

Tesis doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

**LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO
EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA**

Ramon Ragués i Vallès

Director:
Prof. Dr. Jesus-Maria Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal

1998
(4 de 9)

za en las contribuciones de estas disciplinas científicas³¹. Sin embargo, en ámbitos como el de la "determinación del dolo" parece gozar actualmente de una gran vigencia la afirmación que ya en 1964 realizara Platzgummer, en el sentido de que la psicología era aún una ciencia joven³². Tal vigencia se traduce, por lo que respecta a la constatación del conocimiento, en dos hechos concretos: en primer lugar, no se confía en que la psicología u otras disciplinas científicas puedan aportar un mayor grado de certeza que otros métodos acientíficos como la prueba de indicios; en segundo lugar, existe un cierto temor con respecto a los resultados que podrían derivarse de una coherente aplicación de determinados postulados científicos³³.

Diversas son las cuestiones que deben analizarse a continuación para poder decidir si estos recelos y esta desconfianza pueden considerarse

³¹Respecto a la prueba de la imputabilidad a menudo se denuncia que los juristas en general se abandonan en exceso a la opinión de los peritos; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 90. De ello se extrae la idea que la desconfianza de la Administración de Justicia en estas ciencias empíricas no tiene un carácter generalizado, sino que se cree que el recurso a tales ciencias está en condiciones de arrojar luz sobre determinados puntos (p. ej., si el acusado padece una determinada enfermedad psíquica), pero no sobre otros (p. ej., si dicho acusado actuó de modo consciente). Además, el fenómeno de que se ignore la aportación de los peritos en determinados ámbitos no sólo parece atribuible a los jueces, sino también, en muchos casos, a los letrados de acusación y defensa; cfr., MÜLLER-LUCKMANN, "Psychologie und Strafrecht", en GRIMM (ed.) *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, vol. 1, 2ª ed., Munich, 1976, p. 224. Sobre los recelos mutuos entre juristas y representantes de otras ciencias, cfr. PRITTWITZ, "Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teil des StGB", GA, 1994, pp. 456-459.

³²PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964, p. 23. Más recientemente afirma MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 249 que la psicología es aún una disciplina bastante incipiente. Sobre los recelos entre juristas y psicólogos cfr. MUNNÉ, "Reduccionismos y decisiones implícitas en las decisiones judiciales", en SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994, p. 56.

³³En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-321, manifiesta su sorpresa respecto al hecho de que una mayoría de los partidarios de perspectivas psicológico-individuales "siguen pensando excesivamente perturbadora la actividad pericial y proponen que sean los propios tribunales, sin ayuda de expertos, los que comprueben la concurrencia de los elementos subjetivos".

justificados. En primer lugar, conviene estudiar si las ciencias empíricas están actualmente en condiciones de aportar reglas indiscutibles para la determinación del conocimiento ajeno y pretérito que debe averiguarse con el fin de fundamentar una condena por delito doloso. En segundo lugar, conviene valorar si con tales aportaciones se consiguen colmar las exigencias de un concepto de dolo con el que se pretenden generar determinados efectos en la sociedad. Si se consigue responder en sentido afirmativo a ambas cuestiones, el rechazo mostrado por la praxis procesal hacia las ciencias empíricas citadas deberá declararse totalmente injustificado y se contará con una sólida base para afirmar la corrección de la concepción psicológica.

A.2. Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo

Como pone en evidencia Díez Ripollés, la relación entre ciencias empíricas y Derecho penal, especialmente en lo que respecta a los elementos subjetivos del delito, puede establecerse en dos planos distintos: uno relativo a la *formulación* teórica de dichos elementos y otro relativo a su *constatación* en el momento del proceso penal³⁴. En relación con el dolo, en el primer ámbito se analiza si los conceptos que aporta la dogmática resultan adecuados desde el punto de vista de ciencias como la psicología o la psiquiatría; en el segundo ámbito, por contra, se discute si tales ciencias pueden contribuir a la averiguación de los presupuestos fácticos aplicativos del dolo en el momento del proceso penal. En este punto, conviene hacer una breve referencia al primero de estos dos niveles, esto es, al momento de *formulación del concepto de dolo*.

Desde ciertas concepciones psicológicas se sostiene a menudo que el principal problema de comunicación entre ciencias empíricas y dogmática penal viene dado por el hecho de que esta última disciplina trabaja con un concepto de dolo basado en una noción de conocimiento (y, mayoritariamente, de voluntad) que no se corresponde con la auténtica realidad

³⁴Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 306.

psicológica de los individuos³⁵. De ser cierta esta afirmación, las dificultades prácticas resultan inevitables, pues sería absurdo solicitar a un perito que verificase la concurrencia de unos fenómenos psíquicos cuya existencia se tiene por imposible desde la óptica de su disciplina científica³⁶. Para evitar tal absurdo, algunos autores especialmente sensibles a las aportaciones de la psicología o la psiquiatría proponen una reformulación del concepto de dolo que lo adecúe a la realidad psicológica y, adicionalmente, que lo haga apto para la consecución de determinadas finalidades a través del Derecho penal³⁷. En este sentido, uno de los desarrollos teóri-

³⁵Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900, quien acusa a la dogmática de "usar esquemas empíricos aproximativos, inspirados en el sentido común, esquemas absolutamente carentes de base científica". KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz, passim*, crítica, desde la perspectiva de la Lógica emocional (cfr. *supra* IV.1), el conocimiento en que se basan las definiciones tradicionales de dolo y la pretensión mayoritaria de separar voluntad y conocimiento. SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 78, afirma que "la ciencia del Derecho entiende por dolo algo completamente distinto a lo que entienden las otras ciencias". Cfr., igualmente BRESSER, "Die Ermittlung des subjektiven Tatbestandes. Grundsätzlichen über 'Psychologie und Recht'", *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 681. Finalmente, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 54-55, sostiene que "la competencia del Derecho penal para crear sus definiciones está fuera de discusión", aunque entiende que en ellas no se puede "reducir la realidad hasta el punto de que ya no quede nada que dilucidar" y que "incluso en las perspectivas más restrictivas, la apreciación jurídica abarca parte de la realidad que, en el caso de los elementos subjetivos del delito, es una realidad psíquica". Añade este autor que "la formulación de las categorías jurídicas exige un análisis de los procesos psíquicos a los que éstas se refieren, así como la integración de los conocimientos de las ciencias del comportamiento que analizan este ámbito".

³⁶GERCHOW, prólogo a SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, pp. 7-9, afirma que "en ocasiones los científicos opinan que el jurista intenta inferir la realidad con ayuda de un logicismo que es ajeno a ella, mientras que el jurista intenta desentenderse de tales críticas y entiende que los profanos no pueden de ninguna manera aportar comprensión a los intrincados problemas de construcción dogmática". La consecuencia que se deriva de lo anterior es que "muchos conocimientos que tendrían una gran significación para solucionar cuestiones centrales del Derecho penal todavía no se han incluido en la discusión jurídico-dogmática". Sobre las diversas concepciones de la voluntad que manejan juristas y psiquiatras, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 284.

³⁷Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, pp. 893-896, quien rechaza desde una perspectiva psicoanalítica las concepciones tradicionales de dolo y entiende que la "consciente adhesión a los propios dinamismos interpsíquicos antisociales represen-

cos más completos en tiempos recientes es el de *Walter Kargl*, ya expuesto y comentado en otro apartado de este trabajo³⁸. Este autor entiende que los conceptos de dolo que actualmente se manejan son psicológicamente erróneos y, en tal medida, resultan totalmente inadecuados para conseguir con la imposición de la pena efectos de corte preventivo³⁹.

Conviene plantearse ahora en qué medida críticas de este tipo pueden afectar al concepto de dolo que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo para satisfacer una determinada concepción de la pena y del Derecho penal en general⁴⁰. Tal concepto tiene como presupuesto aplicativo el hecho de que un sujeto haya atribuido a su concreto comporta-

tan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa". En el trabajo de TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 42, se defiende la idea de que un concepto de dolo sólo resulta adecuado psicológicamente si en su estudio se tienen en cuenta los motivos que han impulsado a un sujeto a realizar su acción delictiva. Una perspectiva crítica de las teorías usuales del dolo desde el punto de vista de la Psicología de la *Gestalt* en SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz, passim*. Comentarios sobre este trabajo y las críticas recibidas, en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 37 ss. Con todo, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376, advierte que si las propuestas psicológicas pasan por abandonar el requisito del conocimiento contradicen el texto de la ley, pues seleccionan "otra realidad psicológica que la ley penal".

³⁸Cfr. *supra* IV.2.

³⁹Las ideas de *Kargl* tienen como punto de partida la investigación sobre homicidios juveniles llevada a cabo por LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 175. *Lempp* afirma que el Derecho penal y sus instancias de aplicación parten de un modelo de autor parecido al de los fríos y calculadores asesinos de las novelas policíacas, algo que, desde el punto de vista psicológico, apenas suele darse en la práctica, sobre todo en aquellos casos en que la dinámica comisiva tiene un marcado carácter pasional. Con todo, el trabajo de *Lempp* no parece ir dirigido a cuestionar directamente los conceptos habituales de dolo, sino a poner de manifiesto cómo la concurrencia práctica de los presupuestos fácticos de tales conceptos es poco frecuente, pese a lo cual los tribunales siguen afirmando la concurrencia de dolo. Otra visión crítica de las definiciones usuales de dolo desde una perspectiva psicológica puede encontrarse en LANDER, "Zur Psychologie der vorsätzlichen Handlung", en SCHMIDT/KASIELKE (ed.), *Psychologie und Rechtspraxis*, Berlín, 1966, pp. 134-137 y una revisión de dichos conceptos a la luz del psicoanálisis en STRENG, "Psychoanalyse und Strafrecht", *MSchrKrim*, 59 (1976), p. 91.

⁴⁰Cfr. *supra* V.2 y V.4.

miento la aptitud de realizar un determinado tipo penal, una idea que en los tipos de resultado se traduce en la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. Frente a posibles críticas, puede anticiparse que no parece que un concepto como éste tome por base una realidad inexistente, pues es indudable que en la vida cotidiana los individuos realizan continuamente comportamientos a los que atribuyen determinadas capacidades. A modo de ejemplo, quien ingiere un medicamento atribuye por regla general a tal acción la capacidad de mejorar su salud o quien adquiere un décimo de lotería entiende que es posible llegar a ser millonario. De la misma manera, quien vierte cianuro en la copa de la que va a beber su enemigo atribuye a dicha acción la capacidad de producir la muerte de éste. El hecho de que tales juicios de atribución se lleven constantemente a cabo en muy diversas acciones humanas es algo que parece estar completamente fuera de discusión. Por este motivo, un concepto de dolo que se asiente en tales factores puede cuestionarse si se entiende, por ejemplo, que no está en condiciones de satisfacer determinadas necesidades preventivas o pueden ser incluso estas mismas necesidades las que se pongan en tela de juicio. Sin embargo, lo que no puede afirmarse es que este concepto de dolo se base en la concurrencia de hechos cuya existencia práctica se tenga por imposible⁴¹.

Por los anteriores motivos, lo que interesa esencialmente en este trabajo es analizar si las ciencias empíricas están en condiciones de aportar criterios ciertos en el ámbito del proceso para determinar si, en un caso con-

⁴¹Cfr. HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozess*, p. 85: "el contenido del concepto de dolo se forma a partir de las categorías valorativas de la observación social y no puede definirse mediante análisis científico-naturales de la estructura motivacional". En este mismo orden de cosas afirma JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 375-377, que "el Derecho penal tiene una 'psicología esotérica' lo que no quiere decir que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho, pero sí que el Derecho penal escoge los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valora según ellos, lo cual puede ser a veces poco compartible desde el punto de vista de la psicología individual (...) en el dolo los hechos psíquicos es posible recortarlos hasta reducirlos a la consciencia de actuar con posibles consecuencias". A la luz de estas afirmaciones resulta errónea la interpretación de aquellos autores (como EUSEBI, *RIDPP*, 1987, p. 1063) que entienden que *Jakobs* define el contenido del dolo en términos meramente adscriptivos.

creto, el acusado realmente ha realizado el juicio de atribución de capacidad que requiere toda condena por delito doloso. Lo que importa, por tanto, es el papel de dichas ciencias en el momento de *constatación procesal* de determinadas realidades subjetivas. Las posibles críticas de algunas disciplinas científicas al concepto de dolo aquí defendido sólo tendrían sentido si éste se basara en una realidad de imposible existencia práctica, esto es, si se pudiera cuestionar la aplicabilidad genérica de dicho concepto⁴². Pero no parece que sea éste el caso.

A.3. Ciencias empíricas y constatación del conocimiento

Una aplicación de la concepción psicológica del dolo que cumpla con las condiciones de legitimidad que esta misma perspectiva exige, debe respetar una premisa fundamental: *las reglas en que se base la constatación del conocimiento deben aportar certeza, pues sólo de este modo es posible asegurar una plena correspondencia entre hechos probados y realidad psicológica y sólo así, igualmente, es posible garantizar que con la imposición de la pena no se corra el riesgo de instrumentalizar al reo y de atentar contra su dignidad*. De acuerdo con esta idea fundamental, lo que seguidamente conviene determinar es si por parte de las ciencias empíricas se suministran reglas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno y pretérito en que se basa la determinación procesal del dolo.

Un primer problema que se constata en este ámbito viene dado por las dificultades que comporta dilucidar de qué disciplina científica deben ser tomadas tales reglas. Así, ya en este primer punto no resulta sencillo adoptar una decisión a la vista de las tradicionales polémicas entre psico-

⁴²Sobre la aplicabilidad como límite de la creación de conceptos, cfr. *supra* VI.2. No debe perderse de vista que la labor de creación de conceptos debe ser llevada a cabo por la dogmática penal y, en este sentido, las ciencias empíricas sólo servirán para cuestionar la aplicabilidad de dichos conceptos o, en el proceso, para contribuir a la constatación de sus presupuestos fácticos.

logía y psiquiatría⁴³. La cuestión se complica aun más cuando se cae en la cuenta de que dentro de cada una de estas concretas disciplinas existen múltiples corrientes de opinión que no siempre sostienen puntos de vista idénticos. ¿Cómo puede decidir un lego como el juez qué concreta teoría es la que describe correctamente la realidad?⁴⁴.

En segundo lugar, existen serias dudas sobre el hecho de que, a la luz del actual grado de desarrollo de tales disciplinas científicas, éstas puedan aportar algo más que meros cálculos de probabilidad sobre la existencia de un determinado hecho psíquico⁴⁵. La cuestión se complica aun

⁴³En este sentido, la cuestión parece encuadrarse antes en el ámbito de la psicología, definida como "ciencia de la vida mental", que en el de la psiquiatría, definida sólo como "ciencia que trata de las enfermedades mentales" (definiciones tomadas del *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., 1992). Sin embargo la cuestión no resulta, ni mucho menos, pacífica: cfr. al respecto los argumentos de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 321-322, sobre cuál es la disciplina a la que debe recurrir el juez. Cfr., igualmente, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682. Diversas definiciones de la psicología, que parecen atribuirle competencia sobre la cuestión, en KAISER, "Strafrecht und Psychologie", en *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, vol. 1, p. 197, donde se puede apreciar que no existe precisamente unanimidad sobre este punto.

⁴⁴Cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 117, quien afirma que "la reivindicación de la corrección de las teorías psicológicas es relativa y se halla en una situación de competencia con la misma reivindicación por parte de otras teorías". Cfr., también, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 258: "la pluralidad de corrientes en la Psicología y la Psiquiatría no ayuda a contrarrestar la tendencia de los juristas a prescindir de esas ciencias, ya que la primera exigencia para su utilización es la existencia de una cierta, aunque sea relativa, uniformidad de criterios". Este autor (*ibidem*, p. 320) no considera sin embargo que éste sea un motivo para descartar la utilización de expertos en el proceso, afirmando que "discrepancias periciales se producen de forma continuada respecto a diversos componentes objetivos del Derecho penal material, lo que suele llevar a una profundización en el análisis del hecho correspondiente, en lugar de a un cuestionamiento de la técnica o ciencia implicadas".

⁴⁵Cfr. RASCH, "Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung", en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokyo, 1983, p. 50: "el dilema de los peritos psicólogos o psiquiatras se deriva del hecho de que en muchos ámbitos no pueden demostrar sus resultados con la misma precisión y seguridad que tienen, por ejemplo, los expertos en armas de fuego o en grupos sanguíneos". ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 490, entiende que "por regla general, las exploraciones científico-naturales y también las psiquiátrico-psicológicas sólo tienen el grado de validez de las declaraciones de probabi-

más si se tiene en cuenta que los métodos de investigación de estas ciencias exigen un notable grado de colaboración de la persona cuya realidad psíquica se ve sometida a análisis, algo que en el ámbito del proceso penal no parece posible exigir al acusado. Así, resultaría un contrasentido reclamar, por un lado, una plena correspondencia entre hecho probado y realidad como forma de garantizar un pleno respeto a la dignidad del acusado y admitir, a la vez, que dicha dignidad pudiera verse atacada en la fase de investigación procesal⁴⁶. Por si fuera poco, a menudo se plantea que tales investigaciones pueden suministrar datos acerca de determinados aspectos de la personalidad de un individuo, pero difícilmente aportar conclusiones ciertas sobre el contenido de su representación o voluntad en el momento concreto de llevar a cabo un hecho delictivo, pese a que, como afirma expresivamente *Schumacher*, "lo que el juez quiere saber es qué pasaba por la cabeza del autor en el momento de cometer el hecho y no qué paso por dicha cabeza durante las diversas fases de su desarrollo infantil"⁴⁷.

lidad". En su sentencia de 14 de diciembre de 1972 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, pp. 67-68) el BGH afirma tajantemente que "no es posible adquirir un conocimiento seguro desde el punto de vista de las ciencias naturales sobre el contenido de la conciencia de otra persona en un momento concreto". BRESSER, *Lange-FS*, p. 667, va incluso más allá y entiende que en el desarrollo de la psicología, más que avances, lo que se producen son cambios de perspectiva.

⁴⁶Cfr. BRESSER, *Lange-FS*, p. 685. Como ejemplo de lo molesta que para el propio acusado puede llegar a ser en determinados casos una reconstrucción psicológica a fondo, cfr. el supuesto de hecho planteado por GSCHWIND, *German-FS*, pp. 64-65. En este ejemplo, para resolver la cuestión de si una joven muchacha cometió dolosamente un hurto de ciertas cantidades de café y mantequilla, se procede por parte del autor a una minuciosa descripción, no sólo de la trayectoria vital de la acusada, sino también de las relaciones que ésta mantenía con sus familiares más cercanos, así como de sus propias deficiencias motivacionales. En determinados casos, especialmente de delincuencia menor, no debe descartarse que para el acusado acabe resultando menos gravosa la condena que el descubrimiento de datos pertenecientes a lo más recóndito de su intimidad y de su propia personalidad. Extiende la idea de la necesidad de proteger al acusado de investigaciones de la personalidad que puedan entrometerse en los aspectos más privados de su vida, HASSEMER, *Einführung*, pp. 105-106 y 151. Cfr., igualmente, WALTER, *KrimJour*, 1981, pp. 211-212.

⁴⁷SCHUMACHER, "Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht", en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, p. 61; dicha afirmación la sostiene este autor en refe-

Las anteriores consideraciones parecen ser una base suficientemente sólida para excusar la tradicional actitud de desconfianza de los jueces con respecto a la aportación de los peritos en el ámbito de la prueba del dolo, una desconfianza que, como se ha dicho, no se da cuando se trata de constatar determinadas causalidades especialmente complejas o ciertas perturbaciones de orden psíquico sobre las que se fundamentan las causas de inimputabilidad. En estos dos últimos ámbitos las conclusiones a que llegan los peritos suelen decantar en la práctica el sentido de la convicción judicial⁴⁸. Sin embargo, en todo lo que respecta a la imputación subjetiva parece tener especial vigor la idea de que las ciencias empíricas no se hallan en condiciones de reconstruir fidedignamente procesos psíquicos singulares e irrepetibles como el conocimiento ajeno y pretérito⁴⁹. Loos parece estar básicamente de acuerdo con esta afirmación cuando sostiene que

en todas las ponderaciones sobre la competencia de psiquiatras y psicólogos no se puede pasar por alto que también para ellos la consciencia ajena permanece como una *black box* y sólo tienen posibilidades indirectas de aproximación. Por este motivo, como mucho pueden contribuir con declaraciones negativas, pues en las declaraciones positivas sobre el contenido de la consciencia ajena, al igual que la "psicología cotidiana", se basan en el "colocarse en el lugar de otro" regido por la propia experiencia⁵⁰.

rencia a las posibilidades de tener en cuenta en el ámbito del proceso penal las aportaciones de determinados estudios psicoanalíticos.

⁴⁸Cfr. GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 61.

⁴⁹Cfr., en este sentido, las afirmaciones de BRESSER, *Lange-FS*, pp. 682-683 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272.

⁵⁰LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273 y EL MISMO, "Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993, *JR* 1994, p. 510 ss)", *JR*, 1994, p. 513. Cfr., igualmente, KLEB-BRAUN, "Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus 'volljuristischer' Sicht", *JA*, 1986, pp. 316-317. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 1995 (A 1202, ponente Martín Pallín), entiende que la práctica de la prueba pericial psiquiátrica no tiene sentido para determinar cuál es el estado emocional de la víctima de una violación en el momento en que se cometió el delito, afirmando que tal prueba "lo más que puede determinar, es sobre la situación emocional o psíquica que muestra la paciente en el momento de ser examinada".

La postura extrema en este ámbito se basa en la idea de que, en muchos casos, el recurso a las ciencias empíricas está, simplemente, fuera de lugar; como afirma Krauß, "allí donde nos encontremos ante la psique de un autor 'normal', cuyo hecho antijurídico no muestre problema alguno de imputabilidad, el perito psicólogo no desempeña ningún papel digno de mención en la condena o la absolución"⁵¹.

Intentando aportar argumentos para revalorizar el papel de las ciencias empíricas en el proceso, Díez Ripollés afirma que "uno de los argumentos fundamentales a favor de la opción psicológico-individual es su legitimación a través de las convicciones generales de la sociedad" y añade que "el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas, algo que no ha sido siempre así históricamente, y menos en el ámbito del Derecho". De acuerdo con estas ideas, entiende este autor que lo anterior "implica dar carta de naturaleza al planteamiento psicológico-individual en la formulación y constatación de los elementos subjetivos"⁵². Así, parece afirmarse que, cuando los jueces descartan acudir a las ciencias empíricas en el ámbito de la "determinación del dolo", están, en cierto modo, oponiéndose a las convicciones mismas de la sociedad⁵³. Sin embargo, si bien es cierto que la sociedad actual *confía* en las ciencias empíricas como método de aproximación a la realidad, también lo es que *no confía en igual grado en todas las disciplinas científicas* y tampoco de igual manera con respecto a qué cuestiones puede dilucidar tal recurso. En este punto el argumento puede incluso devenir circular: buena prueba de que respecto a algunas ciencias y para determinadas cuestiones no existe tal confianza es preci-

⁵¹KRAUß, *Bruns-FS*, p. 14. Una opinión similar es expresada por BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682.

⁵²DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307. Próxima a tales planteamientos parece estar también la postura de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 459.

⁵³Argumentos similares emplea HASSEMER, *Einführung*, pp. 144-145, para justificar la necesidad del recurso a la prueba pericial en determinados ámbitos del proceso.

samente el hecho de que los jueces no acudan a la prueba pericial psicológica en el ámbito de la constatación del dolo⁵⁴.

A.4. Aportaciones concretas

La obtención de una correcta perspectiva sobre las capacidades reales de las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal de los hechos psíquicos en que se asienta la imputación dolosa hace aconsejable, junto con el desarrollo teórico general plasmado en el apartado anterior, el estudio de las propuestas teóricas específicas que dichas ciencias formulan. A partir de este análisis —basado en los trabajos de los juristas más sensibles a las aportaciones de determinadas disciplinas científicas— debe poderse determinar en qué concretos ámbitos las ciencias empíricas están en condiciones de aportar conclusiones indiscutibles que puedan garantizar una plena correspondencia entre realidad y hechos probados. Sin embargo, ya puede anticiparse que los resultados de esta panorámica serán especialmente decepcionantes⁵⁵.

Uno de los más entusiastas partidarios de las ciencias empíricas, *Günter Schewe*, expone una serie de ámbitos en que la investigación forense acer-

⁵⁴Especialmente interesante a este respecto la STS de 14 de julio de 1989 (A 6243, ponente García Miguel), donde se afirma que la averiguación exacta de la consciencia o intención de una persona “es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento”.

⁵⁵Algo que reconoce explícitamente PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 455. En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 895, quien afirma que “hoy las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal —en una palabra, la moderna criminología— han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática”. Ideas similares expresa MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 11, cuando afirma que “parece, sin embargo, mentira que en el moderno Derecho penal, a la hora de hacer estas valoraciones, en lo que se refiere a la constatación de los elementos subjetivos, apenas se tengan en cuenta los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la Psicología y la Sociología y se siga aferrando a las viejas concepciones de una Psicología asociacionista o puramente mecanicista”.

ca de la capacidad de culpabilidad puede arrojar también luz en lo que atañe a la constatación de los presupuestos fácticos del tipo subjetivo⁵⁶. Este autor llama la atención sobre el hecho de que basar la "determinación del dolo" en la mera apariencia externa de la conducta puede conducir, en determinados casos, a resultados absolutamente incorrectos desde el punto de vista empírico: el sentido externo de conducción que puede presentar una conducta no necesariamente debe corresponderse con la vivencia subjetiva del autor, aquello en lo que, a fin de cuentas, debe basarse la imputación dolosa⁵⁷. En el caso de homicidios que tienen a niños como víctimas, las "investigaciones han suministrado conocimientos que aportan explicaciones sobre la tipología de la situación fáctica, pero también sobre la psicología del autor y no sólo en referencia a la cuestión de la capacidad de imputabilidad"⁵⁸. Otras investigaciones pueden resultar interesantes en el ámbito de los delitos de lesiones con resultado de muerte, ya que respecto a esta cuestión "no sólo son determinantes la forma y entidad de la lesión, sino también las capacidades persona-

⁵⁶Así, afirma SCHEWE, "'Subjektiver Tatbestand' und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit", *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695, que "según la configuración del caso, la contribución médica en la determinación del 'tipo subjetivo' puede consistir en verificaciones somáticas o psiquiátrico-psicológicas". Este autor entiende que el juez no puede pasar por alto, en el momento de probar el conocimiento, determinados datos aportados por los peritos sobre otras cuestiones, como, por ejemplo, cuando "al investigar la capacidad de culpabilidad, el perito constata que concurren en el autor determinadas anomalías psíquicas o defectos corporales como, dado el caso, una miopía extrema". También SCHÜLER-SPRINGORUM, "Der 'natürliche' Vorsatz. Zu seiner Beurteilung durch Richter und Sachverständigen", *MSchrKrim*, 56 (1973), p. 363 ss, considera que determinados datos referentes a la capacidad de culpabilidad pueden y deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el dolo, especialmente en situaciones de intoxicación etílica.

⁵⁷SCHEWE, "Wille und Freiheit — juristische und medizinisch-psychologische Aspekte", en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, pp. 9-10. Este autor hace notar que, en aquellos casos en que el sujeto actúa en situaciones con un fuerte componente emocional, la dirección externa de la conducta, que parece indicar de modo inequívoco que la voluntad del sujeto se dirige a la causación del resultado, puede no corresponderse con las auténticas intenciones de quien la realiza. Cfr., igualmente, EL MISMO, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 103 y pp. 111-112: la conducta externa vendría a ser, entiende este autor, un mero indicio sobre los procesos internos.

⁵⁸SCHEWE, *Lange-FS*, p. 695.

les y los conocimientos del autor. Aquí una visión global de la víctima, por un lado, y de la personalidad del autor, por otro, prometen explicaciones sobre si el desenlace mortal era previsible para este último"⁵⁹.

Sin embargo, incluso en los planteamientos de un autor tan predispuesto a tener en cuenta las investigaciones empíricas como *Schewe*, se constata un evidente reconocimiento de que dichas investigaciones no pueden aportar certeza en la mayor parte de los casos que se les plantean. En este sentido, afirma:

los peritos psicólogos o psiquiatras no tienen nada que dictaminar cuando, por ejemplo, alguien ha disparado contra otra persona y declara haber imaginado hacerlo contra un venado, o sólo haber querido lesionar al agresor en una situación de legítima defensa. Aquí es indiscutible que a dichos peritos no les es posible anticiparse a la valoración judicial de la prueba y que los análisis psiquiátrico-psicológicos no la pueden reemplazar⁶⁰.

La citada valoración judicial sigue desempeñando un papel demasiado importante para que pueda sostenerse que el dictamen de los peritos garantiza una plena correspondencia con la realidad empírica y el recurso que propone *Schewe* a las aportaciones científicas tiene, por tanto, un alcance limitado. Pese a ello matiza este autor:

las declaraciones de los peritos resultan superfluas en la medida en que el juez pueda decidir por sí mismo, pero a éste no le está prohibido recurrir a la ayuda de los peritos siempre que tales conocimientos técnicos le puedan ayudar a decidir. En el "tipo subjetivo" no puede regir nada distinto, siempre que el perito esté en condiciones de realizar de modo efectivo tales contribuciones⁶¹.

⁵⁹SCHEWE, *Lange-FS*, p. 696.

⁶⁰SCHEWE, *Lange-FS*, pp. 694-695.

⁶¹SCHEWE, *Lange-FS*, p. 694. Ideas parecidas parecen defenderse por SCHUMACHER, en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, p. 61, cuando afirma que determinadas investigaciones psicoanalíticas sobre la personalidad del sujeto "pueden ser de utilidad" al juez (cursiva añadida).

Basándose en otros análisis científicos, desde su punto de vista consolidados, *Cornelius Prittwitz* llega a la conclusión de que, cuando un comportamiento típico ha sido llevado a cabo bajo un estado pasional, está empíricamente descartada la existencia de los fenómenos psíquicos en que se basa el dolo eventual⁶². Evidentemente, la enunciación de tal regla se fundamenta en determinadas afirmaciones de las ciencias empíricas y, como parece lógico, también a éstas les corresponderá en el proceso determinar si, en función de la dinámica del hecho, puede entenderse que éste ha sido llevado a cabo bajo un estado pasional⁶³. Afirma en este sentido *Prittwitz* que existe unanimidad sobre los procesos psíquicos que concurren en un hecho pasional y que sólo se discute "sobre los detalles, los conceptos y la cuestión relativa a con base en qué indicios y con qué certeza puede hablarse de hecho pasional"⁶⁴. Pero el mismo autor reconoce que sus conclusiones no van más allá de mostrar, "por lo menos con un ejemplo, los posibles avances en racionalidad y justicia que supone una

⁶²Cfr., en general, PRITTWITZ, GA, 1994, p. 454 ss. Al igual que en la obra de *Kargl*, los trabajos del forense *Lempp* (cfr. *supra* IV.2) sobre el homicidio cometido por jóvenes tienen una gran importancia en las afirmaciones de *Prittwitz*. La coincidencia es plena con SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, pp. 104-105, quien niega la existencia de dolo en los hechos pasionales e impulsivos. Por su parte, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 60, entiende que determinados factores emocionales son posible fuente de representaciones erróneas. Cfr., igualmente en este punto la exposición de ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, p. 21 ss. Plantea sus dudas sobre la cuestión BRESSER, *Lange-FS*, p. 683.

⁶³Sobre los resultados de los análisis criminológicos acerca de los estados pasionales, cfr. PRITTWITZ, GA, 1994, pp. 462-465. En el curso de otro trabajo, EL MISMO, JA, 1988, p. 497, este autor atribuye a la labor de los peritos el mérito de "contribuir al esclarecimiento de los fenómenos subjetivos". Sin embargo, ya en este punto puede observarse la discusión existente acerca de las teorías científicas a que debe acudir para determinar la existencia de un estado pasional; cfr., al respecto, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, p. 17 ss.

⁶⁴PRITTWITZ, GA, 1994, p. 456. Este autor constata que uno de los principales motivos de la renuncia al elemento volitivo del dolo y de la progresiva normativización de este concepto son las dificultades probatorias que plantea y propone a la investigación criminológica unas bases para avanzar en este ámbito (*ibidem*, p. 467 ss), lo que en cualquier caso demuestra que, al menos hoy por hoy, las certezas en este terreno prácticamente no existen.

criminología de la Parte General”⁶⁵. Su trabajo es muestra evidente del inmenso vacío que se da en este ámbito y sus planteamientos sólo una pequeña aportación para tratar de llenarlo.

Georg Freund, por su parte, afirma que “sólo un perito competente puede informar de modo concluyente sobre qué peculiaridades situacionales o personales entran en concreta consideración para una valoración personal divergente (o inexistente) de lo objetivo y cómo tienen que descartarse dado el caso”. Así, añade este autor que “la tendencia de los tribunales a emplear peritos en los delitos de homicidio no sólo resulta loable en lo que respecta a la cuestión de la capacidad de culpabilidad, sino también para alcanzar la *completud del juicio de base nomológico* en relación con la ‘determinación del dolo’”, es decir, para aportar reglas de experiencia que hablen a favor o en contra de la existencia de un determinado grado de conocimientos en el sujeto⁶⁶.

No puede afirmarse con rotundidad que las expuestas sean todas las opiniones que existen sobre la materia, pero tampoco parece que haya muchas más⁶⁷. Por un lado, las afirmaciones de *Schewe* y *Freund* no van más allá de una declaración de buenas intenciones para que el juez tenga en cuenta, al formar su convicción, la opinión de determinadas disciplinas científicas, pero en ningún momento se afirma que éstas puedan

⁶⁵PRITTWITZ, GA, 1994, p. 471.

⁶⁶FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, Heidelberg, 1987, p. 35. Este autor no descarta el uso de las ciencias empíricas en determinados procedimientos, aunque todo ello condicionado a las limitaciones del proceso y a la importancia del caso que se juzgue. Por regla general, este autor se conforma con una aproximación a la verdad mediante la existencia de determinadas posibilidades alternativas de explicación y, en cualquier caso, admite que existen pocas reglas científicas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno; cfr. *ibidem*, pp: 14-15 e *infra* IX.4.A.2.a.

⁶⁷Un dato significativo al respecto es la bibliografía empleada por el artículo de PRITTWITZ, GA, 1994, p. 454 ss, en que, aparte de las clásicas investigaciones de RASCH (*Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964) y LEMPP (*Jugendliche Mörder*), y de los diversos trabajos de SCHEWE, apenas se citan más trabajos que aporten criterios para una constatación empírica de los hechos psíquicos en que, pretendidamente, se fundamenta el dolo.

aportar certeza en todos los casos. El único que se atreve a sostener una regla como cierta es *Prittwitz*, pero ésta sólo permite solucionar la muy específica situación de los homicidios cometidos en estados pasionales. Como asevera *Ecker*, en este ámbito, "faltan resultados de la investigación de amplio alcance que puedan tenerse por seguros"⁶⁸.

Otras opiniones se muestran especialmente pesimistas: *Märker* afirma, en primer lugar, que "los psicólogos no han aportado ningún nuevo conocimiento en el análisis de aquello que los juristas denominan dolo, sino sólo algunos aspectos novedosos de la indagación del individuo, interpretaciones que, sin embargo, no hacen posible ideas profundas"⁶⁹. Añade este autor:

de acuerdo con el actual estado de la investigación no existen puntos de apoyo científicamente acreditados sobre cómo se restablece la totalidad de la imagen visual en la experiencia consciente. Sabemos que el cerebro es una máquina de una complejidad y sutileza prácticamente ilimitadas, superior a cualquier gran computadora. Pero desconocemos cómo interaccionan entre sí el espíritu y el cuerpo⁷⁰.

Fritz Loos, apoyándose en las aseveraciones del psicólogo y psiquiatra *Paul Bresser*, afirma que a las ciencias empíricas les falta el instrumental

⁶⁸ECKER, *Die Verwendung und Feststellung*, pp. 130-131. En España la cuestión del dolo se ignora en trabajos sobre psicología jurídica como SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994; LABRADOR (dir.), *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994. De estas obras se deduce que la psicología parece hoy en día más preocupada por cuestiones como la credibilidad de los testimonios, la psicología del jurado o las psicopatologías. Una mención testimonial a la cuestión de la imputación subjetiva en ÁVILA ESPADA, "El peritaje psicológico en los procesos judiciales", en JIMÉNEZ BURILLO/CLEMENTE (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 197 e IBÁÑEZ/ÁVILA, "Psicología forense y responsabilidad legal", en GARZÓN, *Psicología y justicia*, pp. 300-301.

⁶⁹MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, pp. 194-195. Añade este autor que el alcance del problema puede ser incluso mayor: un lenguaje jurídicamente comprensible resulta demasiado basto para poder captar la sutileza de los fenómenos psíquicos; Cfr. *ibidem*, pp. 196-198.

⁷⁰MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 190 ss.

adecuado para poder determinar "procesos psíquicos singulares e irrepetibles"⁷¹. Otro autor como *Kaiser*, ni siquiera incluye la cuestión del dolo dentro de aquellas materias en las que considera que existen "posibilidades concretas de trabajo conjunto entre juristas penales y psicólogos", pues, desde su perspectiva, éstas se reducen a "la cuestión de la credibilidad, la madurez para la responsabilidad y la imputabilidad (en cooperación con los psiquiatras)"⁷².

A.5. Balance

De la panorámica ofrecida en el anterior subapartado debe extraerse una valoración de signo inequívoco: *las aportaciones de las ciencias empíricas en el ámbito de la constatación del conocimiento en que se basa el dolo no pasan, hoy en día, de lo simbólico*. Desde este punto de vista parece comprensible que los jueces se muestren remisos a acudir a ellas. Igualmente es posible constatar que prácticamente ningún autor se atreve a postular con rotundidad alguna regla cierta en este ámbito. El único tal vez sea *Prittwitz*, cuando afirma que en las situaciones pasionales no es posible la concurrencia de dolo eventual, aunque, en cualquier caso, esta afirmación rige

⁷¹LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272. Añade este autor que, en lo que respecta a la determinación de tales procesos, el recurso a las ciencias empíricas no resulta mejor que la "psicología cotidiana", aunque, pese a un cierto escepticismo, considere (*ibidem*, p. 278) que el consejo de tales ciencias no debe por principio ignorarse. De acuerdo con sus consideraciones, las aportaciones periciales quedan reducidas a un mero valor indiciario.

⁷²KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, pp. 206-207. Tampoco PETERS, "Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen", en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, p. 279, incluye la cuestión de la determinación procesal del dolo entre aquellas materias en que, a su juicio, los peritos psicólogos pueden desempeñar un papel relevante. Este autor limita tal papel al estudio de la credibilidad de las declaraciones de acusado y testigos, al estudio de la personalidad del autor y a la elección de medidas de seguridad.

para su concepto particular de dolo, distinto del que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo⁷³.

Las escasas aportaciones de las ciencias empíricas se centran en un tipo de delincuencia muy específico (básicamente violenta) y se limitan a decir en qué concretos casos es muy probable que *no* concorra dolo. Sin embargo, el silencio es absoluto en el momento de dar pautas para establecer *cuándo concurre efectivamente* el conocimiento en que se basa la imputación dolosa y cómo puede determinarse éste en modalidades delictivas tan diversas como, por ejemplo, el delito fiscal, la estafa o la receptación⁷⁴. Ni siquiera los más entusiastas defensores del papel de las ciencias empíricas en este terreno, se atreven a afirmar que el juez sólo deba guiarse por éstas para resolver todos los casos que se le pueden plantear. E incluso es dudoso que tales ciencias se consideren competentes para reconstruir los conocimientos pretéritos de un sujeto en cualquier caso imaginable⁷⁵.

Sostener que el juez sólo se puede guiar en este ámbito por las reglas que le suministren ciertas disciplinas científicas supone la total inaplicabilidad del concepto de dolo, pues *no hay disciplina científica alguna que parezca estar en condiciones de afirmar con plena seguridad cuándo alguien conoció*

⁷³Sobre el concepto de dolo defendido por este autor, cercano al de las teorías de la "decisión contra el bien jurídico", cfr. PRITTWITZ, JA, 1988, p. 486 ss.

⁷⁴SCHILD, "Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt", en JAKOB/USTERI/WEIMAR (ed.), *Psyche - Recht - Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 120, afirma que "la ciencia del Derecho penal no puede funcionar con contenidos determinados negativamente —como precisamente lo in-consciente o el no-yo—, como tampoco con un no-pensado y no-querido. A la ciencia del Derecho penal le interesan el querer y el conocer positivos, esto es la psique positiva".

⁷⁵Incluso un clásico partidario del papel de la psicología en el proceso penal como GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, versión castellana a cargo de J. Guerrero, Bogotá, 1985, p. 60 sostiene que "escrutar las intenciones" escapa "a la esfera de la ciencia psicológica pura" y, por tanto, "las luces de los teóricos no podrían aportar gran socorro a los tribunales". WALTER, *KrimJour*, 1981, p. 212, propone que conceptos subjetivos que se utilizan de forma permanente como "dolo" o "intención" se construyan de tal modo que en principio puedan emplearse sin la intervención de peritos.

algo. Una condena por delito doloso nunca sería posible si se quisieran respetar las condiciones de legitimidad en que se asienta la concepción psicológica de la "determinación del dolo"⁷⁶.

En sintonía con lo anterior, el papel de las ciencias empíricas queda circunscrito, incluso por sus principales defensores, a un papel mucho más secundario: se afirma que el juez debe tener en cuenta las opiniones de los peritos, *con un mero valor indiciario*, en el momento de valorar la prueba y formar su convicción⁷⁷. Pero esta suma de indicios más convicción judicial no permiten garantizar que los resultados que se obtengan vayan a coincidir plenamente con la realidad. En este sentido, con tal punto de vista se admite que toda condena por delito doloso incorpora un riesgo indeterminado de instrumentalización y afectación a la dignidad del reo. De este modo no se cumplen las condiciones en que es legítimable una condena desde los postulados de la concepción psicológica del dolo. Más adelante deberá analizarse si, en combinación con otros medios de prueba, los indicios suministrados por las ciencias empíricas están en condiciones de aportar el grado de certeza que exige tal concepción⁷⁸.

B) La confesión del acusado

A menudo se sostiene por doctrina y jurisprudencia que la confesión del acusado es el único medio con el que se puede conseguir una plena certeza sobre los conocimientos con que contó dicho sujeto en el momento

⁷⁶En esta línea, LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273, quien esgrime el significativo argumento de que las posibilidades de absolución se multiplican, de acuerdo con el *in dubio pro reo*, cuantos más expertos intervengan en el proceso.

⁷⁷Esta parece ser la opción de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 51, cuando afirma que "el perito, en la fase procesal de constatación de los elementos subjetivos, se ha de limitar a buscar criterios científicos que enriquezcan y permitan concretar en el supuesto de hecho sometido a consideración el concepto subjetivo en cuestión, siempre que, como hemos dicho, eso sea posible". Cfr., igualmente, *ibidem*, pp. 52-53.

⁷⁸Cfr. *infra* VIII.1.

de llevar a cabo una conducta objetivamente típica⁷⁹. La confesión es, como se suele afirmar, el único *medio directo de prueba* de los elementos subjetivos del delito, mientras que todos los demás medios utilizados en este ámbito (básicamente, la prueba de indicios) tienen un carácter sólo indirecto⁸⁰. Esta idea se expresa de modo inequívoco por el Tribunal Supremo, que en una de sus sentencias y en relación con el pretendido elemento volitivo del dolo, afirma:

ese deseo anímico, como tantas veces se ha dicho, está escondido *en lo más profundo del pensamiento*. Y como todo cuanto se guarda en la más grande de las intimidades (el arcano de la conciencia, se ha expuesto muchas veces), si no se manifiesta voluntariamente, *sólo por medio de una prueba indirecta o indiciaria puede averiguarse, obtener y concretarse, extrayéndose, succionándose si se quiere, sobre la base de cuantos datos hayan rodeado (antes, durante y después) la acción*⁸¹.

⁷⁹Así, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemein deutschen Strafverfahrensrecht*, Hamburgo, 1963, p. 2, entiende que para la constatación de fenómenos subjetivos "sólo existe una única fuente natural de conocimiento: la confesión del inculpado". Cfr., también, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 65, quien entiende que siempre debe recurrirse a la prueba de indicios excepto en aquellos casos en que el autor haya confesado o en que "testigos puedan corroborar las declaraciones del autor". Sobre la confesión en general, DENCKER, "Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht", *ZStW*, 102 (1990), p. 51 ss.

⁸⁰En este sentido, entre muchas otras, la STS de 3 de diciembre de 1993 (A 9235, ponente De Vega Ruiz): "si no surge por propia manifestación, el elemento subjetivo del injusto, como en tantas infracciones acontece, ha de deducirse por medios indirectos". En estos términos se expresa igualmente FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 209 y la jurisprudencia italiana (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 146).

⁸¹STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz, cursiva en el original). Cfr., igualmente, la STS de 7 de mayo de 1993 (A 3864, ponente De Vega Ruiz), en la que se sostiene que "*salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giran alrededor de la conducta enjuiciada*" (cursiva en el original). En línea similar, el Auto del TS de 22 de noviembre de 1995 (A 8206, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), afirma que "*salvo supuestos excepcionales en que el propio acusado reconoce haber actuado con deseo de matar, en la mayoría de los casos, en que la intención está escondida en lo más íntimo y en lo más profundo del ser humano (...) sólo puede obtenerse [los deseos y tendencias del individuo] por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico, reveladores del ánimo homicida*" (cursiva añadida). Así lo entiende también VEST, *Vorsatznachweis*, p. 59, quien afirma que "si no existe confesión judicial o extrajudicial del acusado, el dolo deberá extraerse a partir de circunstancias objetivas". Lo mismo afirma dicho autor

Debe precisarse, sin embargo, que afirmaciones como las anteriores no acogen una acepción neutra del término "confesión" o "manifestación voluntaria" —que lo haría equiparable a "mera declaración"—, pues el carácter decisivo a efectos probatorios sólo se atribuye a aquellas confesiones que tienen un sentido auto-inceptatorio⁸². Una idea que puede reconducirse a la regla del art. 1232 del Código Civil, de acuerdo con cuyo tenor literal, "la confesión hace prueba contra su autor"⁸³. Las dos ideas básicas de las que se parte en este ámbito son las siguientes: cuando el sujeto activo declara *no* haber contado con los conocimientos que exige el dolo, tal declaración no tiene ningún valor decisivo; cuando, por contra, dicho sujeto reconoce haber contado con tales conocimientos, su declaración permite afirmar con certeza que *efectivamente* contó con ellos. En estos casos, según parece desprenderse de abundantes afirmaciones doctrinales y jurisprudenciales, una condena por delito doloso cumple con las estrictas condiciones que, según la concepción psicológica, garantizan la legitimidad de toda condena: en caso de confesión auto-inceptatoria, no parece existir margen posible de error entre el conocimiento que se confiesa y se da por probado y el que realmente tuvo el sujeto. Sólo así puede afirmarse que dicha confesión tiene un valor probatorio directo.

(*ibidem*, p. 141) en referencia al dolo del tipo de la receptación: "si no existe confesión alguna por parte del acusado, el juez tendrá que llevar a cabo una prueba de indicios". Cfr. también, HENKEL, "Die 'praesumptio doli' im Strafrecht", *E. Schmidt-FS*, Göttingen, 1961, p. 578.

⁸²A este respecto, el término "confesión" no se acoge en su sentido neutro ("declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro"), sino en un sentido auto-inceptatorio que posee ciertas connotaciones religiosas ("declaración al confesor de los pecados que se han cometido"). Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed.

⁸³Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 118-119: "por 'confesión' se entiende el reconocimiento o admisión de los hechos hecha por el imputado en contra de sí mismo, admitiendo así su intervención o participación en ellos. La gran significación de este reconocimiento se funda en la máxima de la experiencia que nos enseña que nadie suele reconocer hechos en propio perjuicio, siendo lo frecuente reconocer y explicar los hechos que nos favorecen y ocultar los que nos perjudican".

El valor de prueba directa se atribuye a la confesión auto-inculpatória desde tiempos inmemoriales⁸⁴. En antiguos sistemas procesales se consideraba que era la única prueba válida de la culpabilidad del acusado, aplicándose a su consecución la fase de instrucción del proceso penal, en la que se solía recurrir al tormento como medio especialmente apto para conseguir tales declaraciones. Desde la consolidación en los sistemas penales del principio de libre valoración de la prueba, se admiten mecanismos probatorios distintos a la confesión para fundamentar un veredicto de culpabilidad, pero ha permanecido la idea de que una confesión del sujeto activo es el *único medio de prueba directo* para acreditar cuál fue el contenido de su subjetividad en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico⁸⁵. Este modo de ver las cosas parte de un razonamiento evidente: dado que, tanto conocimiento como voluntad son hechos psíquicos y, por tanto, no observables por los sentidos de otra persona, sólo puede describirlos adecuadamente quien, por afirmarlo de forma algo rudimentaria pero efectiva, los ha *tenido en su propia cabeza*.

Sin embargo, más allá de cuestiones históricas, lo que conviene analizar en este punto es la idea según la cual, aquello que el sujeto activo afirma haberse representado en el momento de realizar la conducta objetivamente típica siempre coincide exactamente con lo que efectivamente se representó en tal momento. La validez general de esta regla se halla evidentemente condicionada por el hecho de que no sean pensables supuestos en que pueda no darse tal coincidencia, es decir, casos en que el autor se atribuya —con sentido inculpatório— unos conocimientos con los que realmente no contó en el momento de llevar a cabo el hecho típico. Como se muestra a continuación, y con independencia de su mayor o

⁸⁴Una perspectiva histórica en MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10ª ed. adicionada y puesta al día por P. Aragoneses Alonso, Madrid, 1979, p. 222 ss. Otra perspectiva del papel de la confesión en el sistema procesal español en VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 11 ss.

⁸⁵Así, HAGEN, "Der Vorsatz und seine Feststellung", *ZStW*, 19 (1899), p. 197.

menor frecuencia, tales supuestos son perfectamente imaginables y, según algunos autores, incluso más habituales de lo que se suele pensar⁸⁶.

En primer lugar, pueden darse casos en que un individuo no recuerde exactamente qué es lo que se representó en el momento de llevar a cabo su comportamiento y que su confesión auto-inculpatoria obedezca a reconstrucciones *ex post*, tal vez motivadas por un cierto sentimiento de culpa⁸⁷. También son imaginables supuestos en que el autor no encuentre las palabras adecuadas para describir aquello que realmente pasó por su cabeza y caiga en una auto-inculpación provocada por el hecho de no haberse sabido expresar afortunadamente⁸⁸. Como manifiesta Kargl, el modo en que se suelen llevar a cabo los interrogatorios, tanto policiales como judiciales, puede tener una buena parte de responsabilidad en un número no despreciable de supuestos en los que concurre la anterior situación⁸⁹.

En segundo lugar, son también imaginables supuestos en que un individuo que recuerde perfectamente lo que conoció en el momento de realizar el hecho y que sepa, igualmente, que tales conocimientos no coinciden

⁸⁶Una completa lista de motivos que pueden llevar a falsas confesiones auto-inculpatorias en GORPHE, *Apreciación judicial*, p. 185.

⁸⁷LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 270, afirma "que la determinación [del dolo] puede ser relativamente fácil si la confesión del acusado también incluye al 'dolo', pero no tiene por qué serlo: basta con remitir a la posibilidad de construcciones *ex post* a partir, por ejemplo, de sentimientos de culpa". Cfr. igualmente EL MISMO, *JR*, 1994, p. 513. Ya a principios de siglo, LÖFFLER, "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", *ÖZSt*, 1911, p. 145, constataba cómo muchas veces ni el mismo sujeto podía dar razón de sus *facta interna* (como sus motivos, sus esperanzas), algo que, en palabras de este autor "sólo conoce Dios".

⁸⁸Una postura especialmente radical en este punto es defendida por MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 192, cuando afirma que "la pregunta planteada con frecuencia por el juez al acusado sobre qué pensó realmente, no tiene francamente sentido. Exige al acusado que describa un proceso que debe haber acontecido en su 'escena interior', un proceso que no ha existido en absoluto porque el supuesto *episodio* en realidad no ha sido tal, sino algo distinto".

⁸⁹Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 24-25 (nota 24). Una amplia recopilación bibliográfica sobre el valor probatorio de la confesión en *ibidem*, p. 18 (nota 9).

con los requeridos por la imputación dolosa, afirme, sin embargo, haber contado con ellos porque, por los motivos que sean, le interese ser condenado como autor doloso. Así, *Freund* hace referencia a los casos en que el sujeto siente una necesidad patológica de que le sea impuesta una pena, necesidad que llegaría hasta el punto de declarar haber sido consciente de algo de lo que realmente no fue, para, de este modo, conseguir el castigo ansiado⁹⁰. Otros supuestos imaginables se dan cuando un sujeto asume su culpabilidad dolosa para evitar la condena de un tercero, o para evitar reconocer determinados desconocimientos, cuya trascendencia pública, desde su particular punto de vista, sería incluso más perjudicial que la propia condena⁹¹.

Todos estos ejemplos demuestran que no son impensables casos en que exista una confesión auto-inculpatoria por parte de un acusado sin que el contenido de ésta concuerde con la realidad de sus conocimientos en el momento del hecho. Cuando se cae en la cuenta de esta posibilidad, debe admitirse por fuerza que incluso en las condenas basadas en la confesión del acusado permanece un cierto riesgo de no coincidencia entre los hechos que se le imputan y los efectivamente acaecidos. Por este motivo, tampoco los casos en que se afirme el dolo a partir de una declaración en que el sujeto se haya inculcado cumplen con las condiciones que legiti-

⁹⁰Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 122 ss.

⁹¹Imagínese el caso en que el autor prefiere ser condenado a tener que alegar en el proceso una serie de circunstancias que, aunque con toda seguridad comportarían su absolución, comprometerían su honor o su prestigio profesional (cfr. el ejemplo del marchante de arte reproducido *infra* X.2.A). O la situación en que el acusado se viera impotente para desvirtuar la prueba de cargo que tuviera en su contra y, aunque realmente le hubieran faltado los conocimientos necesarios para el dolo, decidiera confesar en la esperanza de obtener un trato más benigno por parte del tribunal sentenciador. Una muestra de buenos motivos que pueden llevar a que un acusado se auto-inculpe (falsamente) en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n° marg. 14: "la confesión puede ser falsa por muy diversos motivos: por ejemplo, porque el acusado no es normal o porque es apático, porque quiere estar en la cárcel o porque quiere procurarse una coartada para un hecho más grave o porque quiere que se le castigue a él en lugar del verdadero autor". Cfr., igualmente, SPENDEL, "Wahrheitsfindung im Strafprozess", *JuS*, 1964, p. 467.

man una condena por delito doloso desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo.

Una parte de la doctrina y, en ocasiones, la propia jurisprudencia reconocen que el contenido de una confesión auto-inculpatoria no tiene necesariamente que coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad de los hechos acaecidos⁹². Por este motivo se acepta que a través de otros medios de prueba pueda llegar a desvirtuarse el valor probatorio de ciertas confesiones⁹³. Sin embargo, estas ideas suponen una quiebra evidente de la regla según la cual la confesión es medio directo de prueba de los hechos psíquicos: en algunos casos, pese a existir una confesión auto-inculpatoria, el contenido de tal confesión no deberá ser atribuido al autor. Sin embargo, si con tal declaración se acreditara de forma incontrovertida y definitiva la realidad de determinados hechos psíquicos, su valor probatorio no podría ser contradicho por ningún otro indicio, pues la *verdad* habría sido ya *descubierta*⁹⁴.

⁹²HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", *Kleinknecht-FS*, Munich, 1985, p. 199, afirma cómo "llama la atención la idea, hasta hoy ampliamente difundida entre los juristas, de que los juicios *ex re* son 'simples pruebas de indicios', mientras que la 'prueba plena', que se contrapone a tal 'prueba de indicios', sólo puede obtenerse mediante una confesión. Esto es simple y llanamente erróneo, puesto que las 'confesiones' falsas no sólo son imaginables, sino que también se producen y, en consecuencia, una confesión no es por tanto nada más que un 'mero indicio'". También VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Constanza, 1984, p. 14, atribuye a la confesión un valor limitado. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE, "La prueba del error en el proceso penal", *RDP*, 1994, p. 413, afirma que la confesión del acusado debe ser confirmada por la prueba de indicios. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 206 ss, cuestiona la corrección de hablar de una "prueba directa" desprendida de toda deducción o inferencia y limitada a la mera percepción.

⁹³Así, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 149. SPENDEL, *JuS*, 1964, p. 467, afirma que la idea de que el contenido de toda confesión debe atribuirse por principio a quien la realiza cuando dicho contenido le perjudica, sólo rige en procesos como el civil en que no se persigue averiguar la verdad material. Cfr., igualmente, MITTERMAIER, *Tratado*, p. 226 ss, quien establece los requisitos que debe reunir una confesión para que se pueda fundamentar en ella la convicción judicial.

⁹⁴Las dudas de la doctrina sobre la veracidad de determinadas declaraciones de un sujeto se extienden incluso a los supuestos en que éstas hayan sido obtenidas a través

De acuerdo con lo anterior, a la confesión del sujeto activo sólo se le debe atribuir un valor indiciario que compartirá con otros medios de prueba⁹⁵. Como afirma el Tribunal Supremo, "el juzgador debe situar la confesión en un determinado contexto, enlazarla con el resto de la actividad probatoria, comprobar la racionalidad de la declaración y, por último, decidir"⁹⁶. Ello no se opone a que, desde luego, las eventuales confesiones tengan un importante peso específico en los pocos supuestos en que suelen darse; sin embargo, tampoco en estos casos puede afirmarse rotundamente que su concurrencia deba tener un carácter definitivo e incontestable⁹⁷. Al ser un indicio entre otros, también la confesión deberá ser valorada por el juez con miras a la formación de su convicción y, como es evidente, en este último momento ya no podrá asegurarse que lo

de métodos como el narcoanálisis ("drogas de la verdad") o técnicas psicométricas (entre ellas el famoso "detector de mentiras"). Cfr. al respecto la interesante exposición de estas técnicas y la recopilación de críticas realizada por VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 153 ss. El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de mayo de 1982 (A 2702, ponente Latour Brotons), negó todo valor probatorio a posibles declaraciones realizadas bajo los efectos de narcóticos.

⁹⁵El art. 406 LECr obliga al juez de instrucción, aunque exista confesión del procesado, a que siga practicando todas las diligencias necesarias para convencerse de la veracidad de tal confesión y de la existencia del delito. DENCKER, *ZStW*, 102 (1990), p. 74, afirma al respecto que "la confesión (también en sentido auto-inculpatorio) no es ningún medio de prueba o indicio ni principal ni mejor que otras declaraciones, aunque la (no) respuesta del inculpaado tiene ciertamente una cualidad especial con una influencia determinante sobre el proceso de prueba".

⁹⁶STS de 13 de enero de 1993 (A 157, ponente Ruiz Vadillo).

⁹⁷Cfr., al respecto, OPP, "Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß", en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 32, quien afirma que, en realidad, los jueces no hacen otra cosa que aplicar una máxima general de acuerdo con la cual "si el acusado confiesa el hecho es porque lo ha cometido". Sin embargo, la coincidencia de los resultados a que lleva esta máxima con los fenómenos psíquicos realmente acontecidos no puede garantizarse. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 41, mantiene que la confesión sigue siendo la *regina probationum*; sin embargo, aunque es cierto que puede tener, en determinados casos, un valor indiciario enorme, ello no implica que con cualquier confesión quede ya automáticamente acreditada la verdad de los hechos. HERDEGEN, *KK*, § 244, n° marg. 1, entiende que, dado que las confesiones también pueden ser falsas, su significado probatorio debe ser objeto de valoración.

confesado necesariamente vaya a coincidir con lo efectivamente sucedido⁹⁸.

C) *La prueba de indicios*

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confesión auto-inculpatória del sujeto activo. Las enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia práctica de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer medio de prueba: la llamada *prueba indiciaria o circunstancial* plasmada en los denominados *juicios de inferencia*⁹⁹. Al uso de tal medio probatorio la jurisprudencia le atribuye la capacidad de realizar auténticos prodigios en el

⁹⁸SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 710, cuestiona, en general, la diferencia de valor entre prueba directa e indirecta cuando ambas tienen fuerza suficiente para que el juez forme su convicción sobre ellas. Niega la distinción GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 60. Cfr., igualmente, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 217 ss. Sobre el escaso fundamento de la tradicional distinción entre prueba directa e indirecta, cfr. también BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 42-44.

⁹⁹Afirma PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 413, que "la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación —en el caso de que el acusado lo confesara explícitamente— se requiere una inferencia a partir de datos exteriores". Cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 3, KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312 y HERDEGEN, *KK*, § 244.1, n° marg. 3: "los hechos psíquicos ajenos se infieren indiciariamente de hechos externos". Sobre la prueba de indicios en general, cfr. HÜRXTAL, *KK*, § 261, n° marg. 64-66. Una panorámica de este medio probatorio a lo largo de la historia en PÉREZ BARBERÁ, "La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal", *CDJP*, 4-5 (1997), p. 393 ss. Sobre cuestiones terminológicas, GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 202-203.

ámbito de la “prueba del dolo”¹⁰⁰. En este sentido, suele afirmar el Tribunal Supremo que, “salvo espontánea manifestación del autor, sólo un acertado juicio de inferencia por parte de los jueces puede escudriñar este íntimo pensamiento [el *animus necandi*] en lo más profundo del ser humano, ‘en el arcano escondido de su conciencia’”¹⁰¹. El Tribunal Constitucional afirma en su jurisprudencia que un correcto uso de la prueba de indicios es, en general, un medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia¹⁰².

La cuestión que debe dilucidarse en este apartado consiste, básicamente, en decidir si con la prueba de indicios es posible averiguar el estado real de representación de un sujeto en el pretérito instante de realización del hecho objetivamente típico. Es decir, si dicho medio de prueba está en condiciones de hacer aplicable el concepto de dolo respetando los requisitos de legitimidad exigidos por la concepción psicológica del dolo. Algunos autores no parecen ver demasiados problemas para contestar afirmativamente a tal cuestión, pues, como indica Díez Ripollés, “la opción por la realidad empírica no supone necesariamente una introducción masiva de

¹⁰⁰Así, la STS de 31 de octubre de 1994 (A 9076, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se sostiene que “la afirmación realizada por el ‘factum’ de que el acusado conocía que transportaba dinero oculto es una inferencia, pues se trata en puridad de un elemento interno, personal y subjetivo y, salvo los casos, por otra parte no muy frecuentes, en que el propio acusado paladinamente lo confiese, tiene que inferirlos el Tribunal de instancia” y la STS de 7 de marzo de 1991 (A 1927, ponente, De Vega Ruiz), en que se afirma que “sabido es que la existencia del dolo, integrado por elementos psicológicos que yacen en la mente del sujeto activo, es difícil de acreditar. Y que como todo cuanto se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse por una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, *desempolvando íntimos secretos*, la voluntad querida” (cursiva en el original).

¹⁰¹STS de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente De Vega Ruiz). Abundantes referencias a la jurisprudencia italiana, que emplea argumentos muy similares a la española en este ámbito, en TASSI, *Il dolo*, pp. 146-147.

¹⁰²Así, la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): “el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria”. Para una panorámica de la jurisprudencia constitucional en este ámbito, cfr. BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 47 ss.

dictámenes periciales"¹⁰³. A la vista de lo poco frecuentes que son las confesiones auto-inculporatorias, gran parte de la doctrina y casi toda la jurisprudencia consideran que la prueba de indicios es un mecanismo válido para averiguar los fenómenos psicológicos en que se asienta la imputación dolosa.

C.1. Cuestiones generales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele buscar apoyo legal para la prueba de indicios en los arts. 1249 a 1253 del Código Civil. Estos preceptos, agrupados bajo la rúbrica *De las presunciones*, se encuentran en el Capítulo que el citado cuerpo legal destina a la regulación de la prueba de las obligaciones¹⁰⁴. De tales artículos el que reviste un mayor interés a efectos penales es el 1253 CC, de acuerdo con cuyo contenido, "para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"¹⁰⁵. Qué debe entenderse por *reglas del criterio humano* y

¹⁰³DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 49. Afirma este autor (*ibidem*, p. 323) que "las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va". Cfr., al respecto, *infra* VII.3.C.4.

¹⁰⁴Tal remisión puede apreciarse, a modo de ejemplo, en la STS de 18 de abril de 1989 (A 3410, ponente Puerta Luis). Crítico con la ubicación de estas reglas de naturaleza procesal DELGADO GARCÍA, "Prueba de indicios", en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 378. Sobre la aplicación de estos preceptos del Código Civil en el proceso penal, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, "La prueba indiciaria", en *La prueba en el proceso penal*, CEJ, Madrid, 1993, p. 55.

¹⁰⁵En cuanto al uso del art. 1253 CC como base jurídica positiva para la prueba de indicios, cfr., por todas, la STS de 6 de octubre de 1995 (A 7400, ponente De Vega Ruiz). Cfr., igualmente, la STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis), donde se afirma que la prueba indiciaria puede destruir la presunción de inocencia "siempre que los indicios estén plenamente probados y de ellos se llegue a la convicción de culpabilidad mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano".

cómo actúan éstas es algo sobre lo que no reina unanimidad. Tampoco existe acuerdo sobre la terminología a emplear y, en este sentido, se habla indistintamente de “prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas”¹⁰⁶.

Un primer punto de vista entiende que “se puede definir la prueba de indicios como el paso de unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) *por el camino de la lógica*”¹⁰⁷. De acuerdo con esta idea, *de un hecho previamente probado se deduce un segundo hecho* que tiene naturaleza psíquica en el caso de los elementos subjetivos del delito¹⁰⁸. Éste es el punto de vista del Tribunal Constitucional cuando entiende que la prueba de indicios puede desvirtuar la presunción de inocencia si se sustenta en “un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”¹⁰⁹. Sin embargo, esta forma de ver las cosas resulta bastante

¹⁰⁶DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 377. Este autor (*ibidem*, p. 378) constata que el término “presunciones” es más usual en el proceso civil, mientras que en el proceso penal lo más habitual es hablar de “prueba de indicios”, aunque “el concepto es único”. Acerca de la cuestión terminológica, cfr. también BELLOCH JULBE, “La prueba indiciaria”, en *La sentencia penal*, p. 30.

¹⁰⁷DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II* p. 376 (cursiva añadida), citando la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965 (A 262, ponente Aguado González). Añade este autor (*ibidem*, pp. 376-377) que “partiendo de unos datos o circunstancias probados en la causa, colaterales al hecho necesitado de prueba, se puede llegar al conocimiento de la realidad de éste último porque existe tal conexión lógica entre aquéllos y éste que, admitidos los primeros como probados, nadie pone en duda la certeza del último”.

¹⁰⁸DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 389, afirma que “esta clase de prueba no responde a los mecanismos del silogismo o del método de deducción, que es el único capaz de proporcionar una seguridad en el conocimiento así adquirido, sino al de inducción, en el cual las premisas nos llevan a una conclusión más o menos probable pero nunca segura. En la prueba de indicios nos encontramos ante una modalidad de la inducción que se corresponde con lo que algunos denominan *edución*, que permite pasar de lo particular a lo particular”.

¹⁰⁹STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre). Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la prueba de indicios y a su capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, cfr. VEGAS TORRES, *Presunción de ino-*

problemática, ante todo por lo equívoco de la terminología empleada, como se muestra seguidamente partiendo de un ejemplo:

Se considera probado que el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero (hecho básico) en el momento en que sucedieron los hechos. Interesa determinar, con miras a afirmar el dolo, si dicho acusado conocía que la anilina es un producto venenoso (hecho consecuencia)¹¹⁰.

Esta última determinación sólo resulta posible si existe una regla según la cual se sostiene que "*quien es empresario aceitero, conoce el carácter venenoso de la anilina*". Sin embargo, este enunciado no puede considerarse una regla de la lógica en el sentido estricto de la expresión, pues en ella se incorpora una determinada descripción de la realidad que es ajena a los enunciados propios de una disciplina que, como ciencia formal, sólo está integrada por reglas cuya validez no depende de su correspondencia con la realidad. Tal enunciado sólo puede formar parte de la "lógica" si este término se utiliza en un sentido laxo, equivalente a "lógica cotidiana" o "sentido común". Para evitar confusiones, resulta mucho más adecuado designar estas reglas con la expresión *reglas de experiencia*, pues se formulan a partir de una determinada observación o conocimiento ("experiencia") sobre la realidad y se mantiene su validez siempre y cuando se siga afirmando su plena correspondencia con aquélla¹¹¹.

cencia y prueba en el proceso penal, Madrid, 1993, p. 137 ss. Sobre la doctrina general del Tribunal Supremo, abundantes referencias en *ibidem*, p. 150 ss.

¹¹⁰Los ejemplos utilizados en este apartado se basan en una simplificación de los hechos probados de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente, Bacigalupo Zapater), la conocida "sentencia de la colza".

¹¹¹Así, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 378: "el nombre de prueba de inferencias, presunciones o conjeturas tiene en cuenta el referido elemento de conexión lógica que ha de existir entre los hechos básicos y el hecho consecuencia. A través de ellos, inferimos, presumimos o conjeturamos que éste se ha producido según la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos conforme nos muestra la experiencia" (cursiva añadida). Opta por hablar de reglas de experiencia REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, 2ª ed., Bogotá, 1989, p. 91, quien las define como "conocimientos adquiridos por la sociedad en la que los hechos se desarrollan a través de la repetida observación de casos particulares (método de inducción)". Las reglas de la experiencia se forman a partir de la observación de determinados datos, algo que no puede afirmarse de las reglas de la lógica; cfr., al respecto, KÄBER, *Wahrheitserforschung*

En algunas ocasiones, la jurisprudencia española utiliza el término "juicios de valor" para hacer referencia a las citadas *reglas del criterio humano* en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos¹¹². Sin embargo, como entiende *Benéitez Merino* en referencia a la prueba de indicios, "ni la conclusión establecida ni el proceso por el que se llega a ella constituyen un juicio de valor. La naturaleza silogística de la operación exige una denominación más acorde con la realidad, por lo que una denominación más adecuada podría ser la de juicio de inferencia"¹¹³. Según este autor, "la proposición afirmativa del *animus*, de la intención, del conocimiento de determinada circunstancia no es una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, porque consigna un simple hecho, un hecho psíquico, interno, evidenciado por otros hechos de carácter ex-

im Strafprozeß, Berlín, 1974, p. 94. Cfr. igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 231.

¹¹²Así, por ejemplo, la STS de 2 de febrero de 1988 (A 842, ponente Moner Muñoz): "las aseveraciones que pueda efectuar la Audiencia Provincial, sobre la existencia o inexistencia del 'animus necandi' no son más que *juicios de valor*; a los que llega el Tribunal, en el cumplimiento de su función jurisdiccional, partiendo de datos objetivos, que aparecen en el proceso de los que aquél extrae su conclusión sobre el elemento subjetivo del tipo delictivo" (cursiva añadida).

¹¹³Afirma BENÉYTEZ MERINO, "Juicio de valor y jurisprudencia", *PJ*, 19 (1990), p. 14, que "los elementos subjetivos son realidades que pertenecen al ámbito interno de la persona; son ontológicamente procesos del mundo espiritual consciente: pensamientos, deseos, sentimientos, emociones, impulsos, etc.; son funciones y actividades del recóndito de la conciencia humana, naturalmente inaccesible para los demás. Por ello, los elementos subjetivos referidos por la descripción típica requieren para su fijación en el proceso una operación más compleja, que podría denominarse 'juicio de inferencia', en lugar de 'juicio de valor', que es la denominación jurisprudencial". Este autor (*ibidem*, p. 10) entiende que el uso de este último término resulta desafortunado si se hace de acuerdo con el significado que en el lenguaje cotidiano tiene dicha expresión como "apreciación puramente subjetiva *fundada en ideas, sentimientos o emociones estrictamente personales*, respecto de cualquier acontecimiento o hecho real". Un juicio de valor entendido así, "al carecer de toda objetividad, debe desaparecer de cualquier discurso lógico" (cursiva en el original).

terno"¹¹⁴. Por estos motivos, el término "juicio de valor" tampoco resulta una expresión afortunada¹¹⁵.

Rechazadas las expresiones "juicios de valor" y "reglas de la lógica (cotidiana)", la opción que parece más adecuada es la que entiende que en la prueba de indicios intervienen dos tipos de enunciados distintos: las llamadas *reglas de la lógica (formal)* y *las reglas de la experiencia*. Cuando el juez recurre a este medio de prueba debe utilizar estos enunciados de la siguiente manera: en primer lugar, procede analizar si existen reglas de experiencia que determinen los conocimientos con que cuenta una persona que se halle en las mismas circunstancias que concurren en los hechos ya probados¹¹⁶; en segundo lugar, el juez debe llevar a cabo un silogismo en que la regla de experiencia actúe de *premisa mayor* y los hechos previamente probados ("completamente acreditados", según el art. 1249 CC) de *premisa menor*¹¹⁷. El resultado de este silogismo son las conclusiones

¹¹⁴BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 19.

¹¹⁵DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, matiza las críticas formuladas contra esta expresión, considerando que con ella "simplemente se quiere proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal del cual la ley hace depender la existencia o no del delito de que se trate". Sobre las implicaciones que cierta jurisprudencia extrae del término "juicio de valor" en el ámbito del recurso de casación, cfr. *infra* XI.2.B.

¹¹⁶Para la discusión sobre si las reglas de experiencia preexisten al caso o se crean *ad hoc*, cfr. *infra* XI.1. Según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 11, los principios de experiencia "suministran un criterio general que subsiste y es verdadero por sí mismo, y que puede aplicarse en el caso concreto, pero es independiente de él". Sobre la estructura lógica de estos medios probatorios, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 220 ss.

¹¹⁷LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., trad. M. Rodríguez, Barcelona, 1994, pp. 301-303, afirma que "en un tal silogismo actúa como premisa mayor, por regla general, una determinada 'máxima de experiencia', una ley natural o una regla de probabilidad; como premisa menor el hecho inducible, que, por su parte, o bien es confesado en el proceso, o está asegurado por inspección ocular o por testimonio fidedigno". Cfr., igualmente, MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-329 y ARAGONESES ALONSO, adiciones a MITTERMAIER, *Tratado*, p. 407. El Tribunal Supremo expone en su sentencia de 20 de septiembre de 1990 (A 7196, ponente Ruiz Vadillo) cómo debe practicarse el denominado "juicio de inferencia": "el Tribunal tiene que llevar a cabo

sobre los conocimientos del sujeto enjuiciado¹¹⁸. El cometido de las reglas de la lógica (en sentido estricto) no es otro que garantizar la corrección interna del silogismo en cuestión.

Por ejemplo,

Se dan por probados los siguientes hechos (objetivos):

El empresario aceitero J.M.B. refinó en las instalaciones de su empresa una serie de partidas de aceite industrial que contenían anilina, un compuesto químico venenoso que se intentó eliminar del aceite mediante un proceso de refinado para su introducción posterior en el mercado como producto apto para el consumo humano. Varias personas consumieron el aceite, muriendo a consecuencia del efecto tóxico de la anilina. La acusación atribuye a J.M.B. la condición de autor de diversos homicidios dolosos. La defensa niega que el acusado conociera el carácter venenoso de la anilina y, además, sostiene que dicho acusado no se representó que, tras el proceso de refinado, pudieran permanecer restos de tal producto en el aceite.

Para llegar a la condena del acusado como autor de un homicidio doloso, como pretende la acusación, el razonamiento judicial debe basarse en la aplicación de una serie silogismos encadenados¹¹⁹.

una operación de inducción (ascensión lógica del entendimiento desde el conocimiento de fenómenos, hechos o casos, a la Ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en ellos uniformemente) y/o de deducción (sacando consecuencias de un principio, proposición o supuesto), para obtener las conclusiones correspondientes partiendo siempre de todos los datos probados". Sobre la estructura lógica del silogismo, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 222 ss. Cfr., igualmente, MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, pp. 59-60.

¹¹⁸Afirma CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181, que "la naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor". De acuerdo con la necesaria concurrencia de dos elementos —una base ontológica y una regla de experiencia— FREUND, *Normative Probleme*, p. 13: "de un hecho conocido y de una ley conocida se infiere un hecho desconocido". Cfr., igualmente al respecto, REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, p. 91 ss.

¹¹⁹OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, caracteriza las reglas de experiencia judiciales como proposiciones del tipo "cuando A entonces B", en que A son los hechos dados previamente por probados y B la conclusión. A favor de la legitimidad de la concatenación de presunciones indiciarias y en contra de algunas muy discutibles

1/

- Premisa Mayor (regla de experiencia): todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.

-premisas menor (hecho probado): el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.

- Conclusión: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

2/

- PM (regla de experiencia): quien intenta refinar una partida de aceite, extrayendo de éste su contenido de anilina, es consciente de que pueden permanecer restos de tal producto tóxico tras el proceso de refinado si no se adoptan posteriores medidas de control.

- pm (hecho probado): el acusado refinó una partida de aceite intentando extraer de ésta su contenido de anilina sin adoptar posteriores medidas de control.

- Conclusión: el acusado fue consciente de que podían permanecer restos de anilina en el aceite tras el proceso de refinado.

Las dos conclusiones obtenidas en los anteriores silogismos pasan ahora a desempeñar el papel de hechos probados ("plenamente acreditados") dentro de los razonamientos posteriores que debe llevar a cabo el tribunal sentenciador:

3/

apreciaciones jurisprudenciales, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 242.

- PM (regla de experiencia): quien sabe que la anilina es venenosa (mortal) y trata de refinar aceite que contiene anilina, siendo consciente de que pueden permanecer restos de ésta, es a la vez consciente de que existe riesgo de que el aceite siga conteniendo anilina y, por tanto, sea venenoso (mortal) tras el proceso de refinado.

- pm (hechos probados): el acusado sabía que la anilina era venenosa y fue consciente de que en el proceso de refinado del aceite existía el riesgo de que permanecieran restos de este producto.

- Conclusión: el acusado fue consciente de que tras el proceso de refinado existía el riesgo de que el aceite continuara conteniendo anilina y, por tanto, de que continuara siendo venenoso (mortal).

4/

- PM (regla de experiencia): quien introduce en el mercado de comestibles un producto, siendo consciente del riesgo de que dicho producto sea venenoso (mortal), es también consciente de que está creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores.

- pm (hecho probado): el acusado introdujo aceite en el mercado de comestibles siendo consciente del riesgo de que tal aceite fuera venenoso (mortal).

- Conclusión: el acusado era consciente de que estaba creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores al introducir el aceite en el mercado.

Si se adopta una definición de dolo como conocimiento del riesgo de realización de un resultado implícito a un comportamiento, la conclusión obtenida permite afirmar que el protagonista del ejemplo actuó de forma dolosa. En esta forma de razonamiento, las reglas de la lógica (concretamente, la regla del *modus ponendo ponens*) sirven para comprobar la corrección interna del silogismo, pero no para verificar que las premisas empleadas concuerden con la realidad, pues el "contenido de verdad" de las reglas de la lógica es meramente formal¹²⁰.

¹²⁰Sobre la distinción entre verdad lógica y verdad empírica, cfr. ADOMEIT, "Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff", *JuS*, 1972, pp. 629-630. La equiparación

Por ejemplo,

Las reglas de la lógica servirían para rechazar el siguiente silogismo: PM) "Los aceites siempre conocen el carácter venenoso de la anilina"; pm) "El acusado X es aceite-ro"; C) "El acusado no conoce el carácter venenoso de la anilina".

En un juicio como éste, las reglas de la lógica permiten constatar que la conclusión obtenida es incorrecta de acuerdo con las premisas dadas¹²¹. Sin embargo, dichas reglas no permiten entrar a valorar si la conclusión final del silogismo se corresponde con lo efectivamente sucedido aunque se haya realizado correctamente. Que se dé tal correspondencia en la conclusión depende esencialmente de que las premisas mayor y menor describan correctamente la realidad. Las reglas de la lógica entran en un segundo momento: la conclusión del silogismo sólo se corresponderá con dicha realidad si (presuponiendo la adecuación de premisa mayor y menor a ella) en la realización del silogismo se han respetado las reglas de la lógica¹²². De acuerdo con estas ideas, la capacidad de la prueba de indicios para formular conclusiones que se correspondan plenamente con lo efectivamente acaecido es algo que depende, por completo, de las premisas que se introduzcan en el silogismo. Como ya afirmó en su momento

terminológica entre "reglas de la lógica" y "leyes del pensamiento" en HÜRXTAL, KK, § 261, n° marg. 47. Cfr., también, ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 12, quien afirma que "la corrección formal-lógica es una condición necesaria pero no suficiente de la corrección de una deducción. A ella debe añadirse la corrección material de las premisas".

¹²¹Se entra en contradicción con la regla lógica del *modus ponendo ponens* cuando se realiza el siguiente silogismo: 1) $A \rightarrow B$; 2) A ; 3) $\neg B$. La correcta realización del silogismo lleva a conclusiones distintas: 1) $A \rightarrow B$ (regla de experiencia); 2) A (hecho probado); 3) B (conclusión).

¹²²La idea fundamental en este ámbito es que la lógica sólo permite saber lo que no puede ser, pero no lo que efectivamente es; cfr., al respecto, ADOMEIT, *JuS*, 1972, p. 630 y KINDHÄUSER, "Das Beweismaß des Strafverfahrens", *Jura*, 1988, p. 292. Cfr., asimismo, CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181: "la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos".

Engisch, refiriéndose a la aplicación del Derecho, “la deducción en sí apenas requiere esfuerzo; lo más difícil es encontrar las premisas”¹²³.

Para poder afirmar que la conclusión obtenida a través de la prueba de indicios coincide con la realidad son necesarios dos presupuestos básicos e irrenunciables: en primer lugar, *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*. En este sentido, no basta, como suele exigirse, con que tales reglas no contradigan las afirmaciones de la lógica y de los conocimientos científicos¹²⁴. La no contradicción con tales conocimientos tiene la finalidad de excluir que, mediante el empleo de reglas de experiencia, pueda llegarse a conclusiones opuestas a los conocimientos científicos asentados. En tal caso, evidentemente, se haría imposible sostener que a través de dichas reglas se está describiendo correctamente una realidad, por lo menos desde un paradigma de conocimiento como el actual, en que se considera que el método científico es el medio por excelencia para obtener un correcto conocimiento de la realidad¹²⁵. Cuando las reglas de experiencia utilizadas no aporten conclusiones ciertas o su vigencia no sea incontrovertida, el empleo de éstas incorpora un margen de error que no permite garantizar que el resultado obtenido con el silogismo vaya a corresponderse con los fenómenos psíqui-

¹²³ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 2ª ed., Heidelberg, 1960, p. 13. También interesantes en este punto las consideraciones de GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 35-36 y MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 208.

¹²⁴ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489, afirma que, según la jurisprudencia del BGH, la fijación de reglas de experiencia por parte del tribunal sentenciador está limitada por los conocimientos científicos seguros y por las reglas de la lógica. MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 13 ss, entiende que los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos actúan como límites a la libertad de que goza el juez en el momento de valorar la prueba.

¹²⁵En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 307, “el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas”.

cos cuya averiguación exige la concepción psicológica para dictar legítimamente una condena por delito doloso¹²⁶.

En segundo lugar, *también los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor en el silogismo deben corresponderse con la realidad*. Por expresarlo gráficamente, tales hechos deben ser *fragmentos* previamente constatados de dicha realidad. Cualquier otro planteamiento sobre la premisa menor incorpora igualmente un margen de error que hace imposible sostener rotundamente que la conclusión del silogismo deba necesariamente corresponderse con un hecho realmente acaecido, pues, como afirma Freund "la combinación de probabilidades no puede aportar nada más que, de nuevo, otra probabilidad"¹²⁷.

C.2. Las reglas de experiencia (premisas mayores)

Dentro de las reglas de experiencia que tienen vigencia en la actual sociedad pueden distinguirse dos grandes grupos¹²⁸: por un lado, las denominadas *leyes científicas*; por otro lado, las que se suelen designar con el apelativo de *reglas de experiencia cotidiana*¹²⁹. Las primeras se formulan a

¹²⁶Tampoco basta en este ámbito con exigir que la conclusión de la prueba de indicios resulte conforme a las reglas de la "sana crítica", sea "intersubjetivamente compartible", o no parezca "arbitraria". Estas exigencias excluyen de las conclusiones lo que se considera que no puede ser, pero no garantizan que éstas vayan a coincidir con la realidad.

¹²⁷FREUND, *Normative Probleme*, pp. 18-19. Cfr., asimismo, FINCKE, GA, 1973, pp. 267-268.

¹²⁸El BGH alemán define las máximas de experiencia como "aquellos juicios obtenidos empíricamente a partir de la observación y generalización de casos concretos que, en relación con su ámbito de aplicación, contienen deducciones concluyentes". Cfr. la sentencia del BGH de 7 de junio de 1982, citada por ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489. Una definición ya clásica de las reglas de experiencia en F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Leipzig, 1893, trad. A. de la Oliva Santos, Madrid, 1990, p. 22.

¹²⁹Cfr., en este punto, FREUND, *Normative Probleme*, p. 14 ss. En esta misma línea, la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) afirma que los "principios de experiencia", "valen tanto como normas de naturaleza o del pensamiento". La contraposición entre conocimientos científicamente asegurados y reglas de experiencia

partir de los resultados obtenidos por las investigaciones de las ciencias a las que se atribuye el carácter de empíricas, mientras que, como su nombre indica, las segundas se asientan en la denominada "experiencia cotidiana", que surge a través de la observación (no estrictamente científica) de determinados fenómenos o regularidades por parte de los individuos y respecto a las cuales existe un cierto grado de consenso¹³⁰. De entre estos enunciados interesan aquí los que sirven para determinar bajo qué condiciones puede afirmarse la existencia de una realidad muy concreta: el conocimiento ajeno. Antes que nada, sin embargo, conviene distribuir estos enunciados en cuatro grandes grupos, para seguidamente establecer cuáles sirven para satisfacer las condiciones de legitimidad que una concepción psicológica de la "determinación del dolo" exige a la práctica de la prueba de indicios.

En primer lugar, existen ciertas reglas que afirman bajo qué condiciones es segura la existencia de una determinada realidad¹³¹. Así, cuando se sostiene, por ejemplo, que a cero grados centígrados de temperatura el agua pasa de estado líquido a sólido, se está expresando una regla científica que aporta resultados que se consideran seguros. Por contra, cuando se sostiene que es imposible que una persona se encuentre a la vez en dos luga-

cotidiana también puede encontrarse en STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 241 y en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-323, quien distingue entre "aportaciones psiquiátricas y psicológicas" y "reglas comunes de la experiencia". KÄBER, *Wahrheitsforschung*, p. 97 ss, distingue entre ambos modelos de reglas y plantea los problemas que acarrea tal distinción. Cfr., igualmente, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 113, quien aporta una enumeración de las diversas modalidades de reglas de experiencia.

¹³⁰Tal distinción puede considerarse, desde ciertos puntos de vista, como poco sutil o incluso arbitraria; sin embargo, parece indudable que responde a determinadas convicciones de nuestra sociedad que, básicamente, distingue entre conocimientos sobre la realidad provinientes o no del recurso al denominado método científico. Cfr., al respecto, HASSEMER, *Einführung*, p. 149 y KÄBER, *Wahrheitsforschung*, p. 96 ss, quien pone de manifiesto cómo ciertas reglas de experiencia científicas expresan tales evidencias que también pueden calificarse como reglas de experiencia (en sentido cotidiano).

¹³¹La real existencia de reglas que puedan aportar certeza es impugnada, sin embargo, por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 133.

res distintos, se está expresando una regla de experiencia cotidiana a la que también se atribuye la capacidad de aportar conocimientos seguros¹³². Ambas modalidades de reglas tienen en común que describen las condiciones bajo las cuales se tiene por cierta la existencia o inexistencia de una determinada realidad¹³³. Su diferencia radica en la forma de obtención de unas y otras.

En segundo lugar, existen ciertas reglas a las que se atribuye la capacidad de determinar bajo qué condiciones es (más o menos) probable (pero no seguro) que exista una concreta realidad¹³⁴. Así, el enunciado que afirma que, cuando una persona ha sufrido una exposición prolongada a radiaciones nucleares, puede acabar padeciendo determinadas enfermedades es una regla científica de este tipo. Por contra, una regla de esta clase basada en la experiencia cotidiana puede encontrarse, por ejemplo, en la afirmación de que cuando un niño de pocos meses llora es porque tiene hambre. En ambos casos la existencia de una determinada realidad (enfermedad / hambre) se tiene sólo por probable dadas determinadas condiciones previas (exposición radiactiva / lloros)¹³⁵.

Desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo sólo interesan dos modalidades de las cuatro enunciadas, a saber, *aquellas reglas que describen bajo qué condiciones es seguro que existe una determinada realidad*. En el ámbito de la prueba del conocimiento ello implica que sólo

¹³²Ejemplo aportado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 14. Sobre las pruebas a las que se atribuye certeza, como la coartada o la prueba dactiloscópica, cfr. BATTAGLIO, "‘Indizio’ e ‘prova indiziaria’ nel processo penale", *RIDPP*, 1995, pp. 400-401.

¹³³FINCKE, GA, 1973, p. 267, manifiesta su más absoluto escepticismo sobre la existencia de reglas que puedan aportar algo más que probabilidad.

¹³⁴Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17 y MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 15.

¹³⁵Sobre la distinción entre reglas que afirman bajo la concurrencia de qué indicios es segura (regla de certeza) o sólo probable (regla de posibilidad) la existencia de otro hecho, cfr. HOYER, "Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip ‘in dubio pro reo’", *ZStW*, 105 (1993), p. 528. Sobre la diferencia entre reglas que aportan certeza y reglas que aportan probabilidad, cfr., igualmente, FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 227.

pueden aceptarse como premisa mayor las reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es seguro que alguien ha conocido algo. Las reglas que sólo afirman bajo qué condiciones es probable un determinado conocimiento no cumplen con las condiciones de legitimidad exigidas por la concepción psicológica del dolo, pues no permiten descartar que el caso concreto pueda ser uno de los supuestos en que no existe de modo efectivo la realidad cuya existencia sólo se considera probable. Si se admitieran este tipo de reglas en el silogismo de la prueba de indicios, se estaría aceptando la posibilidad de que la conclusión de dicho silogismo pudiera no coincidir con la realidad, lo que, trasladado a la cuestión de la prueba del conocimiento, supondría 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 dolo¹³⁶.

En consecuencia, las reglas de experiencia que interesan en este ámbito son aquéllas que afirman bajo qué condiciones es seguro que alguien conoce algo. Sin embargo, estas reglas deben cumplir un ulterior requisito: *su validez misma debe estar fuera de dudas*. Así, cuando se acoge una regla de experiencia que determina bajo qué condiciones es seguro que exista una determinada realidad, pero se duda sobre la validez misma de tal regla se está admitiendo la posibilidad de que ésta lleve a resultados erróneos¹³⁷. Debe afirmarse, por tanto, que la exigencia de certeza afecta a las reglas de experiencia en dos sentidos distintos: *seguridad en su validez*, por un lado, y, por otro, *seguridad en los resultados a los que conduce su aplicación*.

¹³⁶Cfr. *supra* VII.2.

¹³⁷Este sería el caso, por ejemplo, en que se sostuviera la regla según la cual, "la exposición prolongada al sol lleva al seguro padecimiento de enfermedades cutáneas". Aunque esta regla en su formulación conduce a resultados seguros ("seguro padecimiento de enfermedades cutáneas"), las dudas sobre su validez intrínseca no permiten garantizar que en ella se contenga la correcta descripción de un fenómeno realmente existente. En este ámbito resultan fundamentales las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 528, quien entiende que, en función de cómo se juzgue su validez, las reglas de experiencia pueden ser consideradas verdaderas, falsas o dudosas.

Cuando se ha analizado la capacidad del recurso a las ciencias empíricas como medio para averiguar el conocimiento de otra persona, se ha puesto en evidencia cómo, hoy por hoy, no parece que disciplina científica alguna se atreva a aportar reglas de validez irrefutable que describan bajo qué condiciones es seguro que una persona conoce algo¹³⁸. Todo lo más, se aporta alguna regla aislada (cuya validez tampoco está libre de controversias) que explicita bajo qué condiciones alguien *no* conoce algo. Cuando se descarta la posibilidad de contar con reglas científicas de segura validez que lleven a resultados ciertos sobre el conocimiento ajeno, la obtención de conclusiones indiscutibles mediante la prueba de indicios debe quedar restringida a los supuestos en que se pueda contar, a modo de premisa mayor, con una regla de experiencia cotidiana de validez segura que indique bajo qué condiciones está fuera de toda duda que alguien conoce algo.

La doctrina discrepa sobre si hoy en día tiene auténtica vigencia alguna regla de experiencia cotidiana que reúna tales características. Así, por ejemplo, Märker afirma que las "verdades" obtenidas en el ámbito del tipo subjetivo a través de la observación y la auto-observación son "verdades" que "pertenecen a la esfera individual de cada comentarista y son, en el mejor de los casos, conocimiento filosófico, pero no empírico. En tanto que experimentos hipotéticos del pensamiento nunca pueden atribuirse seguridad sino, como mucho, probabilidad"¹³⁹. Ulrich Stein, por su parte, sostiene que las reglas de experiencia cotidiana sólo pueden llevar a "apreciaciones aproximativas" del tipo "no está excluido que", "es

¹³⁸Cfr. *supra* VII.3.A.5. Muy interesante la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): "en lo referente a los elementos del tipo subjetivo del delito, los Tribunales se deben apoyar, por lo general, exclusivamente en los principios de la experiencia obtenidos de la observación de situaciones particulares y de las correspondientes generalizaciones llevadas a cabo a partir de ellas".

¹³⁹MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 182-183. LARENZ, *Metodología*, p. 302, afirma, en general, que "las más de las veces, la premisa mayor es una regla de probabilidad que, con frecuencia, ni siquiera es suficientemente segura".

bien posible que” o “es altamente probable que”¹⁴⁰. Freund, finalmente, plantea la postura más radical: la duda filosófica misma y el que no sea posible descartar que lo que hoy se considera conocimiento seguro se desacredite dentro de unos años, impiden aceptar la existencia de reglas de segura validez que conduzcan a resultados ciertos¹⁴¹.

Estas ideas pueden reforzarse con otro argumento: si se entiende que la actual sociedad sólo atribuye capacidad de aportar conocimientos ciertos sobre la realidad a las reglas obtenidas mediante el método científico, la renuncia a tal método como forma de conocimiento implica *per se* la asunción del riesgo de que los resultados que se obtengan al aplicar una regla no científica puedan no corresponderse plenamente con dicha realidad. Desde este punto de vista, mediante una apelación a la coherencia de la sociedad se negaría con carácter general la posibilidad de que existan reglas de experiencia cotidiana que aporten conocimientos seguros y cuya validez esté fuera de discusión.

Por otra parte, algunos autores ponen de manifiesto que las reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno se formulan siempre a partir de la observación del propio conocimiento: con su uso, se *averigua* qué es lo que conocía otra persona a partir de aquello que uno mismo cree que habría conocido de haberse encontrado en idéntica situación. Sin embargo, esta forma de proceder plantea problemas de considerable en-

¹⁴⁰STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 241-242. Cfr., igualmente, la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): “ todos los principios generales de la experiencia pueden no operar en un caso concreto, dado que una seguridad absoluta *a priori* no se puede alcanzar nunca por medio de la inducción, en la medida en que ésta presupone que no han sido observados todos los casos posibles. Ello reside en la naturaleza misma de la generalización obtenida por la inducción”. Argumentos similares en MONER MUÑOZ, “ El dolo y su control en el recurso de casación”, en *Elementos subjetivos*, p. 150.

¹⁴¹Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 13. KÄBER, *Wahrheitsforschung*, p. 95, coincide con este planteamiento al afirmar que “ la investigación forense de los hechos no puede tener como meta una verdad absoluta o eterna” si se parte de la idea según la cual, la validez de toda teoría puede verse desacreditada en el futuro.

vergadura¹⁴². Fundamentalmente, no parece que puedan considerarse siempre seguros los resultados obtenidos a través de una extrapolación de las condiciones del conocimiento propio al ajeno¹⁴³. Freund lo expresa con una claridad meridiana en las siguientes frases:

un proceso de deducción que va de los indicios objetivos a la existencia de elementos subjetivos depende de que la persona que lo realiza se coloque en la situación del autor y lleve a cabo una inferencia analógica sobre lo que él mismo se habría representado en una situación idéntica. Los problemas de esta deducción basada en una transposición de la personalidad del autor son obvios: quien se "coloca" en la situación y en la personalidad del autor es siempre *otra* persona, por mucho que ésta tenga en cuenta las peculiaridades de la personalidad de dicho autor que le sean conocidas. Por consiguiente, dado que una reconstrucción idéntica de lo que el autor realmente supo, pensó o quiso es imposible en la persona del que se coloca en su lugar, prácticamente nunca se puede excluir con

¹⁴²LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 271 afirma que "ningún proceso de inferencia a partir de indicios objetivos que lleve a la afirmación del dolo puede renunciar por entero al 'colocarse en la situación del autor' y tampoco al juicio de analogía sobre 'lo representado por uno mismo': la problemática del juicio de analogía que sirve de base al 'ponerse en el lugar de otro' es, sin embargo, evidente" (cursiva en el original). Según este autor, el "modelo" que se sitúa en el lugar del verdadero autor es el del hombre que actúa de modo racional para la consecución de sus objetivos.

¹⁴³FREUND, *Normative Probleme*, p. 27, entiende que "si no se quiere que este 'colocarse en lugar de' sea desde un principio incapaz de conocer los 'verdaderos' hechos psíquicos ajenos, hacen falta *dos presupuestos*: debe suministrar realmente hechos psíquicos y éstos deben ser idénticos en sus aspectos esenciales, bajo determinadas condiciones, en personas distintas". Según este autor (*ibidem*, pp. 28-29), en este segundo punto se plantea el problema de que, según muestra la psicología, "la corrección de este juicio de analogía no se puede comprobar (...) quien se coloca en la situación del autor es siempre *otro*" (cursiva en el original). Por tanto, aunque se conozcan las peculiaridades de la personalidad del autor lo más que se puede conseguir es una aproximación mayor o menor a los hechos psíquicos ajenos, ya que, según indica la propia psicología, "lo que una persona percibe no sólo depende de la naturaleza objetiva de las cosas, sino que está impregnado de peculiaridades personales". Y ello por no hacer referencia, como añade KLEB-BRAUN, JA, 1986, p. 313, a aquellos fenómenos de la conciencia que pueden no trascender a lo externo, es decir, que no se traducen en indicios objetivos.

certeza que, debido a peculiaridades del autor desconocidas, se le atribuyan realidades psíquicas erróneas¹⁴⁴.

Todas estas críticas llevan a pensar que, en la mayoría de casos, si quien emplea determinadas reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno reflexiona seriamente sobre el contenido de éstas, difícilmente puede sostener que dicho empleo esté en condiciones de proporcionar conclusiones seguras, sino, como mucho, probables¹⁴⁵. Como afirma *Martínez Arrieta*, la prueba indiciaria es "una prueba de probabilidades"¹⁴⁶.

Sin embargo, no parece posible descartar categóricamente que en determinados casos la sociedad entienda que sí existen reglas de experiencia cotidiana cuya validez y capacidad de aportar conocimientos ciertos esté fuera de discusión. Éste es el caso, por ejemplo, de la regla según la cual

¹⁴⁴FREUND, *Normative Probleme*, p. 5. Forzosamente de acuerdo con esta idea deberían estar todos aquellos autores que entienden que el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad), son experiencias estrictamente personales; así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 9-10, afirma que "la peculiaridad de los elementos subjetivos está precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido". Cfr., igualmente, KÖBERER, "Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale", *KrimJour*, 1983, pp. 189-190: "las teorías judiciales de la vida cotidiana sobre los elementos subjetivos del delito no son una teoría de la vida cotidiana sobre el autor, sino sobre el juez mismo". Una crítica psicológica al "colocarse en lugar de" en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 186 ss.

¹⁴⁵Algo ya admitido por FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 232, al afirmar que "en lo atinente a los *hechos internos* del espíritu humano, no es necesario hacer distinciones, pues ellos no pueden referirse a leyes infalibles, ya que los diversos accidentes del espíritu, y aun más, el influjo del libre arbitrio, hacen que intervengan factores anómalos en contra de esas leyes; de consiguiente, en cuanto a los hechos internos de la consciencia, pueden existir leyes para la *mayoría de los casos*, no para todos, esto es, leyes morales de probabilidad, no de certeza" (cursiva en el original).

¹⁴⁶MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, p. 56. Añade este autor que, en este ámbito, "la suma de probabilidades determinará la certeza". Obsérvese, sin embargo, que esta certeza se debe entender en parámetros de convencimiento subjetivo, pues matemáticamente la acumulación de probabilidades sólo da lugar a más probabilidades. Cfr., también, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 132.

quien acaba de decir cómo se llama no ha olvidado su nombre al cabo de cinco minutos o aquella otra de acuerdo con la cual, cuando una persona mueve la cabeza para saludar a un amigo con el que se cruza por la calle es porque le ha reconocido. Respecto a reglas tan evidentes como éstas, tal vez se pueda reconocer su segura vigencia y la capacidad de describir con certeza algunos conocimientos ajenos. El problema de reglas de este tipo es que sólo parecen regir en situaciones de inmediatez entre quien realiza el juicio y el destinatario de éste, unas circunstancias que no son precisamente las que suelen darse en el ámbito del proceso penal¹⁴⁷. Pocas veces los tribunales dictan condenas en que se afirma el conocimiento necesario para el dolo con base en reglas tan evidentes como las citadas.

De acuerdo con lo anterior, no parece aventurado afirmar que, ya en el ámbito de la premisa mayor del silogismo indiciario, en pocas ocasiones será posible observar la exigencia de que la regla de experiencia tenga una vigencia segura y aporte conocimientos ciertos: las leyes científicas sobre el conocimiento ajeno, si existen, son escasas, y también los son aquellas otras reglas que se basan en la denominada experiencia cotidiana. A través de estas últimas no parece que pueda conseguirse algo más que el conocimiento de cuándo es probable la existencia de una determinada realidad. El número de reglas a las que se atribuye certeza parece, desde luego, muchísimo más limitado del que habitualmente se maneja en la práctica por los aplicadores jurídicos. Esta última circunstancia sitúa a la perspectiva psicológica del dolo en una difícil coyuntura: si se quiere ser coherente, la exigencia de una plena constatación de la realidad psicológica pasa necesariamente por una reducción tajante del número de supuestos en que es posible dictar una condena por delito doloso, una re-

¹⁴⁷Curiosa la opinión de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 36-37, quien se plantea la cuestión de por qué no normativizar el conocimiento después de haber afrontado en su teoría (cfr. *supra* IV.2.C) una plena normativización de la voluntad. Esta autora responde a la cuestión con la idea de que "en los contactos sociales es posible penetrar, por lo que respecta al conocimiento, en la psique de los demás". Respecto a esta idea puede afirmarse que la situación que se da en el proceso penal difícilmente puede equipararse a aquellos contactos sociales en que tal penetración parece posible, dada, precisamente, la falta de inmediatez con el instante en que el sujeto exterioriza un determinado conocimiento.

ducción a cifras muy inferiores a las que se manejan en la práctica actual. Estas cifras deberían quedar reducidas al número de reglas de experiencia cotidiana a las que se atribuye segura validez y capacidad de aportar certeza sobre la realidad del conocimiento ajeno.

C.3. *Los hechos previamente probados (premisa menor)*

Como se ha afirmado anteriormente, para que la conclusión del silogismo que se lleva a cabo en el ámbito de la prueba de indicios se corresponda plenamente con la realidad que se intenta probar, no basta con que las reglas de experiencia utilizadas a modo de premisa mayor expliciten bajo qué condiciones es segura la existencia de dicha realidad. Además, hace falta que los hechos probados que se utilicen como premisa menor de dicho silogismo se correspondan con una realidad efectivamente acaecida, sin que tampoco aquí sea admisible margen de error alguno¹⁴⁸. De otro modo, no puede garantizarse que la conclusión del silogismo vaya forzosamente a coincidir con los hechos efectivamente acaecidos¹⁴⁹. Así parece entenderlo también el Tribunal Constitucional, cuando afirma que “una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades”¹⁵⁰.

Como se intentará mostrar seguidamente, en la inmensa mayoría de casos no parece posible garantizar de un modo absoluto que la premisa menor concuerde con una realidad efectivamente acaecida. Para el análi-

¹⁴⁸Así, GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 61, afirma que la existencia de los hechos de los que se parte en la prueba de indicios debe estar “libre de dudas”.

¹⁴⁹Sobre la fijación de los hechos objetivos en el ámbito del proceso penal, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 131 ss. Este autor entiende que en la determinación de dichos hechos es posible alcanzar un mayor grado de certeza que en la de los hechos subjetivos, por existir un menor número de barreras fácticas y normativas.

¹⁵⁰STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre); cfr., al respecto, las consideraciones de ZUGALDÍA ESPINAR, “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, *ADPCP*, 1986, p. 406 ss.

sis detallado de esta cuestión, deben distinguirse dos grupos de supuestos:

a) Un primer grupo lo integran aquellos casos en que *los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor tienen una naturaleza objetiva.*

Por ejemplo,

Un padre que ha abusado sexualmente de su hija en los términos de los arts. 181 y 182 CP, declara ante el tribunal que le juzga no haber sabido, cuando llevó a cabo la conducta típica, que su hija era menor de doce años. El tribunal considera aplicable al caso la regla de experiencia según la cual "un padre que convive con su hija conoce siempre la edad de ésta" (premisa mayor), a la que vincula —a modo de premisa menor— el hecho objetivo de que el acusado era el padre de la niña y, además, de que convivía con ella. La concurrencia de estas dos premisas lleva a la conclusión de que el acusado sabía que la víctima tenía menos de doce años en el momento en que abusó de ella.

La cuestión que conviene analizar ahora es en qué casos los datos objetivos que forman parte del relato de hechos probados pueden considerarse una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida. La respuesta a tal cuestión debe ser, por fuerza, que muy pocas veces. Ciertamente, en primer lugar, que en algunos supuestos y respecto a determinados hechos objetivos, parece posible llegar a un nivel de certeza que vendría a corresponderse con lo que puede considerarse una reconstrucción fidedigna de la realidad. Tal es el caso, por ejemplo, en que se demuestra pericialmente que unas determinadas huellas dactilares pertenecen a cierta persona y, a partir de ello, se deduce que ésta estuvo en un determinado lugar. Lo mismo parece suceder cuando se establece que la voz recogida en una cinta magnetofónica pertenece a un determinado sujeto, o cuando el juez advierte por sus propios sentidos que a la víctima le ha sido amputada una pierna. No obstante, incluso en estos supuestos son imaginables situaciones rocambolescas en que lo que parece evidente al juez no coincide, sin embargo, con la realidad: las huellas pueden haber sido reproducidas por otra persona mediante sofisticados artificios técnicos, la voz imitada con modernos aparatos sintetizadores y la víctima puede comparecer ante el tribunal perfectamente disfrazada. Estos ejemplos sirven para demostrar cuán ínfimo es el número de casos en que es posible

sostener, sin que quepa el más mínimo resquicio para la duda, que la existencia de una determinada realidad puede considerarse como completamente segura¹⁵¹.

Esta afirmación puede hacerse extensiva a los medios de prueba más habituales: el juez nunca puede descartar que un testigo o un perito haya mentido o que la confesión del acusado, incluso cuando revista un sentido auto-inculpatario, no coincida con la realidad¹⁵². Lo mismo puede sostenerse para el caso en que los hechos objetivos hayan sido establecidos a través de la prueba de indicios, pues en estos supuestos se dan los problemas ya advertidos al exponer los requisitos que deben cumplir las reglas de experiencia¹⁵³. Incluso en el caso de la inspección ocular de determinadas pruebas por parte del juez puede suceder, simplemente, que tales pruebas sean falsas y que, por tanto, el órgano judicial llegue a conclusiones erróneas. Por todos estos motivos, en el ámbito del proceso penal se entiende suficiente con que el juez llegue a convencerse de una determinada realidad para darla por probada¹⁵⁴: el acto subjetivo de convencimiento permite salvar las prácticamente inevitables dudas que suscita todo medio de prueba, de tal modo que si tales incertidumbres (por mínimas que fueran éstas) tuvieran que ser tomadas seriamente en cuenta, nunca sería posible llegar a dar un hecho por probado y tampoco, por tanto, a una condena. Como afirma *Ulrich Stein*, "el riesgo de condenar

¹⁵¹Y todo ello pese a que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre), afirme que "sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria"

¹⁵²Sobre las causas que pueden llevar a "falsas" confesiones, cfr. *supra* VII.3.B.

¹⁵³DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 380: "la doctrina suele entender que cualquier medio de prueba puede valer para acreditar estos hechos básicos, incluso la propia prueba de indicios". BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 45, se muestra crítico con la exigencia ocasional, por parte del Tribunal Supremo, de que en la prueba de indicios no se empleen hechos-base obtenidos a través de otras pruebas de indicios practicadas previamente.

¹⁵⁴Como afirma HENKEL, E. *Schmidt-FS*, pp. 579-580, en las conclusiones de la prueba de indicios sólo es posible alcanzar la certeza subjetiva y relativa sobre la que se basa la convicción judicial.

erróneamente puede reducirse más o menos, pero nunca puede eliminarse"¹⁵⁵.

b) Un segundo grupo de casos a tener en cuenta, lo integran aquellos supuestos en que *los hechos probados que se introducen en el silogismo a modo de premisa menor son hechos de naturaleza subjetiva*.

Por ejemplo,

El tribunal considera probados dos hechos: primero, que el acusado sabía que en el interior de la casa en que instaló un artefacto explosivo se encontraban personas y, segundo, que dicho acusado sabía también que una bomba como la colocada es capaz, en general, de producir la muerte. El tribunal aplica la regla de experiencia según la cual, "quien conoce, en general, que una bomba es apta para matar y la coloca en un local en que hay personas, es también consciente de estar realizando una conducta concretamente apta para causar la muerte de éstas". Si a tal regla de experiencia se vinculan a modo de premisa menor los hechos subjetivos dados previamente por probados (conocimiento de la aptitud lesiva en general, más conocimiento de la presencia de personas), la conclusión es evidente: el acusado actuó con el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para matar y, por tanto, dolosamente.

En la práctica lo más probable es que los hechos subjetivos que actúan como premisa menor hayan sido previamente obtenidos mediante pruebas de indicios. Por este motivo tales hechos cargan casi siempre con el margen de error implícito a todos los juicios de inferencia realizados con anterioridad. En tal medida, tampoco puede garantizarse que los hechos subjetivos que se obtienen como conclusión de un silogismo en el que se han introducido como premisa menor otros hechos subjetivos vayan a corresponderse necesariamente con la realidad efectivamente acaecida.

De acuerdo con todo lo expuesto, puede concluirse que en el ámbito de la premisa menor es prácticamente imposible asegurar que los hechos probados utilizados en tal premisa se correspondan necesariamente con la realidad, con independencia de la naturaleza (objetiva o subjetiva) de és-

¹⁵⁵STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

tos¹⁵⁶. Esta conclusión obliga a una segunda reducción de los casos en que resulta legítima, de acuerdo con la concepción psicológica de la "determinación del dolo", una condena por delito doloso.

C.4. *¿Realidad psicológica a través de indicios?*

Como se ha afirmado en repetidas ocasiones a lo largo de los subapartados anteriores, sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicios vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de *vigencia incontrovertida* que explicita bajo qué condiciones es *segura* la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su *plena coincidencia* con la realidad. En los dos últimos subapartados se ha puesto en evidencia que tales condiciones sólo pueden cumplirse en un escaso número de supuestos¹⁵⁷.

Los autores que se inscriben en la concepción psicológica de la "determinación del dolo" no parecen inquietarse demasiado por las enormes sombras que conclusiones como las anteriores proyectan sobre la

¹⁵⁶La jurisprudencia y buena parte de la doctrina parecen dar a entender que determinados problemas de prueba sólo se dan a nivel de tipo subjetivo, por ser sus presupuestos aplicativos inaccesibles a los sentidos. Sin embargo, no debe olvidarse que tampoco respecto al tipo objetivo se da en la mayoría de los casos una percepción directa del hecho por parte del tribunal y que también en su constatación suelen presentarse dificultades cuya envergadura no tiene nada que envidiar a la de la prueba de los hechos en que se fundamenta el tipo subjetivo.

¹⁵⁷A ello, tal vez, puede atribuirse, como constata DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 388 ss, que "tradicionalmente se ha [ya] venido manifestando cierta desconfianza respecto al valor de esta clase de prueba". Admite el doble peligro de error en la prueba indiciaria MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 224, aunque matiza este autor que el riesgo de error es algo también inherente a las denominadas "pruebas directas".

aplicabilidad de un concepto de dolo que deba cumplir con los estrictos requisitos de legitimidad en que se basa tal concepción. Puede incluso afirmarse que, en la práctica, se rehúye afrontar directamente la cuestión clave en este ámbito, esto es, si puede afirmarse que mediante la prueba de indicios es posible averiguar de modo fidedigno una determinada realidad psicológica pretérita y ajena, o, matizando un poco más, en que número de casos puede garantizarse una averiguación indiscutible de tal realidad¹⁵⁸.

Uno de los autores que afronta este problema es *Díez Ripollés*, quien afirma que “las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va. En contrapartida posee una mayor flexibilidad y versatilidad que le permite ampliar el número de fenómenos susceptibles de análisis”¹⁵⁹. Sin embargo, cuando se atribuye a las reglas de experiencia el carácter de “procedimiento experimental menos fiable” en comparación con el método científico, se admite implícitamente que los resultados que se obtienen con la aplicación de tales reglas incorporan un margen de error (de ahí que se hable de “menos fiables”) que podría no darse recurriendo a otros métodos de averiguación. Es precisamente la admisión de este margen de error lo que, de acuerdo con la concepción psicológica de la “determinación del dolo”, debería llevar a renunciar a la prueba de indicios en la determinación de fenómenos psicológicos.

¹⁵⁸De hecho, los tribunales no afirman en ningún caso que una prueba de indicios sólo sea correcta si coincide con la realidad, sino que, como se afirma en la STS de 27 de febrero de 1992 (A 1358, ponente Puerta Luis), una inferencia se da por correcta mientras no sea “ilógica ni contraria a las enseñanzas de la experiencia diaria ni, por tanto, arbitraria”. Sin embargo, con este punto de vista no se cumplen las condiciones de legitimidad que la concepción psicológica del dolo exige para una condena por realización típica dolosa: lo no arbitrario no implica una necesaria correspondencia con la realidad.

¹⁵⁹DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 322-323.

En línea con la anterior idea, supondría un grave contrasentido afirmar que una condena por delito doloso sólo es legítima cuando se haya averiguado la efectiva existencia de determinados conocimientos y admitir, al mismo tiempo, que dichas condenas son posibles aunque subsistan dudas sobre si tal existencia ha sido efectivamente acreditada. Esta última posibilidad contradice frontalmente las condiciones en que la concepción psicológica del dolo entiende que es legítima una condena por delito doloso: *mientras subsisten dudas no puede descartarse que hechos probados y realidad efectivamente acaecida no coincidan. Si se dicta una condena pese a la subsistencia de tales dudas, se asume el riesgo de que con ella se instrumentalice al reo, pues es posible que éste no hubiera contado con los conocimientos que se dan por probados. De este modo, se admite que toda condena es un posible atentado contra la dignidad del condenado*¹⁶⁰.

Un desarrollo coherente de las anteriores ideas implica que prácticamente nunca pueden aceptarse como hechos probados las conclusiones que la prueba de indicios suministra sobre los conocimientos de un sujeto. Esto es así, desde luego, si se quiere mantener la idea de que toda condena por delito doloso exige la plena averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. En consecuencia, el dolo debe negarse en la inmensa mayoría de los casos. El evidente problema que se plantea con esta afirmación, y al que no dan respuesta los partidarios de la concepción psicológica, es si la sociedad puede sostenerse con una aplicación del Derecho penal reducida a la mínima expresión como la que surge de un desarrollo coherente de los planteamientos de tal concepción. Esta cuestión deberá ser analizada en el siguiente Capítulo de este trabajo.

¹⁶⁰Fundamental al respecto, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

VIII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: visión crítica

VIII.1. Aplicabilidad de la concepción psicológica

El juez que quiera ser fiel a la literalidad de la concepción psicológica de la "determinación del dolo" y, por tanto, sólo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo *no* existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuantos enunciados de experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer éstos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral¹. Todos los demás medios probatorios incorporan un cierto grado de riesgo de que los hechos que se den por probados no coincidan con la realidad efectivamente acaecida. La trascendencia de este riesgo no puede pasarse fácilmente por alto, pues, como afirma *Ulrich Stein*, "si se quiere respetar la garantía de la dignidad de la persona en toda su extensión, el juez no puede aceptar ni el más mínimo riesgo de error en la condena"².

¹Cfr., al respecto, *supra* VII.3.A.5 y VII.3.C.4.

²STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. También son cruciales en este punto las afirmaciones de FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 ss.

De acuerdo con lo anterior, el juez que no quiera asumir en sus sentencias el más mínimo peligro de instrumentalizar al condenado o de atentar contra la dignidad de éste al imponer la sanción penal, tiene necesariamente que absolver o, en lo que respecta al tipo subjetivo, condenar como mucho por delito imprudente, siempre y cuando el texto de la ley lo permita³. Como afirma *Muñoz Conde*, cuando la perspectiva psicológico-individual no ofrece los datos que de ella cabe esperar, nos encontramos "ante nuestra propia ignorancia que debe conducir a la absolución o al *in dubio pro reo*", pues "cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica"⁴.

La solución que pasa por admitir que prácticamente nunca se puede condenar por delito doloso proyecta negras sombras sobre la posibilidad de seguir afirmando que el Derecho penal es un medio eficaz para generar algún tipo de efecto en la sociedad. Así, con una aplicación coherente de la concepción psicológica, los tipos delictivos en que sólo se castiga la realización dolosa devienen prácticamente inaplicables y quedan *de facto* derogados; por otro lado, las conductas que se castigan en su modalidad dolosa e imprudente siguen siendo punibles, pero sólo de acuerdo con esta segunda modalidad de imputación subjetiva, pues lo más que puede llegar a determinarse en un caso concreto es el *deber conocer* propio de la imprudencia, pero no el *efectivo*

³De acuerdo con la concepción psicológica, para poder condenar por delito doloso, el juez necesita reglas de vigencia indiscutida que le digan cuándo es seguro que alguien conoce algo (cfr. *supra* VII.3.C.1). Como la existencia de tales reglas es hartamente dudosa, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, el juez nunca puede considerar probado dicho conocimiento ni, por tanto, afirmar una realización delictiva dolosa. Especialmente interesantes para esta cuestión las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 529.

⁴MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Cfr., igualmente, las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, "Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)", *ADPCP*, 1990, p. 428, acerca de las dificultades que plantea un uso consecuente del *in dubio pro reo* en la prueba del pretendido *animus necandi* como requisito del delito de homicidio.

conocer en que se asienta el dolo⁵. Los resultados finales, sin embargo, no resultan muy convincentes: el terrorista que hace estallar artefactos explosivos en lugares habitados y el automovilista descuidado reciben un trato idéntico, esto es, el de homicidas imprudentes, pues en ninguno de los dos casos va a poder acreditarse de modo fehaciente que estos sujetos actuaran con conciencia del riesgo que su acción entrañaba para la vida de otras personas.

La situación que se acaba de describir sitúa al Derecho penal ante una difícil encrucijada. Por un lado se afirma que con su aplicación deben conseguirse determinados efectos sobre la colectividad (motivación, intimidación, aseguramiento de expectativas), pero, por otro, las condiciones de tal aplicación se estructuran de una manera tal, que el único efecto que parece conseguirse es sembrar el desconcierto entre los receptores del mensaje que se pretende dirigir a la sociedad. Esta falta de sintonía se aprecia de un modo evidente en lo que respecta al tipo subjetivo: aunque la colectividad valora como más graves determinadas realizaciones delictivas, por considerar que en ellas se da una mayor implicación a nivel interno por parte de su autor, el recurso a la concepción psicológica, por sus propias limitaciones, lleva a responder, en contra de las valoraciones sociales, que todos los hechos deben considerarse subjetivamente idénticos, esto es, realizados de modo imprudente⁶. El número y la entidad de los interrogantes que se plantean acerca de la utilidad de un Derecho penal así delineado no pueden pasarse fácilmente por alto.

⁵Cfr. la argumentación de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 11, con respecto a los problemas de prueba que plantean las teorías del dolo basadas en la exigencia de que el autor valore de algún modo el riesgo conocido: "el juez debería aceptar estas dificultades de prueba y, consecuentemente, aplicar el 'in dubio pro reo' a favor del acusado, de tal modo que en la práctica sólo podría condenarse por imprudencia, salvo en los casos en que se diera una confesión".

⁶En este sentido, no deja de ser sintomático que un partidario de la idea de realidad psicológica como DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 37, admita que los postulados de dicho enfoque "no se pueden realizar plenamente, sino hasta cierto límite". Por su parte, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 16, afirma que "con base en fundamentos procesales tiene muy poco sentido definir el dolo como un *factum* psíquico".

Sin embargo, la nada tranquilizadora situación que se acaba de describir no coincide, ni mucho menos, con la realidad de la actual práctica judicial, en cuyo seno cada día se pronuncian cientos de condenas por delito doloso aunque la averiguación plena de lo que realmente conoció el sujeto activo no se haya alcanzado en la inmensa mayoría de supuestos. Ello implica, por fuerza, que en dicha práctica los criterios últimos de que se hace depender la aplicación del concepto de dolo no son, ni mucho menos, los requeridos por la concepción psicológica. Al análisis de tales criterios se dedica el siguiente subapartado.

VIII.2. La “determinación del dolo” *de lege lata*

De un análisis de la normativa procesal en vigor no parece extraerse explícitamente la idea de que el objetivo último del proceso penal sea la plena constatación de determinados hechos: según la normativa vigente y su interpretación mayoritaria, para dar un hecho por probado *es suficiente con que el juez, a la vista de la prueba practicada, se convenza de la existencia de dichos hechos*⁷. De acuerdo con este criterio, para la afirmación de que una conducta ha sido llevada a cabo con ciertos conocimientos por parte de su autor, lo decisivo no es llegar a un enunciado como “el sujeto conoció” —donde dicha

⁷Cfr. GOLLWITZER, *L/R*, 24ª ed., Berlín, 1987, § 261, nº marg. 1. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 487, afirma que “para condenar *no* es necesaria ni suficiente la *constatación* de la verdad, sino la *convicción* sobre ésta, el *tener por verdadero*” (cursiva en el original). Según VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, la diferencia entre uno y otro juicio radica en que en el segundo se añade un “elemento adicional de carácter personal”. VEST, *Vorsatznachweis*, p. 30, habla de la necesidad de una “firme convicción personal”. Cfr., igualmente, KINDHÄUSER, *Jura*, 1988, p. 291. CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 6, afirma que “la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado”. Pese a ello, el Tribunal Supremo español afirma que “la prueba es la manifestación de la verdad (*‘probatio est demonstratio veritatis’*); cfr., en este sentido, la STS de 11 de julio de 1991 (A 5808, ponente De Vega Ruiz) que, sin embargo, hace compatible la anterior idea con la afirmación de que lo que debe obtenerse con la práctica de la prueba (en este caso de los elementos subjetivos a través de un juicio de inferencia) es “la convicción de la existencia de elemento culpabilístico” (STS de 15 de enero de 1992, A 165, ponente Ruiz Vadillo).

afirmación se considera expresión de una realidad plenamente constatada—sino, más bien, a enunciados como “estoy convencido de que el sujeto conoció”, cuyo contenido es, desde luego, bien distinto al del primero⁸. En este sentido, la ley no parece establecer que una convicción sólo haya de tenerse por correcta cuando se llegue a una demostración *objetiva e indiscutible* sobre la existencia del hecho que se da por probado⁹. Como afirma *Georg Freund*, para la condena basta con que el juez esté convencido de una determinada verdad, aunque no haya dado con ella; una idea que está en plena sintonía con la afirmación de *Karl Larenz*, en el sentido de que “probar” no es en realidad otra cosa que “crear en el Tribunal la convicción de un hecho”¹⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española no exige expresamente que, para considerar probado un hecho, deba acreditarse de forma irrefutable su existencia efectiva. El art. 741 de dicho texto legal simplemente declara que el tribunal dictará sentencia “apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los mismos procesados”¹¹. La *StPO* alemana parece, por

⁸Cfr. HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 192: “la determinación del dolo es la expresión externa en la sentencia judicial de la convicción del juez sobre la existencia de dolo”. En este sentido, cfr. también FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 15: “en general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva”. Cfr., igualmente, FINCKE, *GA*, 1973, p. 266, quien pone de manifiesto que la verdad (entendida como relación de identidad entre lo que se imputa y la realidad) “es el objetivo de la investigación, pero no es un presupuesto jurídico-procesal ni jurídico-material del veredicto de culpabilidad. Lo que la condena exige es, antes bien, convicción”.

⁹Cfr. VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105: “el juez también puede formar su convicción en aquellos ámbitos en que las leyes naturales no están convencidas de determinadas leyes”.

¹⁰FREUND, *Normative Probleme*, p. 50 y LARENZ, *Metodología*, p. 302, resp. En línea similar la definición de ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, n° marg. 1: “probar significa proporcionar al juez la convicción sobre la existencia de un hecho” (cursiva en el original). Las teorías basadas en la idea de que la finalidad de la prueba en el proceso es reconstruir “la verdad de un hecho” se hallan en franco retroceso; cfr. al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 36 ss.

¹¹Sin embargo, el Tribunal Supremo se basa en este precepto para afirmar que los procesos penales “tienen como fin descubrir la verdad real, dentro del más absoluto res-

contra, algo más explícita: mientras en su § 244.2 dicho texto legal establece que “para la averiguación de la verdad, el Tribunal deberá extender de oficio la práctica de la prueba a todos aquellos hechos y medios probatorios que resulten relevantes para la decisión”, añade en su § 261 que “el Tribunal decidirá sobre el resultado de la práctica de la prueba según su libre convicción, obtenida a partir del contenido de juicio oral”¹².

En ambos ordenamientos la meta a obtener parece ser la convicción del juez asentada en la prueba practicada; sin embargo, de los preceptos legales reproducidos no parece posible deducir mucho más, y queda en el aire cuál es el camino que debe seguir un juez para pasar de la mera observación de la prueba a su convicción definitiva. Sin duda, el § 244 StPO parece exigir unos “ciertos esfuerzos” por parte del órgano judicial para averiguar la verdad, pero, dado que el § 261 se conforma con su convicción, es evidente que no hace falta que dichos esfuerzos consigan alcanzar su objetivo último para que una condena por delito doloso resulte conforme a ley¹³. Se suele afirmar que confiar la resolución del caso a la convicción del juez es, a primera vista, la forma más adecuada de respetar el principio de libre valoración de la

peto a las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria” (STS de 13 de enero de 1993, A 157, ponente Ruiz Vadillo) (cursiva añadida). Como apunta MARTÍNEZ ARRIETA, “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 54-55, el total abandono de la valoración de la prueba a la mera convicción tuvo plena vigencia en la jurisprudencia preconstitucional del Tribunal Supremo.

¹²Según MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 1, este último precepto pone en evidencia dos ideas: por un lado, la decisión del juez sólo puede tener como fundamento el material probatorio introducido en el juicio oral y, por otro, en la formación de dicha convicción, el juez goza de libertad, es decir, no existen reglas legales de valoración de la prueba que le vinculen.

¹³FREUND, *Normative Probleme*, pp. 53-54, lamenta que el § 261 StPO no diga nada acerca de cuál debe ser el punto de referencia de la libre convicción, ni sobre aquello de lo que tiene que estar convencido el juez. Sin embargo, la doctrina procesal sigue afirmando que, a diferencia de la verdad formal propia del proceso civil, el proceso penal se aplica a la búsqueda de la verdad material; cfr., a este respecto, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n° marg. 2.

prueba, vigente en la inmensa mayoría de los ordenamientos actuales¹⁴. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la exigencia de convencimiento —que no de plena acreditación— supone una flexibilización evidente de las condiciones bajo las cuales se hace posible dictar una condena: es obvio que, por regla general, resulta más sencillo convencerse sobre la existencia de una determinada realidad que demostrar de forma incontrovertida su existencia¹⁵. Al fin y al cabo, como afirma *Mittermaier*, “si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis *contraria*, se verían quedar impunes los mayores culpables”¹⁶.

Pese a que toda convicción es difícilmente objetivable hasta su último extremo, modernamente se suelen exigir por doctrina y jurisprudencia ciertos

¹⁴Cfr. GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 1 y HASSEMER, *Einführung*, pp. 112-115.

¹⁵Esta cuestión se pone especialmente de manifiesto en la discusión sobre la prueba de la causalidad. Así, aunque respecto a la existencia de algunas relaciones causales no existe acuerdo entre la doctrina científica (por lo que no puede hablarse de que la efectiva existencia de tales relaciones esté libre de controversias), al juez le es posible formar su convicción basándose en los razonamientos de cualquiera de las perspectivas en liza y dar por probada una determinada causalidad. Si se partiera de que sólo puede considerarse hecho probado aquella realidad cuya existencia se halla fuera de discusión, la más mínima controversia científica en un determinado ámbito impediría considerar probados los hechos que estuvieran en relación con ésta (partiendo, claro está, de la idea de que las ciencias empíricas están en condiciones de aportar certeza sobre la realidad de determinados cursos causales). En este sentido, resultan especialmente interesantes las consideraciones formuladas por ÍÑIGO CORROZA, “El caso del ‘producto protector de la madera’ (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán”, *AP*, 20 (1997), esp., p. 448 ss, donde se reproducen los criterios que maneja la jurisprudencia alemana para hacer frente a esta específica problemática y la exposición de PAREDES CASTAÑÓN en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, p. 61 ss. Cfr., igualmente, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 524-525, WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1019 ss, VOLK, *NStZ*, 1996, p. 106 ss y, en general, MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1997.

¹⁶MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77 (cursiva en el original). La doctrina mayoritaria admite que, en la formación de la convicción judicial, no deben tomarse en consideración las dudas meramente teóricas y que no es necesaria una certeza matemática para dar por probados determinados hechos; cfr. KLEINKNECHT/MEYER-GÖRNER, *StPO*, 43ª ed., Munich, 1997, § 261, n° marg. 2.

fundamentos objetivos sobre los que asentar una convicción válida¹⁷. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, no considera suficiente la práctica de la prueba y la convicción judicial, sino que exige una prueba de tal entidad que *racionalmente* pueda considerarse de cargo¹⁸. La doctrina del Tribunal Supremo, por su parte, requiere que el juez realice “una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción”, a lo que se añade la exigencia de ciertos límites objetivos¹⁹: esta misma doctrina suele añadir que los resulta-

¹⁷Cfr., en general, ALBRECHT, *NStZ*, 1983 p. 488-490, HASSEMER, *Einführung*, p. 114, PETERS, “‘Übergänge’ im Strafprozeß — dargestellt am Grundsatz der freien Beweiswürdigung”, en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, pp. 380 y 388 ss, y A. SCHMIDT, *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Francfort d.M., 1994, p. 100 ss. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 12, afirma que, en los sistemas antiguos, la objetivación venía dada por las reglas de prueba establecidas legalmente. Desde una perspectiva histórica puede afirmarse que a la convicción judicial se le han introducido progresivamente cada vez más límites de carácter objetivo, que la alejan actualmente del subjetivismo extremo de la “íntima convicción”, predominante en el siglo XIX y en buena parte del XX; cfr. al respecto, HOYER, *ZStW*, 195 (1993), p. 527 ss. En la doctrina española, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, “Presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’ y recurso de casación”, *ADPCP*, 1988, p. 372 ss y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 150 ss.

¹⁸Cfr., por todas, la STC 86/1995 de 6 de junio (ponente Gimeno Sendra). Tras la STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) se exige que la convicción de un órgano judicial se fundamente en argumentos racionales y así, la STS de 29 de enero de 1988 (A 506, ponente Soto Nieto) afirma que “la estimación en ‘conciencia’ a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente al cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo”. Para una perspectiva histórica acerca de la progresiva introducción de criterios objetivos en la valoración de la prueba por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. CARMONA RUANO, “La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado”, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 123 ss.

¹⁹STS de 3 de mayo de 1982 (A 2625, ponente Castro Pérez). Cfr. STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis): “a la convicción de culpabilidad” debe llegarse “mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”. Para los puntos de vista doctrinales, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 154 ss, con abundantes referencias bibliográficas. Parte de la doctrina española vincula la idea de racionalidad en la valoración de la prueba al art. 717 LECr, aunque de modo explícito éste sólo se refiera a la valoración de las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la policía judicial. Cfr., en este sentido, JAÉN VALLEJO, “El criterio racional en la apreciación de la prueba penal”, *RDP*, 1989, pp. 72-73.

dos de tal convicción deben estar libres de cualquier "duda razonable" y no pueden contradecir las reglas de la "sana crítica" o de la "experiencia"²⁰. Con estas exigencias se intenta, básicamente, evitar que el juez pueda llegar a convicciones que, a los ojos de otras personas, parezcan irracionales o arbitrarias²¹.

Sin embargo, cuando se trata de acreditar la efectiva existencia de determinados fenómenos psicológicos, las anteriores exigencias jurisprudenciales no garantizan que la convicción final del juez necesariamente vaya a corresponderse con la auténtica realidad psicológica del acusado, sino única y exclusivamente, que la fundamentación que sirve para llegar a tal convicción y ésta misma van a respetar ciertos parámetros de racionalidad. Tampoco está en condiciones de garantizar la plena coincidencia entre realidad y convicción el que la ley procesal exija al juez que éste "se esfuerce" por averiguar tal realidad, en la medida en que el salto que va de los "meros esfuerzos" a la convicción pueda completarse mediante un acto estrictamente personal y

²⁰STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto). En la doctrina alemana MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 13 ss, configura como límites de la convicción judicial los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos asegurados. Respecto a la jurisprudencia, cfr. la sentencia del BGH de 8 de enero de 1988 (*NStZ*, 1988, p. 236 ss). Para la absolución exige el BGH que el juez albergue una duda *concreta* sobre la existencia del hecho que se debe dar por probado. Las dudas abstractas, teóricas o lejanas, no impiden la condena. Ya el RG (*RGSt* 61, 202; 66, 164) afirmó que "la simple posibilidad teórica o abstracta de que el acusado no fuera el autor no puede evitar su condena, pues, dado que tal posibilidad nunca debe excluirse en la insuficiencia del conocimiento humano, sería imposible toda averiguación de la verdad". Para una panorámica de la jurisprudencia alemana, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n° marg. 10 y GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 13. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 48-49, entiende que la diferencia entre duda concreta y abstracta resulta insostenible a causa de su indeterminación, que la expone a manipulaciones en el momento de ser aplicada.

²¹Cfr., al respecto, A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 65 ss, esp. su exhaustivo resumen de la jurisprudencia del BGH (*ibidem*, p. 90 ss). Una panorámica sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en este ámbito en MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 161 ss. A partir de la STS de 15 de diciembre de 1981 (A 5009, ponente, Moyna Ménguez) el mencionado tribunal admite que en la formación de su convicción el juez debe atenerse a "las reglas del criterio racional", lo que en numerosas sentencias se vincula a la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

subjetivo como es el de formación de dicha convicción²². La importancia de este momento subjetivo es especialmente evidente cuando se exige que, para dar por probado un hecho, no basta con que el juez considere probable su existencia, sino que es necesaria su certeza personal sobre ella²³. Sin embargo, no logra entenderse cómo el acto de convencimiento del juez puede garantizar una plena coincidencia entre el objeto de convicción y la realidad, allí donde los conocimientos científicos o la experiencia sólo alcanzan a considerar probable la existencia de un hecho²⁴. Exigencias usuales, como la imposibilidad de que el juez sustente su convicción sobre meras sospechas, pueden suponer, posiblemente, una mayor aproximación a la verdad material, pero no garantizan una plena coincidencia final entre contenido de la

²²FREUND, *Normative Probleme*, p. 48 ss, critica que no se obligue al juez a excluir todas las alternativas pensables para la condena y que dicha condena o la absolución acaben dependiendo de una cuestión sentimental. Cfr. igualmente MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 210, donde se pone de relieve el importante papel de un "factor intuitivo" en la determinación de los hechos por parte del órgano judicial. También habla de "elemento intuitivo", MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 12.

²³Así, en la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) se afirma que "ha de entenderse salvaguardado el principio de presunción de inocencia cuando el Tribunal, en las apreciaciones llevadas a cabo en su resolución, ha dispuesto de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen; formando su íntima convicción —estimación 'en conciencia' según el artículo 741 de la LECrim— y obteniendo un grado de certidumbre que, al menos, supere la simple probabilidad o el mero juicio de verosimilitud". Respecto a la discusión doctrinal alemana en torno a si para la convicción judicial basta con un "considerar altamente probable" o, por contra, es necesaria la certeza personal del juez, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, pp. 487-488. El *Reichsgericht* se inclinaba por el primer criterio, mientras que el BGH exige el segundo. Sobre los términos "probabilidad objetiva" y "probabilidad subjetiva" en el ámbito de la convicción judicial, cfr. KINDHÄUSER, *Jura*, p. 291 ss y HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 530.

²⁴En este orden de cosas, no se trata de la afirmación de que la verdad absoluta es por principio inaccesible a los hombres (cfr., al respecto, HANACK, *JuS*, 1977, pp. 728-729), sino de la idea de que la convicción judicial se atribuye la capacidad de predicar certeza respecto de aquello sobre lo que dudan las ciencias naturales, consideradas hoy en día como el más idóneo de los instrumentos para adquirir un correcto conocimiento sobre la realidad. Cfr., igualmente FREUND, *Normative Probleme*, p. 54, quien afirma en referencia al factor sentimental o irracional que se da en toda convicción, que éste "no contribuye en lo más mínimo a aproximarse a la verdad ambicionada".

convicción y realidad efectivamente acaecida²⁵. "Aproximarse" a una verdad no significa que se haya dado todavía con ella.

Las anteriores consideraciones pueden hacerse extensivas al hecho de que la convicción de un tribunal esté sujeta al control de una segunda instancia judicial. La revisión de la fundamentación de que se ha valido un tribunal inferior para llegar a su convicción no implica un mayor acercamiento a la realidad de los hechos efectivamente acaecidos²⁶. Esto es así en la medida en que el órgano superior que se encarga de la revisión de la corrección de tales fundamentos no procede a cotejar los resultados de la valoración de la prueba con dicha realidad, sino que, por regla general, se conforma con que el proceso de fundamentación y sus resultados resulten plausibles²⁷. En este sentido, la fundamentación judicial sobre por qué se valora la prueba de una determinada manera pretende erradicar, a nivel argumentativo, la arbitrariedad o la irracionalidad del razonamiento judicial, pero no garantiza la plena correspondencia entre sus conclusiones y la realidad²⁸. En este ámbito, únicamente se trata, en palabras de *Albrecht*, de "poner de manifiesto los componentes intersubjetivamente comprensibles del proceso de convicción judicial y de establecer una mayor vinculación en este sentido al juez"²⁹.

²⁵Sobre tal exigencia por parte del BGH, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489 y KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO*, § 261, n° marg. 2.

²⁶Sobre dicha exigencia en la jurisprudencia del BGH, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 491 ss.

²⁷Ésta es, en realidad la idea que se desprende de la exigencia del Tribunal Supremo de que la convicción a que haya llegado el juez esté más allá de cualquier "duda razonable"; la razonabilidad de la duda está en función de su validez intersubjetiva y no puede equipararse a la eliminación de cualquier duda empírica. Lo mismo sucede con las exigencias del Tribunal Supremo en el sentido de que los juicios de inferencia no resulten arbitrarios, ilógicos o irracionales (cfr. STS de 18 de enero de 1994, A 30, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

²⁸Esto puede afirmarse respecto a todas aquellas perspectivas que exigen que la solución a la que llegue el juez resulte "compartible"; sobre los autores que la defienden, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 143 ss. El mismo problema se plantea al concepto "evidencia" en los términos en que esta autora lo define (*ibidem*, p. 152 ss).

²⁹ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 493. Este autor entiende que para la consecución de dichas metas es de mayor utilidad establecer como objetivo un concepto de verdad material que intentar legitimar el subjetivismo de la convicción judicial a través de nocio-

Como constata *Freund*, la jurisprudencia no parece mostrar una especial consciencia de toda esta problemática en el ámbito de los elementos subjetivos del delito, pues para ella no existe dificultad alguna en probar hechos internos a partir de sucesos externos y, además, el objetivo del proceso no es el descubrimiento de la verdad material sino la formación de la convicción judicial sobre la existencia de tal verdad, aunque no se legitime el riesgo de divergencia que existe entre resultado de la convicción y realidad³⁰. Tampoco desde posturas doctrinales que defienden a ultranza la averiguación de la verdad material como objetivo del proceso y como base de cualquier condena legítima, parece apreciarse un grave problema en que la ley no exija que un hecho sólo se pueda dar por probado cuando coincida con lo efectivamente acaecido³¹. Esta situación no deja de sorprender, pues las manifestaciones de que sólo la acreditación de la verdad garantiza un trato respetuoso con la dignidad de los sujetos y una no-instrumentalización de éstos, no suelen traducirse en una crítica a la legislación procesal vigente por no exigir tal acreditación³². La sorpresa se acrecienta cuando se observa que los moti-

nes como la de verdad funcional. Sobre la exigencia jurisprudencial alemana de que los criterios de valoración de la prueba observen una racionalidad intersubjetiva, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 69 y 81. Sobre las exigencias de que la valoración de la prueba sea racional, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 48-49.

³⁰Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 6-7. La jurisprudencia alemana parte de la idea de que el objetivo de la práctica de la prueba es la certeza o convicción personal del juez sobre la existencia del tipo subjetivo. La valoración de la prueba es un ámbito exclusivo del juez en el que no se le pueden dar instrucciones. Basta con que sus conclusiones sean posibles y los tribunales de revisión no entran a revisar tal valoración a no ser que exista un "error de derecho". Dicho error se da cuando en la valoración de la prueba se constatan contradicciones, omisiones o falta de claridad, se infringen las leyes del pensamiento, las reglas de experiencia o los conocimientos asegurados científicamente, o cuando las pruebas no hayan sido valoradas en profundidad; cfr. *ibidem*, pp. 46-47. Pero, en cualquier caso, ni se exige ni se garantiza, como fundamento de la condena, una plena correspondencia entre las afirmaciones del juez sobre determinados hechos psíquicos del acusado y la realidad de éstos.

³¹La falta de consciencia del problema que FREUND, *Normative Probleme*, pp. 8-10, constata en la jurisprudencia se hace extensiva a la mayor parte de la doctrina.

³²ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 488, considera que la exigencia de que el juez se atenga a las leyes del pensamiento y de la experiencia ya supone la introducción de un com-

vos para la crítica no son precisamente de escasa entidad, como se pone de manifiesto en el siguiente subapartado.

VIII.3. La convicción judicial como respuesta a los problemas de aplicabilidad del concepto de dolo: crítica

El recurso a la convicción del juez es la solución que parece aportar la normativa procesal vigente para salir de la compleja situación originada por la incompatibilidad existente entre una aplicación estricta de la concepción psicológica de la "determinación del dolo" y la pretensión de que el Derecho penal siga siendo un instrumento efectivo³³. De acuerdo con dicho recurso, la imposibilidad de conseguir en la inmensa mayoría de los casos la plena constatación de un hecho se salva exigiendo solamente que el juez se convenza de su existencia. Ciertamente, al contenido de tal convicción se le introducen algunos límites, pero ninguno de ellos consiste en exigir al juez que sólo se convenza de una determinada realidad cuando ésta resulte plenamente acreditada³⁴. Ello quiere decir que *de lege lata se admite la posibilidad de que se den por probados determinados hechos y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre contenido de la convicción judicial y realidad efectivamente acaecida*³⁵.

ponente objetivo en la formación de la convicción. Esto es seguramente cierto, pero de ahí a haber constatado realmente la existencia de determinados hechos va un abismo.

³³Recurso que, además, apoya buena parte de la doctrina procesal; cfr., en este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 42 ss., con abundantes referencias bibliográficas.

³⁴Un ejemplo especialmente paradigmático en este sentido son los argumentos empleados en el FJ 2º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) en referencia a la prueba de la causalidad.

³⁵Esta idea se pone de manifiesto en la STS de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz). En esta resolución se parte de la idea de que sólo las leyes causales científicamente aseguradas aportan "certeza objetiva" en la constatación de la causalidad. Sin embargo, desde el punto de vista de este Tribunal, el que en un caso no se cuente con una ley causal segura desde la perspectiva de la ciencia no debe impedir determinadas condenas, pudiéndose recurrir en tales supuestos "a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada".

La justificación de este fenómeno parece sencilla: el Derecho penal tiene que seguir siendo útil para generar determinados efectos en la sociedad, aunque sea a costa de equivocarse en algunos casos. Un ejemplo especialmente evidente de esta forma de ver las cosas se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, en la que se plantea la relación entre prueba de indicios y el derecho fundamental a la presunción de inocencia³⁶. En los fundamentos jurídicos de esta resolución se admite abiertamente que los resultados que se obtienen a través de la prueba indiciaria siempre dejan un margen a la duda, pero “prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social”³⁷. La opción de este Tribunal parece evidente: las posibles divergencias entre realidad efectivamente acaecida y hechos probados se justifican con argumentos de defensa social³⁸.

Sin embargo, esta solución tampoco se presenta libre de aspectos controvertidos. Cuando se confía la decisión final sobre la prueba de los hechos a la convicción del juez, se hace depender la solución de los casos, en última instancia, de un factor netamente subjetivo o, como afirman algunos autores, irracional³⁹. La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra

³⁶STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre).

³⁷Estos argumentos se reproducen, entre otras, en las SSTS de 8 de febrero de 1994, (A 678, ponente Soto Nieto), de 22 de abril y 14 de octubre de 1987 (A 2599, ponente Ruiz Vadillo y A 7361, ponente Morenilla Rodríguez, resp.) y de 3 de marzo y 6 de abril de 1988 (A 1526, ponente Soto Nieto y A 2730, ponente Moner Muñoz, resp.).

³⁸Se muestra muy crítico con estos argumentos, BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 55-56.

³⁹Así, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 158, admite que “el sistema de valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica no supone la anulación o eliminación de la libertad del juzgador. Esta libertad se manifestará en el momento de la decisión final, es decir, en la obtención o no de la convicción”. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 256, afirma que “el salto que va de la representación racionalmente fundamentada de que es probable que el acusado sea culpable del hecho, a la certeza personal sobre dicha culpabilidad es un acto irracional en que se elimina psíquicamente la consciencia de que existe un riesgo de error en la condena”. Idéntico adjetivo emplea FREUND, *Normative Probleme*, prólogo (s/nº). HANACK, *JuS*,

y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico, que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben considerarse correctas siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional*⁴⁰. Los problemas son evidentes: en primer lugar, difícilmente puede seguir hablándose de seguridad jurídica o de igualdad cuando se admite que dos supuestos idénticos puedan tener dos soluciones correctas distintas en función de la personalidad de quien los enjuicia. En segundo lugar, el papel de la elaboración dogmática como forma de garantizar la racionalidad de las decisiones queda reducido a papel mojado⁴¹. Bajo estas condiciones parecen simple palabrería las tantas veces citadas afirmaciones de *Jescheck* en el sentido de que “la dogmática jurídico-penal sirve de puente entre ley y praxis” o de que dicha dogmática “no tiene sólo un significado teórico sino también práctico” y su labor contribuye “en alta medida a la seguridad jurídica y a la justicia”⁴².

El recurso a la convicción judicial plantea un segundo tipo de problemas de entidad no inferior a los anteriores: los referidos a su legitimidad. En este sentido, para legitimar la posibilidad de una condena pese al evidente riesgo de divergencia entre convicción judicial y hechos efectivamente acaecidos no es suficiente con apelar a necesidades de defensa social o preventivo-generales. Esta insuficiencia viene dada por el hecho de que difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona el aplicar a al-

1977, p. 728, entiende, por su parte, que la convicción “abarca factores muy personales” y la define como una “sensación subjetiva de certeza”.

⁴⁰Cfr. las consideraciones de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 65-66: “cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto”. Cfr., igualmente, las consideraciones de ENGISCH reproducidas *supra* VII.1.

⁴¹Así FREUND, *Normative Probleme*, p. 50: “el juez debe estar convencido de la verdad, pero no puede afirmar haberla encontrado. Pero si el juez no puede afirmar haber encontrado la verdad material, entonces tampoco puede estar convencido de ella. Su convicción, por tanto, sólo puede referirse a un dato no relacionado con dicha verdad”.

⁴²JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 42.

guien una sanción para generar determinados efectos, (pretendidamente) beneficiosos para la colectividad, sin que exista la plena seguridad de que dicha persona haya estado realmente en condiciones de haber evitado la aplicación de dicha sanción. Cuando se confía la última palabra sobre la prueba de los hechos a la convicción judicial se admite, de modo más o menos explícito, que toda condena es la posible instrumentalización de un individuo. Los déficits de legitimidad que presenta una opción de este tipo están a la vista, pero ni la doctrina ni la jurisprudencia suelen pronunciarse al respecto⁴³. Algo que, en tono fuertemente crítico, ya puso de manifiesto *Framarino dei Malatesta*, denunciando que la afirmación de certeza allí donde sólo existe probabilidad —y, por tanto, un margen de error— sirve “de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia”⁴⁴.

VIII.4. Balance

Los argumentos recogidos en los anteriores subapartados deben haber servido para dejar sentadas dos ideas fundamentales que hacen referencia, por un lado, a los problemas de aplicabilidad de la concepción psicológica del dolo y, por otro, a la respuesta que para tales problemas parece aportarse desde la interpretación usual del texto de la normativa procesal vigente.

⁴³FREUND, *Normative Probleme*, p. 1, afirma que “la consciente resignación a la condena de inocentes requiere ante todo *legitimación*” (cursiva en el original). VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, afirma que en el proceso de formación de la convicción judicial “es evidente que existe una labor moral que no puede abarcarse con los criterios empíricos de búsqueda de la verdad y que no es controlable. La distancia existente entre la probabilidad a averiguar empíricamente y la certeza experimentada subjetivamente se puede explicar empíricamente, pero no controlar empíricamente. De ello se sigue que el elemento adicional de corte personal debe abandonarse, o bien, legitimarse normativamente”. Cfr., también, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Sobre los problemas de legitimidad del criterio del convencimiento íntimamente subjetivo del juzgador en la fijación de los hechos probados, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 43.

⁴⁴FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43.

En primer lugar, se ha demostrado que *una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso*. Esta opción plantea el evidente problema de que con ella el Derecho penal pierde la mayor parte de su razón de ser, pues deviene un instrumento prácticamente inútil para generar algún tipo de efecto en la sociedad⁴⁵. Si en Capítulos anteriores se afirmaba que un concepto jurídico-penal sólo puede considerarse válido cuando reúna las características de legítimo y aplicable, ahora puede sostenerse, con respecto a la concepción psicológica del dolo, que ésta propugna una visión de la "determinación del dolo" perfectamente legítima, pero cuyo traslado a la práctica resulta prácticamente imposible si se quiere que el Derecho penal continúe teniendo algún sentido. Por este motivo debe ser rechazada.

En segundo lugar, se ha puesto en evidencia que la respuesta que el texto de la ley parece ofrecer para hacer frente al anterior problema tampoco resulta convincente. Dicha respuesta, basada en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo a la convicción judicial, permite hacer aplicable el concepto de dolo, pero lo hace *a costa de renunciar a la seguridad jurídica y de asumir en toda condena el riesgo de que se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado*. Las lagunas de legitimidad así como la arbitrariedad de este punto de vista son evidentes y, por este motivo, éste no puede ser aceptado mientras no se aporten, en primer lugar, argumentos que permitan colmar tales lagunas y, en segundo lugar, criterios que permitan determinar, ante cada caso, cuál es la correcta convicción⁴⁶.

La búsqueda de una concepción del dolo y de su determinación procesal que logre salvar los problemas de las perspectivas expuestas es la tarea que se debe acometer en los próximos Capítulos. Tal empresa requiere, en primer

⁴⁵El peligro de que una interpretación estricta del principio *in dubio pro reo* lleve "a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social" es puesto de manifiesto por FREUND, *Normative Probleme*, p. 6.

⁴⁶Muy interesante en este ámbito FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 44-45 y pp. 62-63, quien pone en evidencia cómo las doctrinas que afirman que la aplicación del Derecho penal debe descansar sobre la verdad sustancial o material acaban degenerando en juicios de valor, al perseguirse tal verdad fuera de reglas y controles.

lugar, que se preste atención a los trabajos en que ya se ha tratado de aportar soluciones a la presente problemática y que aquí serán agrupados bajo la rúbrica de "concepciones normativas". Sin embargo, antes de poner fin a la exposición y crítica de la concepción psicológica del dolo debe realizarse una última puntualización referida al papel de las ciencias empíricas.

En el curso del anterior Capítulo se ha afirmado que disciplinas como la psicología o la psiquiatría no parecen estar hoy por hoy en condiciones de aportar respuestas ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno. Sin embargo, la actual inidoneidad de tales ciencias, en tanto que recursos aptos en el ámbito de la determinación procesal del dolo, no debe considerarse una característica inmutable. Ver las cosas de este modo resultaría tan desacertado como ignorar que la visión de la sociedad sobre las capacidades de ciertas disciplinas científicas es algo que puede ir evolucionando —y que, de hecho, va evolucionando— a lo largo del tiempo⁴⁷. En consecuencia, no debe descartarse que futuros avances de dichas ciencias hagan que un día se acepte que, recurriendo a ellas sea posible averiguar, sin resquicio alguno para la duda, qué es exactamente lo que se representó un sujeto en el momento de realizar una determinada conducta. De los efectivos avances de tales ciencias y de su capacidad para convencer de ellos a la sociedad depende, en definitiva, su futuro papel en el ámbito de la determinación procesal del dolo⁴⁸. Sin embargo, no puede olvidarse que, como afirmó *Friedrich Stein* hace más de un siglo, "tampoco el proceso puede en ningún momento ir por delante de la sabiduría de su tiempo y de su pueblo"⁴⁹. Todo dependerá, por tanto,

⁴⁷En este sentido, el actual proceso penal se encontraría aún en la tercera de las cuatro fases históricas descritas por FREDAS, introducción a FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, pp. 24-25: intervención divina en la prueba, prueba tasada legalmente, prueba basada en la libre convicción y prueba basada en principios científico-técnicos.

⁴⁸En una misma línea van las consideraciones de VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 176-178, cuando este autor no descarta que en el futuro métodos técnicos que hoy se rechazan para averiguar la veracidad de determinadas declaraciones de acusados o testigos "lleguen a ser convincentes" y se les atribuya "probada eficacia". Cfr. también las consideraciones de MORENO G., "Técnicas modernas en la investigación de los delitos (visión panorámica)", en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, México, 1998, p. 361.

⁴⁹F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 30.

del "poder de explicación" que la sociedad sepa ver dentro de un tiempo en las afirmaciones de estas ciencias⁵⁰.

⁵⁰Cfr., en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. Pueden resultar igualmente interesantes las observaciones sobre la causalidad de WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1022. A partir de los razonamientos de este autor puede apreciarse cómo, aunque las ciencias empíricas cuestionan desde hace tiempo el concepto de causalidad que se suele emplear en Derecho penal, este concepto sigue desempeñando un papel muy importante entre los criterios de imputación de responsabilidad que rigen en la actual sociedad. Próximo a esta idea PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 66: "en las sociedades contemporáneas se sigue manteniendo como fundamento esencial para la atribución de responsabilidad (...) el concepto de causalidad".

IX. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

IX.1. Planteamiento

Con la denominación genérica de "concepciones normativas" van a englobarse en este trabajo todos aquellos planteamientos sobre la "determinación del dolo" que, por diversos motivos, *rechazan* el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, *la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos*. Este rechazo puede ser atribuido a dos grandes causas: en primer lugar, algunos autores entienden que la concepción psicológica padece el terrible defecto de que no puede ser llevada a la práctica, por lo que proponen criterios distintos para hacer aplicable el concepto de dolo. Por su parte, otros autores consideran que, por principio, al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que le permiten cumplir de un modo más efectivo con su función en la sociedad. Que tales planteamientos sean calificados de "normativos" se explica porque en ellos se admite abiertamente que en la "determinación del dolo" se *atribuye* o *imputa* un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de procesos de naturaleza psicológica. En resumidas cuentas, se sostiene que *las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo*¹.

¹Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 73-74, quien define la base teórica de la perspectiva normativa con las siguientes ideas: "los segmentos de realidad que se manejan ya no pueden calificarse como realidad empírica sino como