2); STC 186/2005, de 4 de julio, FJ 6, sostiene que un hecho-base (indicio) del que se infiere otro, puede a su vez considerarse acreditado mediante indicios, no lo impide la Constitución ni el derecho a la presunción de inocencia, pero que la inferencia es más débil. “Hay que admitir que no cabe excluir *a limine* la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia”.

⁷¹ GASCÓN ABELLÁN, Los hechos en el Derecho, p. 115; LA MISMA, La posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, JD n° 54, 2005, p. 82.

⁷² Cfr. notas anteriores y STEIN, ‘Gewissheit’ und ‘Wahrscheinlichkeit’ im Straverfahren, en Wolter (Hrs.) Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Berlin, 1995, p. 248.

⁷³ Con detalle mi trabajo, Invocar la presunción de inocencia en vano, capítulo segundo.

conducir a negar el proceso probatorio en sí, también respecto de los hechos objetivos. Expresado de otra manera: si la imposibilidad de alcanzar certeza respecto de los estados psicológicos conduce a la normativización radical del dolo, entonces también debería concluirse que la apreciación de la concurrencia de cualquier hecho en el proceso -otros elementos subjetivos, empezando por la voluntariedad de la acción, [S] elementos objetivos del delito así como de la intervención del acusado en los hechos juzgados-, constituye una tarea de pura adscripción normativa, de modo que los enunciados fácticos -la declaración de hechos probados- no tendrían el sentido de corresponder a la realidad extraprocesal a la que se refieren.

En el procedimiento de aplicación de la ley no tendría lógica cabida la determinación de los hechos como proceso probatorio. Tanto la prueba de la realización del hecho por una persona, como, por ejemplo, la prueba de la causalidad entre la acción realizada por la persona y el resultado fáctico producido, presentan el mismo déficit⁷⁴. La realización de los movimientos corporales que interpretamos como acción es un hecho objetivo perceptible por los sentidos en el momento en que se realiza, pero considerar probado tal hecho requiere un razonamiento y no una percepción. De un lado, el hecho que se intenta probar sucede antes de la iniciación del proceso en el que se juzga. La hipótesis de que un juez juzgara hechos realizados en su presencia es jurídicamente imposible, por impedirlo la garantía de imparcialidad judicial. Si la acción se realizara ante el juez, el juez que presencia dicha acción deja de poder serlo al estar afectada su imparcial por un conocimiento extraprocesal de los hechos, lo que paralelamente le convertiría en posible testigo y, por consiguiente, le imposibilitaría para cumplir la función judicial de forma imparcial, dado que con su testimonio apoyaría la tesis de alguna de las partes. De otro, si la verdad o falsedad son predicados relativos a los enunciados asertivos -los que se refieren a la existencia de hechos- y no a los hechos mismos, la veracidad de un enunciado asertivo referido a un hecho singular no se hace “evidente” por percepción sino que surge de un procedimiento de justificación. Un enunciado singular o básico no se justifica por experiencias inmediatas. La percepción, la observación sólo son experiencias perceptivas que como tales tienen carácter subjetivo, por lo que por sí mismas no aportan conocimiento objetivo de los hechos⁷⁵.

Si se exige certeza absoluta como requisito de racionalidad y legitimidad de la prueba, se ha de negar la racionalidad y la legitimidad no ya de la prueba del dolo entendido como estado psicológico, sino también del proceso probatorio de los hechos externos u objetivos, y, en definitiva del proceso probatorio como procedimiento para establecer la correspondencia -una vinculación de verdad- entre los enunciados probatorios y la realidad fáctica extraprocesal⁷⁶.

⁷⁴ Por todos, GONZÁLEZ LAGIER, *Doxa* n° 26, 2003, p. 661.

⁷⁵ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, pp. 43, 89 y ss., 104.

⁷⁶ Sobre la concepción de la verdad como correspondencia cfr. TARSKI, *The Concept of Truth in Formalized Languages* (1936), en *Logics, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956, pp. 152 y ss.; EL MISMO, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, en M. Bunge (ed.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos aires, 1960, pp. 114, 115 y ss., 143 (es traducción de *The Semantic Conception on Truth and the Foundations of Semantics*, 1944); POPPER, *La lógica de la investigación científica* p. 255, nota 1; EL MISMO, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, 1983, p. 272; EL MISMO, *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, Madrid, 1974, p. 286; SEARLE, *La construcción de la realidad social*, pp. 203 y ss. Una recopilación de los trabajos de los autores más representativos de las distintas corrientes filosóficas sobre la verdad, cfr. NICOLÁS/FRAPOLLI, *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1997. Parten de esta noción de verdad para el proceso FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 47 y ss., 65, 66; TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pp. 59 y ss. 169 y ss.; IGARTUA, *Valoración de la prueba*, pp. 18, 189 y ss., 192; GASCÓN

Sin embargo, hay buenas razones⁷⁷ para mantenernos en esta concepción de la prueba derivadas de la propia esencia dual del Derecho penal como instrumento apto para alcanzar fines sociales –prevenir delitos- y como instrumento garantista –apto para prevenir un uso ilimitado del *ius puniendi* estatal-; tanto del fundamento funcional del Derecho penal como de su fundamento valorativo derivan argumentos sustanciales para mantenerse en la idea de que ha de existir un proceso probatorio cuya pretensión sea la de conseguir en la medida de lo posible la correspondencia de los hechos probados con la realidad externa al mismo. Así, de un lado, la posibilidad de prevenir delitos mediante la influencia motivacional de la pena depende de que la sanción se imponga exactamente a quien ha cometido el delito, pues en otro caso el ciudadano no tendrá un motivo para no realizar la conducta prohibida –derivación del fundamento funcional-. Y los principios de legalidad y responsabilidad personal y por el hecho propio exigen que los jueces y tribunales impongan la pena precisamente a quien ha realizado el hecho y lo ha cometido de forma personal y subjetivamente evitable –derivación del fundamento valorativo-.

Más aún, como afirma GONZÁLEZ LAGIER⁷⁸, con razón, si el argumento se toma en serio y se generalizara, si se exige certeza absoluta como requisito de racionalidad “o bien tendríamos que admitir que todo el conocimiento empírico depende de atribuciones normativas (porque la falta de certeza absoluta no sólo afecta a nuestro conocimiento de los estados mentales internos, sino a todo el conocimiento⁷⁹), lo cual es absurdo; o bien se restringe el alcance del argumento a los hechos psicológicos, lo cual parece injustificado, porque entonces se exige una certeza mayor sobre ellos que sobre los aspectos externos de la conducta”.

3. No obstante, se ha de admitir que la prueba de los hechos psicológicos, en la medida en que utiliza una cadena de inferencias con un número siempre mayor de eslabones que los requeridos en la prueba de los hechos objetivos –al exigir siempre el que une los hechos objetivos que se consideran indicios con el enunciado sobre la existencia del hecho psicológico que se pretende probar-, puede aportar un grado de probabilidad menor que la prueba de los hechos objetivos. Pero se tratará de una diferencia lógica, derivada de la estructura de la prueba; no se trata de una diferencia cuantitativa real de grados de probabilidad estadística, pues esta clase de comparación no siempre concluirá en la mayor probabilidad de certeza de los hechos objetivos, dado que ello dependerá del grado de certeza de las máximas utilizadas en la premisa mayor y del grado de certeza con el que se hayan confirmado los hechos de la premisa menor.

b) Certeza y empirismo

1. Esta tesis parece mostrarse escéptica sobre la racionalidad de los resultados de la prueba procesal obtenidos por inducción y evidencia un cierto complejo de acientificidad frente al científico, dado que se presupone que éste es capaz de acceder a la verdad objetiva por métodos distintos a los utilizados en el proceso y porque el tipo de verdad al que acceden éstos sería distinto –la verdad absoluta-, mientras que la verdad procesal tiene solo carácter relativo y probable. Pues bien, ni el escepticismo ni el complejo frente a las ciencias está totalmente justificado, pues normalmente se sustenta en una cierta minusvaloración del

ABELLÁN, Los hechos en el Derecho, pp. 52, 62 y ss; FERRER BELTRÁN, Prueba y verdad en el Derecho, pp. 80.

⁷⁷ Sobre ello, ampliamente, mi trabajo, Invocar la presunción de inocencia en vano, capítulo primero.

⁷⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Doxa nº 26, 2003, p. 660.

⁷⁹ Infra epígrafe siguiente.

método de prueba procesal y en un cierto desconocimiento y sobrevaloración del método o métodos científicos⁸⁰.

Como afirma FERRAJOLI, “la idea ... de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica”⁸¹, porque al menos desde POPPER⁸² se admite que tampoco las teorías científicas están dotadas de un valor de verdad absoluto, en el sentido de que se pueda excluir con certeza absoluta que contengan o impliquen proposiciones falsas. Más aún, POPPER puso de relieve cómo las denominadas ciencias puras también utilizaban la inducción en la formulación de leyes e intentó delimitar un método científico racional que superase algunos problemas de la inducción, pero admitiendo la imposibilidad de acceder a verdades absolutas. La verdad de una teoría científica o de cualquier proposición empírica es siempre contingente y relativa, dependiente del estado del conocimiento del momento en el que se formulan las proposiciones y de las experimentaciones y experiencias realizadas, por ello es solo una verdad aproximada, que se considera más plausible que otras en atención a su mayor capacidad explicativa y en atención a haber superado ciertos controles de refutación⁸³.

Desde entonces se admite que a través de las denominadas ciencias puras tampoco es posible establecer conocimientos seguros, pues si bien es posible establecer una regla no probabilista mediante la observación de hechos pasados y presentes, deducida a partir de ellos, en todo caso, la aplicación de la regla –que aporta certezas absolutas- a un caso concreto futuro, o a un hecho distinto al directamente observado, solo aporta una hipótesis probable de explicación del mismo. De la validez de la regla general como explicación segura de casos pasados y presentes directamente observados –obtenida por deducción- no se infiere con la misma clase de certeza que la regla enunciada se vaya a seguir verificando en el caso concreto o se haya verificado en otros no observados directamente. La operación de aplicación de la regla general a un caso concreto es una operación de inducción, que solo ofrece verdades probabilistas, nunca certezas absolutas, dado que la eventualidad de que la regla se verifique en el caso concreto depende de que las condiciones de verificación permanezcan constantes, y ésto, la afirmación *ad casum* del mantenimiento de las condiciones previas bajo las cuales la regla se verifica, constituye siempre una predicción⁸⁴. Ello mismo hace que las leyes científicas en tanto que universales solo puedan formularse en cuanto producto de la inducción, ya que nunca derivarán ni de la verificación de todo el “universo” de hechos, ni de condiciones enteramente verificadas; las leyes universales contienen en esa medida predicciones sobre el comportamiento de eventos futuros no

⁸⁰ Como afirma IGARTUA, Valoración de la prueba, p. 24, “reivindicar responsablemente la posibilidad teórica implica sacudirse de encima el realismo ingenuo y cualquier forma de empirismo elemental”. En sentido similar, GASCÓN ABELLÁN, Los hechos en el Derecho, pp. 154 y ss.

⁸¹ FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 50.

⁸² Desde la publicación de la lógica de la investigación científica en 1934. Una historia y evolución sobre “el viejo problema de la inducción”, y la teorías de conocimiento desde el empirismo de Hume al realismo interno de Putnam, puede consultarse en GASCÓN ABELLÁN, Los hechos en el Derecho en el Derecho, pp. 13 y ss.; cfr. ÁLVAREZ, Racionalidad y método científico, en L. Olivé (ed.), Racionalidad epistémica, Madrid, 1995 p. 153.

⁸³ La lógica de la investigación científica, pp. 256 y ss., 259 y ss., 261. En esta última sostiene a modo de conclusión: “El antiguo ideal científico de la *episteme* –de un conocimiento absolutamente seguro y demostrable- ha mostrado ser un ídolo. La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez provisionales. Sólo en nuestras experiencias subjetivas de convicción, en nuestra fé subjetiva, podemos estar ‘absolutamente seguros’”; EL MISMO, Conjeturas y refutaciones, pp. 275, 279 y ss.; EL MISMO, Conocimiento objetivo, pp. 53 y ss., 68-65.

⁸⁴ HUME, Tratado de la naturaleza humana. Autobiografía. Méjico, 1977, Libro I, Sec. XII, pp. 98, 278 y ss.; EL MISMO, Investigación sobre el conocimiento humano, Madrid, reimp. 1986, pp. 47 y ss., 84 y ss.

observados⁸⁵. De ahí que HUME negara la posibilidad de demostrar la conexión causal entre dos fenómenos, que depende de la formulación de una ley general, de modo que, en realidad, no constituiría más que la generalización inductiva basada en la experiencia pasada⁸⁶; y de ahí que también POPPER concluyera que las leyes científicas estaban condenadas a ser refutadas y que no eran más que conjeturas circunstanciadas a los conocimientos válidos de un momento histórico⁸⁷. En consecuencia, solo es posible sostener con sentido que las proposiciones empíricas están confirmadas, es decir, que las hipótesis no han sido –aún– refutadas empíricamente.

Desde el escepticismo epistemológico⁸⁸ anudado al “viejo problema de la inducción”, que parte de una noción de verdad absoluta cuyo conocimiento se convierte en inalcanzable, se ha dado paso, entonces, a admitir el carácter racional de los juicios inductivos, reafirmando la imposibilidad de cualquier otro modo o método de conocimiento. Al conocimiento se accede formulando, mediante inducción, hipótesis probables, que se confirman –corroboran– o refutan por observación empírica de hechos singulares que sirven a la verificación de enunciados básicos o a su falsación, lo que permite la falsación de enunciados universales en la medida en que aquéllos sean incompatibles con éstos⁸⁹. La racionalidad del conocimiento no deriva, entonces, de aportar certeza absoluta, sino de aportar una certeza –provisional–, firmemente asentada mediante los procedimientos de corroboración; esto es, una certeza válida y justificada por estar corroborada, lo que significa que aún no ha sido falsada por enunciados singulares⁹⁰.

2. Si también las leyes universales se formulan de forma inductiva en cuanto se refieren a hechos no directamente observados, la diferencia metodológica apuntada entre leyes que aportan conocimiento seguro y leyes que aportan conocimiento probable se desvanece y con tal desvanecimiento han de decaer las sobrevaloraciones del método científico tanto como el complejo del jurista frente al científico⁹¹.

⁸⁵ POPPER, La lógica de la investigación científica, pp. 60 y ss., 66 y ss. Popper distingue entre enunciados estrictamente universales, que se refieren a la totalidad del mundo, y los enunciados numéricamente universales que se refieren a un conjunto de enunciados singulares, a una “clase finita de elementos concretos dentro de una región espacio-temporal finita e individual”. Los primeros no son verificables porque no se puede registrar la totalidad, que, por definición, es infinita. Por lo tanto, su aplicación a hechos concretos supone una predicción. La segunda clase de enunciados universales si aparecen como enteramente verificados en cuanto se refieren a un conjunto finito y determinado, pero igualmente implican una predicción respecto de otros hechos, respecto de los cuales será necesario razonar que pertenecen a la clase de los hechos a los que se refieren los enunciados numéricamente universales y la afirmación de la pertenencia será siempre una predicción sobre la base de la clase conocida de elementos, caracteres o condiciones que asimilan el hecho singular a la clase.

⁸⁶ Ibidem nota 83.

⁸⁷ Dicho de otro modo, las leyes científicas son hipótesis no refutadas, pero no hipótesis verificadas, Conjeturas y refutaciones, pp. 275, 279 y ss.; EL MISMO, Conocimiento objetivo, pp. 53 y ss, 68-65

⁸⁸ POPPER (Conjeturas y refutaciones, p. 279), habla de los “verificacionistas desengañados” que se pasaron al extremo de negar toda posibilidad de conocimiento racional.

⁸⁹ POPPER, La lógica de la investigación científica, pp. 32 y ss., 39 y ss., 247 y ss.

⁹⁰ POPPER, La lógica de la investigación científica, pp. 234 y ss., 259 y ss. Parten de esta comprensión de la verdad como verdad probable para el proceso penal, HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, Barcelona, 1984, pp. 185; GÓMEZ BENÍTEZ, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, Madrid, 1989. p. 75; FERRAJOLI, Derecho y razón, pp. 65, 129 y ss., 142 y ss; TARUFFO, La prueba de los hechos, pp. 177 y ss., 190; ASENSIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid, 1989, p. 16; GASCÓN ABELLÁN, Los hechos en el Derecho pp. 22, 49; FERRUA, Contradittorio e verità, pp. 222 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, JD n° 47 2003, p. 39; EL MISMO, JD n° 50, 2004, pp. 42 y ss..

⁹¹ Ello no significa desconocer la diferencia entre las leyes o enunciados probabilitarios y las leyes o enunciados científicos, pues los primeros no pueden ser refutados por enunciados singulares, mientras que los segundos sí. Simplemente se quiere decir que la diferencia no reside en lo apuntado por la tesis que se critica.

De todo lo expuesto deriva que, en relación con la prueba del dolo, no se trata solo de que, como afirma PAREDES⁹², no tenga sentido excluir de la premisa mayor del silogismo probatorio las leyes enunciadas por la Psicología porque “no puede exigirse más en un proceso judicial de lo que se exige en la ciencia”, dado que las leyes enunciadas por la Psicología solo permiten establecer regularidades probabilistas, lo que a mi modo de ver es correcto, sino que se trata además de que la diferencia entre las leyes de la Psicología y las leyes formuladas por otras ciencias se difumina en lo que se refiere a su aplicación a casos concretos no observados del pasado, pues en este ámbito ambas clases de leyes se manifiestan como ciencias probabilistas, es decir, solo formulan predicciones⁹³. En su aplicación en un silogismo probatorio, cualquier clase de regla o ley, incluso las científico-naturales universales, se comportan de la misma manera, por lo que nunca podrán aportar certeza absoluta, sino tan sólo probabilidad. Desde esta perspectiva no puede asumirse la diferencia de partida que establece esta tesis entre reglas que determinan con seguridad la constatación del conocimiento y reglas que solo aportan probabilidad, pues ambas en su vertiente aplicativa, que es la contemplada en el proceso penal, aportan solo probabilidad.

Lo expuesto no significa, no obstante, que no pueda establecerse una diferencia de grado en función de los niveles de confirmación de las diferentes reglas o leyes científicas que se utilicen como premisa mayor en el silogismo judicial; así, existe una diferencia sustancial entre las reglas confirmadas en un 20% de los casos observados y las reglas confirmadas en el 99% de los casos; pues a mayor nivel de confirmación de la regla general, mayor probabilidad de que se verifique la regla también en el caso concreto; por ello, el mayor grado de probabilidad con el que ha sido confirmada una regla es una razón para elegir entre las distintas reglas o máximas. Pero estas diferencias son diferencias de probabilidad, esto es, de grados de certeza⁹⁴.

También hay que admitir que las máximas de experiencia con las que se opera respecto de los fenómenos psíquicos no se “confirman” en el mismo sentido que pueden ser confirmadas las leyes de la Física, pues si los estados psicológicos no son accesibles a la observación externa, tampoco las máximas de experiencia referidas a tales estados pueden constituir la enunciación de una regularidad inferida a partir de los fenómenos o procesos “observados”⁹⁵. Pero ello no puede conducir a excluir el carácter científico de las reglas aportadas por la Psicología, sino que habrá que considerar válidos los procedimientos de confirmación que la Psicología considere válidos; habrá que aceptar también que en la enunciación de las máximas de experiencia con las que operan los tribunales penales juega un papel esencial el *trasfondo*, esto es, las precomprensiones arraigadas en la propia cultura jurídica, lo que constituye una razón para estar especialmente vigilante sobre su contenido y aplicación, pero no es motivo suficiente para su rechazo dado que también el *trasfondo* afecta a todo acto de percepción o conocimiento de los hechos objetivos⁹⁶.

⁹² AFD 2001, p. 86. Por cierto que también PAREDES, (AFD 2001, pp. 86, 91), tiene pretensiones de certeza máxima para la prueba de los hechos psicológicos, por ello rechaza la prueba mediante indicios y propone un procedimiento diferente muy atento a las aportaciones de la Psicología.

⁹³ Por todos, FREUND, Normative probleme der “Tatsachenfeststellung”, p. 18; GASCÓN, Los hechos en el Derecho, p. 22.

⁹⁴ El hecho de que la probabilidad sea un *continuum* impide establecer una línea divisoria nítida de porcentajes de probabilidad suficiente para considerar justificada una hipótesis, pero no impide razonar que las diferencias amplias en los niveles de probabilidad constituyen buenas razones para elegir las hipótesis.

⁹⁵ POGGI, Proving Intention, pp. 215 y ss.

⁹⁶ El *trasfondo* (creencias, categorías, presuposiciones culturales...) está presente siempre como condición de comprensión de los significados del lenguaje, o de las interpretaciones del sentido de los actos y hechos de cualquier clase. La percepción no es un acto de recepción pasiva de información a través de estímulos externos que activan los procesos neuronales, sino que la percepción implica selección, formulación de

c) Certeza y presunción de inocencia

1. Del conjunto de garantías que incorpora el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de juicio que impone condiciones a la declaración de culpabilidad, su núcleo irreductible viene determinado por la máxima *in dubio pro reo*, o, máxima conforme a la cual la culpabilidad ha de ser probada “más allá de toda duda razonable”⁹⁷. En esta acepción estricta, el derecho a la presunción de inocencia incorpora dos máximas de naturaleza diferente⁹⁸; la primera impone condiciones de suficiencia al resultado probatorio: las pruebas en las que se sustente la condena deben aportar un cierto grado de verdad probable —según la expresión anglo-estadounidense, “más allá de toda duda razonable”—; y, la segunda regla impone al juez el deber de absolver al acusado cuando a partir de las pruebas lícitas practicadas en el proceso en un tiempo razonable no alcance un convencimiento sobre la certeza de los hechos “más allá de toda duda razonable”. La primera regla constituye una garantía epistemológica⁹⁹, al imponer condiciones de verdad a la proposición fáctica en la que se sustenta la culpabilidad y fundamenta la condena, puesto que exige que sea más verdadera que falsa la hipótesis fáctica sobre la que se asienta la culpabilidad. Sin embargo, la segunda regla contiene y se explica exclusivamente como garantía de libertad individual, pues no impone condición epistemológica alguna a la proposición fáctica que fundamenta la absolución¹⁰⁰. Es decir, para absolver no resulta

hipótesis, procesamiento...; en la percepción influyen el aprendizaje, la motivación, la emoción y todas las características y estados del sujeto, así como el dominio de capacidades y destrezas adquiridas mediante la reiteración y que han pasado a formar parte del transfondo. Cfr. SEARLE, *Intencionalidad*, pp. 66 y ss., 150 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, JD n° 23, p. 20.

⁹⁷ Sobre los distintos contenidos del derecho a la presunción de inocencia, cfr. CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, 2003 y mi trabajo, *Invocar la presunción de inocencia en vano*, capítulo segundo. Señalando también que el núcleo irreductible de este derecho lo constituye el principio *in dubio pro reo*, CAAMAÑO, op. cit, pp. 226 y ss., 230.

⁹⁸ Sobre ello GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, pp. 142 y ss.

⁹⁹ FERRAJOLI (*Derecho y razón*, entre otras, pp. 60 y 549) y ANDRÉS IBÁÑEZ (*Doxa* n° 12 1992, pp. 284 y ss.; *EL MISMO*, *De nuevo sobre la motivación de los hechos*. Respuesta a Manuel Atienza, JD, n° 22, 1994, p. 88) entienden que la presunción de inocencia constituye una garantía epistemológica. Frente a ellos, ATIENZA (*Sobre la argumentación en materia de hechos*, JD n° 22 1994, p. 84) sostiene que la presunción de inocencia no cumple “un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (...) sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de un inocente), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico”. En mi criterio, lo razonado por este autor no está reñido con la idea de que la presunción de inocencia impone, aunque sea por razones prácticas, condiciones epistemológicas a la declaración de culpabilidad. Es decir, el fundamento de la presunción de inocencia es netamente valorativo en la línea de lo señalado por este autor, ahora bien, ello no significa que para cumplir la finalidad de evitar la condena de inocentes no sea recurso útil concebir el proceso probatorio como un proceso cognoscitivo y en esa medida entender que la regla que impone condiciones de suficiencia a la condena constituye una cierta garantía epistemológica. Cfr. en sentido similar a lo defendido, GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, pp. 143 y ss..

¹⁰⁰ Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pp. 246 y ss.. En el mismo sentido GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, pp. 144 y s. Por ello, STC 169/2004, de 6 de octubre, no se ajusta al sentido del derecho a la presunción de inocencia al exigir una fundamentación probatoria de la absolución. Mucho más acertado es el voto particular emitido por las magistradas Casas Baamonde y Pérez Vera y el magistrado Pérez Tremps, que parte de la diferenciación entre motivación del veredicto y motivación de la sentencia, así como de que el veredicto absolutorio no requiere fundamentación: “cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena”

necesario que la hipótesis de la inocencia esté sustentada en elementos de confirmación –de prueba–, ni menos aún que se sustente en elementos de confirmación suficiente como se exige para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad del acusado. Esta segunda regla es sólo una norma sobre el sentido de la decisión que ha de tomarse¹⁰¹ en ciertos casos –absolución–; o, dicho de otro modo, es una orden de tomar una decisión de absolver al acusado evitando el *non liquet* en caso de que los enunciados contruidos a partir de las pruebas practicadas no aporten el nivel de probabilidad requerido para declarar probada la culpabilidad del acusado.

2. Si bien el derecho a la presunción de inocencia incorpora una pretensión de veracidad, no aporta ningún criterio sobre el estándar de prueba exigido¹⁰². Esto es, no indica bajo qué condiciones se puede entender que la hipótesis acusatoria ha sido confirmada por las pruebas de modo que esté justificado aceptar dicha hipótesis como verdadera¹⁰³. Desde la perspectiva en la que me sitúo, conforme a la cual la verdad de los enunciados fácticos no es absoluta, sino relativa o probable, la cuestión a resolver es cuándo una hipótesis sobre un hecho puede considerarse verdadera, lo que implica decidir qué grado de probabilidad lógica se considera suficiente para aceptar que la hipótesis fáctica es verdadera. Dicho de otro modo, si el principio *in dubio pro reo* no contiene elemento alguno para decidir cuándo ha de darse por probado un hecho, se trata de encontrar criterios para decidir cuándo la duda no es suficiente o carece de la cualidad necesaria para poner en marcha la regla que obliga a la absolución en caso de duda¹⁰⁴. Hay dudas que exigen la absolución, pero hay otras dudas que no impiden la legitimidad de la condena.

Aunque la máxima no incorpora criterios para discriminar entre las dudas razonables y las irrazonables, sin embargo, de su propia enunciación deriva que la máxima alude a la diferenciación entre distintas clases de dudas, y no a la diferencia entre certeza absoluta y dudas. De modo que una declaración de culpabilidad se asienta en pruebas suficientes cuando se ha despejado *no cualquier* duda, sino tan sólo “*toda duda razonable*”. Por tanto, de la propia enunciación del principio deriva que una declaración legítima de culpabilidad no requiere certeza absoluta, pues ello implicaría dar relevancia a cualquier duda como fundamento de la absolución, cuando la máxima no lo exige.

De otra parte, es patente que la determinación de qué grado de suficiencia de la prueba es necesario para enervar la presunción de inocencia no puede establecerse con precisión matemática, ni, por consiguiente, puede determinarse una cesura matemática entre dudas razonables e irrazonables. Sin embargo, ello no impide la posibilidad de descartar algunas dudas como irrazonables a partir del fundamento del propio derecho a la presunción de inocencia.

¹⁰¹ Sobre la cuestión por todos, GASCÓN ABELLÁN, Los hechos en el Derecho, pp. 186-187, en el sentido de que se trata de una regla que pretende evitar el *non liquet* cuando el resultado de la prueba no es indubitado; sobre su fundamento en la justicia, FRISCH, en Fest. für Henkel, pp. 273 y ss.; sobre su consideración como norma para la decisión, FREUND, Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”, p. 60; PÉREZ MANZANO, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal, La Ley nº 6566, p. 6.

¹⁰² Sostiene el Tribunal constitucional alemán que, “la proposición *in-dubio-pro-reo* indica al juez cómo tiene que proceder si él no ha alcanzado certeza alguna sobre un hecho necesario para la decisión; no dice nada sobre la medida según la cual el juez puede dar por cierto un hecho. La proposición ‘en caso de duda a favor del acusado’ no se lesiona entonces si el juez hubiera debido dudar, sino si ha condenado a pesar de que él dudó”, BVerfGE (MDR 1975, 468, 469).

¹⁰³ GASCÓN ABELLÁN, JD, nº 54 2005, p. 82.

¹⁰⁴ Cfr. FREUND, Normative Problemen der “Tatsachenfeststellung”, p. 61.

3. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia reside en la libertad de los inocentes, de modo que la presunción de inocencia incorpora y se explica como garantía de libertad. La libertad política, decía MONTESQUIEU¹⁰⁵ “consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad”, y, añadía, “dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas”, de modo que “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad”. La libertad, los derechos de los ciudadanos, no sólo resultan amenazados por la comisión de los delitos sino también por la imposición de penas arbitrarias, esto es, por la persecución, condena y sanción de quien es en verdad inocente. El fundamento de la presunción de inocencia reside, entonces, en servir de garantía de libertad de los ciudadanos frente a la amenaza de condenas injustas. Ante la disyuntiva de condenar o absolver cuando el resultado alcanzado con las pruebas no es un grado de probabilidad suficiente, los ordenamientos jurídicos que reconocen el derecho a la presunción de inocencia optan por la absolución; lo que significa que en la ponderación entre los costes en términos de libertad que comporta la condena de algún inocente –la libertad individual del condenado inocente- o la absolución de algún culpable –el riesgo mediano para la libertad de todos o seguridad colectiva que se ve amenaza con la eventualidad de la reincidencia del culpable absuelto-, se opta por dotar de mayor peso a la libertad de los inocentes.

Esta decisión a favor de la libertad de los inocentes, el resultado de la ponderación que la presunción de inocencia comporta, constituye una decisión valorativa que se asienta en un principio esencial de nuestro modelo de Estado de Derecho constitucional: la preeminencia de la libertad (art. 1.1 CE). De dicho principio estructural básico del modelo constitucional fundado en los derechos fundamentales deriva, de un lado, la máxima conforme a la cual la libertad individual es la regla y su restricción es siempre excepcional, por lo que dicha restricción está sometida a especiales condiciones de justificación; y, de otro, deriva el mayor valor de la protección del estatus de libertad del ciudadano frente a los deberes del Estado de asegurar o proteger el estatus negativo del ciudadano. Los derechos fundamentales son concebidos prioritariamente como derechos que garantizan “esferas de libertad del individuo frente a las injerencias del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”¹⁰⁶. De dicha comprensión deriva la preponderancia de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en su estatus negativo –no injerencia del Estado- frente al fortalecimiento de su estatus positivo –esto es, frente a los deberes de protección del Estado¹⁰⁷-. Se trata de un criterio valorativo de ponderación inherente a nuestro sistema constitucional que tiene una plasmación en el modelo de protección penal de los bienes jurídicos, dado que se castigan más los delitos de comisión activa, los que implican la vulneración del estatus negativo del ciudadano –injerencia en las esferas de libertad ajena-, que los delitos de omisión, que implican la vulneración del estatus positivo del ciudadano –de los deberes de protección o de solidaridad-.

Pues bien, si la libertad es la regla y su restricción es excepcional y si tiene preeminencia el deber del Estado de no injerencia en los derechos de los ciudadanos sobre su deber de protección o aseguramiento de los derechos de los ciudadanos, en el conflicto entre la probabilidad de condenar a un inocente –lo que supone la vulneración por el Estado del estatus negativo del ciudadano en tanto que injerencia directa del Estado en los derechos fundamentales del ciudadano- o dejar algún culpable sin condena –lo que supone la

¹⁰⁵ Del espíritu de las leyes, Madrid, 1972, XII, 1-2, p. 173.

¹⁰⁶ BVerfGE 7, 198, 204.

¹⁰⁷ Por todos JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. 1905, reimp. 1919, ed. por Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 86 y ss.; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, pp. 299 y ss.

vulneración por el Estado del estatus positivo del ciudadano, esto es, la infracción de su deber de asegurar o proteger la libertad de todos-, en este conflicto, prima la libertad de los inocentes.

4. Si de la propia enunciación del principio que discrimina entre dudas razonables y dudas que no lo son deriva que la condena legítima no exige certeza más allá de cualquier duda, del fundamento del derecho a la presunción de inocencia y su carácter de principio que incorpora una ponderación que se resuelve en favor de la libertad de los inocentes, resulta la irrelevancia de ciertas dudas: la de todas aquellas dudas que pervierten el sentido o esencia del procedimiento de ponderación mismo, o que invierten el resultado de la ponderación.

De un lado, si la ponderación implica el cumplimiento simultáneo y parcial de los principios ponderados sin que la satisfacción de uno pueda conducir al sacrificio total del otro, el deber del Estado de proteger a los ciudadanos no puede devenir imposible ante exigencias desorbitadas de despejar cualquier duda sobre la real culpabilidad del acusado. Por ello, han de considerarse irrelevantes las dudas derivadas de las propias limitaciones procesales de acceder a la verdad y las derivadas tanto de las dudas filosóficas sobre las capacidades del ser humano de acceder a la verdad, como de las dudas sobre el conocimiento científico¹⁰⁸, sustentadas bien en las limitaciones de sus propios métodos de verificación, bien en la certeza de que todo conocimiento científico es contingente y susceptible de ser refutado en el futuro. La toma en consideración de todas estas clases de dudas conduciría a negar la posibilidad misma de actuación del Derecho penal en abstracto, o generaría absoluciones masivas que lo harían absolutamente ineficaz, fracasando su función de protección social. La posibilidad de que el Derecho penal cumpla su función es el *príus* lógico del sistema, por lo que se ha de partir, entonces, de las imperfecciones de su método de determinación procesal de los hechos y de las propias limitaciones del método científico.

De otro lado, si la presunción de inocencia incorpora una ponderación que se resuelve a favor de la libertad de los inocentes, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable requiere hacer efectiva dicha ponderación y, por tanto, precisa de una probabilidad de certeza de la hipótesis de la culpabilidad netamente superior a la probabilidad de la correlativa hipótesis de la inocencia¹⁰⁹.

5. Desde lo acabado de razonar, no puede compartirse la tesis comentada que tiene una comprensión maximalista de las exigencias anudadas al derecho a la presunción de inocencia pues parte de una concepción del mismo que no se aviene con el contenido real de este derecho. Así sucede cuando se afirma, por ejemplo, que las exigencias de este derecho serían tan rigurosas como para requerir la exclusión del “más mínimo resquicio de duda”¹¹⁰. Resquicio de duda que, dadas las propias limitaciones de la clase de verdad de los

¹⁰⁸ Cfr. en un sentido similar, pero con una fundamentación distinta, sosteniendo que se descartan como irrazonables las dudas genéricas, derivadas bien de la duda filosófica, o bien del grado de desarrollo cinético o del método probatorio FREUND, Normative Probleme der “Tatsachefeststellung”, pp. 13 y ss., 104 y ss. La cuestión para este autor es cómo resolver bajo qué dudas derivadas de los déficits particulares, se puede condenar de forma legítima; cfr. también, STEIN, en Wolter (Hrs.) Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, p. 251.

¹⁰⁹ Un examen de los distintos estándares de prueba usados en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional puede verse en mi trabajo, Invocar la presunción de inocencia en vano, capítulo segundo.

¹¹⁰ No se quiere con ello decir que sea la concepción defendida sobre el derecho a la presunción de inocencia, sino que es la concepción de la presunción de inocencia que se asigna a las teorías psicológicas. De hecho, para poder defender la operatividad de la presunción de inocencia en el marco del sistema penal, se acoge un

enunciados probatorios del proceso penal, no puede dejar de existir. Por tanto, alegar la eventual vulneración de la presunción de inocencia sobre la base de que en el caso concreto no se ha alcanzado probar un hecho subjetivo con certeza absoluta, carece de sentido, pues el derecho a la presunción de inocencia no comporta la disyuntiva entre certeza absoluta o absolución, sino que tan sólo exige que los elementos fácticos que constituyen el presupuesto de los elementos del delito se hayan probado excluyendo niveles de duda razonables y que el enunciado fáctico referido a la culpabilidad tenga un grado de confirmación netamente superior que el grado de confirmación del enunciado fáctico relativo a la inocencia.

De otra parte, del propio fundamento del derecho a la presunción de inocencia deriva la irrelevancia de ciertas dudas, de aquéllas precisamente en las que se hace hincapié por esta tesis para excluir la posibilidad de prueba de lo psicológico. Como acabo de razonar, las dudas derivadas de las imperfecciones del método de determinación procesal de los hechos, así como de las propias limitaciones del método científico en particular, no pueden avalar la razonabilidad de la duda, pues su toma en consideración conduce a la imposibilidad de que el Derecho penal cumpla su función de protección social y, por tanto, niega lo que es su *príus* lógico. Con estos argumentos, la presunción de inocencia no opera como un principio, pervirtiéndose el sentido que toda ponderación conlleva, sino de forma maximalista como único valor a proteger sacrificando la existencia del propio sistema penal y con ello la protección y aseguramiento de los valores y derechos de la sociedad.

IV. CONCLUSIÓN

La esencia normativa del dolo y la exclusión de su configuración normativa de todo referente psicológico no puede fundarse con carácter exclusivo en las especialidades de los hechos psicológicos como realidades subjetivas, ni en los déficits probatorios inherentes a tal clase de hechos, pues los procesos psicológicos existen como realidades naturales, es posible un conocimiento objetivo de los procesos psicológicos, y la clase de déficits apuntados –la imposibilidad de un conocimiento *cierto* sobre ellos– afecta al conocimiento y prueba de toda clase de hechos en el procedimiento jurídico probatorio. De modo que o prescindimos también de la prueba de los hechos objetivos o adecuamos las pretensiones de prueba de los hechos psicológicos a las posibilidades reales del proceso probatorio. En consecuencia, podemos seguir integrando el dolo parcialmente de un estado o proceso psicológico, que existe aunque sea inaccesible a la observación externa y que podrá ser probado mediante indicios sin que por ello se produzca un deterioro cualitativo de la prueba que impida entender que seguimos en el marco de la “prueba” de los hechos en el proceso penal; y sin que se produzca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haber podido descartar en el proceso de prueba cualquier nivel de duda sobre su real existencia, pues el derecho a la presunción de inocencia sólo exige descartar *dudas razonables*.