

## **LA ACREDITACION DEL DOLO EN EL PROCESO PENAL.-**

**Por María Fernanda Saumell.**

### **1. PLANTEAMIENTO.-**

El motivo de haber elegido este tema es el escaso espacio que tanto doctrina como jurisprudencia le dedican. Son pocos los debates que se entablan sobre los medios que pudieran determinar el dolo del acusado en el seno del proceso penal, lo que provoca en la praxis que todo el trabajo de filigrana que en el ámbito de la caracterización jurídico penal se realiza, en el proceso se ve privado de la réplica que permita su aplicación según los requisitos fijados. Es decir, aquello que en el momento teórico es impecable cuando arriba al ámbito del proceso se ve inmerso en un mundo sin reglas que introduce el riesgo que casos de similares características reciban distinto tratamiento.-

La formulación dogmática que en principio asegura una aplicación uniforme se ve empañada cuando se traslada el concepto a la realidad procesal. Las vías de aplicación no están consensuadas, basta hacer un repaso de la literatura jurídica existente para comprobar el inmenso vacío teórico que hay, lo que lleva a que muchos de los métodos utilizados para su resolución aparezcan ocultos y por lo tanto a la merced de arbitrariedades incontrolables.-

No admite la menor discusión que toda condena por delito doloso exige acreditar que el acusado ha realizado el hecho delictivo con determinados conocimientos.-

Este aspecto de la conducta criminosa no resulta ser de similares características que los restantes, participa de una condición especial que limita sustancialmente los medios de prueba a través de los cuales pueda revelarse su existencia. Es un fenómeno psicológico preterito que tenemos que reconstruir en el proceso penal, algo que se halla en la cabeza del autor; son vivencias subjetivas de éste en el momento del suceso. En virtud de esta condición los medios para su justificación son escasos, especialmente indirectos, siendo tal vez la confesión del acusado la única prueba que en forma directa podría develar los conocimientos que tuvo al instante de perpetrar el ilícito.

En este sentido, la carencia de criterios de aplicación de un concepto lleva a que el mismo, más allá todo el desarrollo que se haya hecho a nivel teórico, no sirva para nada. Dado que las necesidades de condena en no pocos casos persisten, es factible que el concepto huérfano de reglas de aplicación acabe por ser igualmente empleado, pero sin respetar las exigencias derivadas de su enunciación teórica. Ello implica aceptar que el concepto sufre algún tipo de manipulación para materializarlo en la práctica, fenómeno que afecta no sólo la seguridad jurídica sino además la racionalidad de la aplicación del derecho.-

Y más allá que el tema convocante es la prueba del dolo, resulta impostergable tratar sucintamente con carácter previo su concepto, cuál es la postura mayoritaria y cuál es el concepto optado para éste trabajo, sin profundizar en demasía, ya que no es mi intención adentrarme sobre las falencias y ventajas de las distintas tesis sino más bien analizar los mecanismos para su demostración en el ritual de enjuiciamiento.-

En virtud del escaso material bibliográfico que existe sobre punto, he seguido obedientemente la obra del español Ramon Ragués I Vallès titulada "El dolo y su prueba en el proceso penal", con prólogo de Jesús María Silva Sánchez, Editorial J. M. Bosch Editor, 1999, el que utilizamos en el taller cuando analizamos como se tuvo por acreditado el dolo en el fallo del "caso Cabezas".-

## **2. DEL CONCEPTO DE DOLO.-**

De éste modo, es imperioso establecer el concepto de dolo que utilizaremos para luego en base al mismo iniciar el tratamiento de su determinación en el proceso penal.-

Un somero análisis de los textos elementales sobre Derecho Penal permite constatar que la gran mayoría de los autores interpretan que para que concorra una conducta dolosa es necesario la presencia de dos elementos: el **conocimiento** y el **querer** de la realización del tipo delictivo.-

Es indiscutible que la voluntad como criterio limitador permite distinguir el dolo de la imprudencia, donde la intención o su ausencia por parte del sujeto es fácilmente identificable, empero, la cuestión se complica cuando se trata de un dolo de segundo grado o de consecuencia necesarias y el dolo eventual.-

La concepción de que sólo actúa con dolo, quien conoce y quiere la realización del acontecer típico se desvanece frente a estas dos tipologías de dolo.-

En el caso del dolo de consecuencias necesarias no parece tan sencillo afirmar que el sujeto realmente haya querido causar el resultado, lo único que ha querido a ciencia cierta es la conducta desencadenante del mismo. El resultado es visto como una consecuencia fatal ligada necesariamente a la consecución del objetivo, pero no querida en sí misma.-

Este planteamiento no cuestiona que en un hecho cometido con esta modalidad de dolo no merezca la misma sanción que uno cometido con dolo directo, sino resaltar la manipulación de conceptos que se produce, pues el querer de esta segunda forma de dolo no lo es en el sentido más auténtico de la palabra querer. Así, como afirma *Puppe*, mientras el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico descriptivo de la voluntad, éste se transforma en una voluntad normativa imputada a el sujeto cuando se pasa al dolo directo de segundo grado<sup>1</sup>.

Si yo digo que el elemento volitivo comprende el concepto de dolo, debo necesariamente aceptar que en ésta segunda modalidad también el sujeto congrega un querer del resultado criminoso, lo que no es aceptable bajo ningún punto de vista. Entonces, las posibilidades son dos: o descartamos la voluntad como integrante del dolo, y nos quedamos solamente con

---

<sup>1</sup> Citada por RAMON RAGUÉS I VALLÈS, El dolo y su prueba en el proceso penal, Biblioteca de Derecho Penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 47. También cuestiona el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, SANCINETTI MARCELO, "Teoría del delito y disvalor de acción"; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 158.-

la representación del acontecer típico; o, en ésta tipología admitimos que la estructura bipartita no puede mantenerse y descartamos el querer dejando sólo el elemento intelectual.

Otro supuesto donde el concepto expuesto no puede tener cabida es en la modalidad de **dolo eventual**, pues sin concurrir la voluntad de realizar el tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa.-

Y, en este punto la doctrina sufre una fractura presentándose tres caminos: algunos autores mantienen a toda costa la definición general del dolo y buscan una forma de volición que habilite su inclusión; un segundo grupo entiende que en este caso puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podría acontecer, y por último, un tercer grupo – al que me adhiero - reformula dicha definición, negando que para la existencia del dolo sea necesario, siempre y en todo caso, un querer la realización del tipo penal.-

Otros han pretendido, al margen de las opciones anteriores, a los efectos del merecimiento de la pena crear un **tercer título de imputación subjetiva** ubicado entre el dolo y la imprudencia. Pero esta idea no pasa de ser de *lege ferenda* ya que los códigos penales solo prevén dos fórmulas de imputación: el dolo y la imprudencia.-

A raíz de este dilema que plantea el dolo eventual, y siendo que existe acuerdo que no merece el reproche de un delito imprudente, se postulan dos principales líneas teóricas: la **teoría de la voluntad** y la **teoría de la representación**. La primera se aferra a la idea básica que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerza la noción en todos aquellos hechos que merezcan la sanción asignada al delito doloso, y la segunda deja de lado el elemento voluntad y se plantea con qué presupuestos merece la pena del ilícito doloso. Abandonan la idea que el querer sea un requisito imprescindible para la conducta dolosa, y ello es así frente a eventos lo bastante graves como para merecer dicha sanción a pesar de que el sujeto no congregó la auténtica voluntad realizadora.-

De todo esto podemos concluir, a los fines de pasar al tema central de éste trabajo, que el dolo exige que el sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento de realizar la conducta objetivamente típica: la representación de que tal accionar es apto para realizar un determinado tipo penal. Sin embargo como me he encargado de subrayar más arriba, este prolijo concepto no alcanza, si se desconocen los mecanismos a los que debemos recurrir para determinar en el supuesto concreto si su protagonista actuó contando de manera efectiva con los conocimientos requeridos por el concepto en cuestión.

### **3. LA DETERMINACION DEL DOLO.**

A los fines de descubrir los conocimientos que tuvo el sujeto activo, y que según el caso podía configurar un evento doloso, existen dos principales propuestas, o para decirlo más apropiadamente, **dos respuestas** a la cuestión de cómo podemos acreditar éste elemento naturalmente subjetivo, de difícil percepción.

Los jueces con frecuencia afirman la existencia de éstas representaciones, aunque no puedan explicitar cuál es su auténtica naturaleza. La respuesta no es una sola: dos soluciones pueden llegar a ser las posibles, según apunta Díez Ripollés en referencia a todos los elementos del delito que presentan una naturaleza subjetiva y consisten básicamente, en si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da un contenido fundamentalmente normativo<sup>2</sup>. De aquí surgen las dos principales perspectivas.

Así, una es la que estima que los conocimientos requeridos por la fórmula dolosa son datos de naturaleza psicológica: es un fenómeno psicológico que concurre en el momento de comisión delictiva que debe ser demostrado efectivamente en el proceso penal. Es preciso averiguar una realidad que se ubica en la cabeza del autor, algo que se encuentra en la psiquis del sujeto, y al que debe accederse posteriormente en el proceso. Es evidente la dificultad que conlleva acreditar este dato. Los autores que adoptan esta postura la denominan **concepción psicológica**.

Esta propuesta, si bien puede resistir la prueba de **legitimidad** que se pretende de los conceptos jurídicos – ello entendido como respetuosos de los principios que imperan en el ordenamiento destinados a limitar el *ius puniendi* -, por intentar constatar la realidad psíquica pretérita, se ve en serios problemas en el instante de su **aplicabilidad**, toda vez que no contamos con medios que puedan acreditar convincentemente ese momento interno que sirve de sustrato material para la consideración del dolo en el caso concreto.-

Las ventajas de empeñarse en buscar tal dato histórico, inserto en la cabeza del sujeto, son: que la misma tiende una indiscutible aproximación a la verdad material que satisface el mandato de justicia garantizado constitucionalmente, ya que se propone introducirse directamente en la fuente de los conocimientos, pero también adquiere plena legitimidad desde la ángulo de los fines o propósitos de la pena, concretamente los fines preventivos – especiales que en su mayoría se le asigna, habida cuenta que, descarta toda posibilidad de que el Estado equivocadamente y en riña con la dignidad misma del sujeto realice una intervención terapéutica donde no es preciso.-

Aparte de estos argumentos, la legitimidad de la concepción adquiere especial relieve en el “efecto tranquilizador” que produce, en tanto y en cuanto, esta perspectiva garantiza que no va a castigarse como delincuente doloso a nadie que no haya realmente actuado con la consciencia de estar realizando el tipo penal. Empero, las garantías que se ofrecen se escurren cuando se intenta encontrar el medio apto para su aplicación.-

---

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los elementos subjetivos del dolo. Bases metodológicas*, Valencia, 199, p.21, 25, 26. El autor refiere que la problemática en cuestión puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente en los elementos subjetivos y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder sustancialmente normativo. La primera sería un punto de vista psicológico-individual.-

El autor español Ramón Ragués I Vallès<sup>3</sup> en su obra menciona los medios a los que comúnmente se recurre para la averiguación de este fenómeno psicológico. Ellos son: LAS CIENCIAS EMPIRICAS, LA CONFESION DEL ACUSADO, y LOS INDICIOS.-

En lo que hace a las **ciencias empíricas** tenemos aquellas disciplinas científicas que tienen como objeto el análisis empírico de la faz interna o psicológica de la persona. Esta perspectiva puede resultar tal vez la más convincente para muchos en base a la idea de que las valoraciones judiciales no pueden apartarse de aquéllos conocimientos que se consideran seguros desde un punto de vista científico.

Es fundamental no perder de vista que los métodos que se utilicen para la constatación de conocimiento deben **aportar certeza**, interpretado esto como una plena coincidencia entre los hechos probados y los realmente acaecidos, a efectos de evitar que la pena a imponer instrumentalice al justiciable para justificar la efectividad del Derecho y su utilidad como medio de defensa social.

Es sabido que las disciplinas científicas postuladas para éste cometido específico son la **psiquiatría y la psicología**; serían en principio las únicas capaces de penetrar en el esfera psicológica del sujeto. Pero, a la luz del actual grado de desarrollo de tales disciplinas sólo podemos estar seguros de que el conocimiento aportado al proceso no será algo más que meros cálculos de probabilidad.-

Además, éstas disciplinas requieren generalmente la colaboración activa de la persona cuya realidad psíquica se ve sometida a evaluación, lo que en el marco del proceso no es posible exigir al acusado, ya que así estaría colaborando, quiérase o no, con la labor propia del contradictor público de justificar su responsabilidad en el hecho.-

Es usual que en éstas pericias se aproveche para efectuar disquisiciones sobre la personalidad del individuo, olvidando frecuentemente aportar información vital sobre sí realmente existieron esas representaciones que requiere la conducta dolosa. Esta desconfianza no se traslada cuando se trata de corroborar *causalidades complejas* o *perturbaciones de orden psíquico* para la declaración de inimputabilidad.-

En suma, la aportaciones de las ciencias empíricas en lo que tiene que ver con la comprobación de los conocimientos que pudo haber tenido el encausado al perpetrar el hecho, no tiene una base segura. No ofrecen plena certeza de cuando alguien ha conocido o se ha representado algo<sup>4</sup>.-

En este sentido es viable afirmar que el postulado de la **concepción psicológica** nunca permitiría la condenación por un delito doloso, en razón de lo tortuoso que es constatar la realidad psíquica pretérita y ajena. De insistir con su aplicación, en tanto que no ofrece certezas sino meras probabilidades, nos alejamos considerablemente del rasgo que la legítima co-

---

<sup>3</sup> RAMON RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso pena...*pág. 213

<sup>4</sup> El BGH, sentencia del 14 de diciembre de 1972 afirma tajantemente que no es “posible adquirir un conocimiento seguro desde el punto de vista de las ciencias naturales sobre el contenido de las conciencia

mo oferta teórica: aproximarnos a la verdad material de los hechos. Se corre el riesgo de errar y enrostrarle al individuo determinados conocimientos que históricamente no existieron en su mente, y la pena en consecuencia aplicada pasaría a cumplir lo que desde un inicio queremos evitar: una intolerable fin de defensa social con instrumentalización y afectación a la dignidad del reo.-

Así llegamos a la **confesión de acusado**, para muchos la única prueba directa con aptitud de acreditar certeramente los conocimientos con que contó dicho sujeto en el momento de llevar a cabo su conducta, ya que por ser el dato objeto de indagación naturalmente interno, imperceptible a los ojos de todos, solamente quien lo posee podría develarlo; caso contrario, la opción restante es recurrir a la prueba indirecta.-

Cabe aclarar que esta función absoluta asignada a la confesión del reo no acoge una acepción neutra del término “confesión” , pues el carácter definitivo a estos fines probatorios sólo se atribuye a aquellas declaraciones del sindicado que tienen un sentido inculpatario. Si el imputado declara que no tuvo el conocimiento que pretende el dolo, la declaración no tiene ningún valor decisivo; en cambio sí admite que si los tuvo, pasa a ser como en el paradigma del proceso inquisitivo la reina de las pruebas en el proceso.

Sin perjuicio que ésta prueba no garantiza que lo dicho por el acusado sea la verdad de lo acontecido en el pasado, es decir, la certeza tampoco aquí esta amarrada. Considero que no constituye un medio de prueba, sino un simple acto de defensa. Y en la hipótesis de considerarla como mecanismo de acreditación, entiendo que por sí sola no puede justificar ningún extremo de imputación, pues requiere que su contenido este corroborado por prueba independiente incorporada objetivamente al proceso.

Igualmente, la doctrina y la jurisprudencia no se aferran incondicionalmente a la idea de que la confesión auto-inculpatoria del acusado tiene necesariamente que coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad de los hechos acaecidos, aceptando que por otros medios probatorios su valor puede aparecer desvirtuado.-

Por último, otro medio probatorio al que puede recurrirse – siendo tal vez el más usual – para constatar los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo es la **prueba de indicios**. –

Afirma el Tribunal Supremo Español que “salvo la 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 consciencia”.<sup>5</sup>

Empero, cabe hacernos la pregunta de si esta prueba nos habilita para averiguar el estado real de representación que tuvo pretéritamente el sujeto en al tiempo de cometer el

---

de otra persona en un momento concreto (citada por KÖHLER, *Die bewubte Fahrlä ssigeit*, Heidelberg, 1982, pp.67/68)

evento criminoso. Suele argüirse que dadas las contadas veces que el proceso se cuenta con una declaración autoinculpatoria del acusado, apelar a la prueba de indicios resulta un mecanismo válido y positivo para demostrar la realidad histórica - psicológica del imputado.-

A pesar de ello, las críticas no se hacen esperar. Es importante no olvidar que la capacidad de esta prueba para obtener conclusiones que coincidan con la verdad de los hechos se ciñe a la entidad de las premisas que conforman el silogismo. Las reglas de la experiencia que se apliquen a modo de *premisa mayor* deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad; no es suficiente que no contradigan las leyes de la lógica o los conocimientos. Del mismo modo, los hechos probados que conforman la *premisa menor* deben corresponder plenamente con la realidad acaecida. Si ambos premisas ofrecen probabilidades diversas, su conjugación conduce no más allá que a otra probabilidad.-

No siendo mi interés hacer un intenso desarrollo sobre los requisitos que deben cumplir tanto la premisa mayor como la menor de la prueba de indicios, para que aseguren una conclusión que sea espejo de la realidad efectivamente acaecida, puedo adelantar con livianos fundamentos que esta exigencia en muy pocos casos llega a cumplirse cabalmente. Al igual que en los otros dos supuestos el resultado de la prueba no garantiza que estemos frente a la verdad y librado de meras probabilidades que bajo ningún punto de vista pueden habilitar una sentencia condenatoria (*in dubio pro reo*).

En este sentido, opina Díez Ripolles que la prueba de indicios intenta descubrir el fenómeno psíquico por un medio tal vez menos fiable y más versátil que el científico<sup>6</sup>, por lo tanto, admitamos el margen de error que también tiene este mecanismo. Y ésta franja de error impide, ante el riesgo que un inocente resulte condenado, que la concepción psicológica sirva para acreditar el dolo del sujeto, ello es así ya que ninguno garantiza indubitadamente que a través de su utilización arribemos al real conocimiento que tuvo el autor al instante de perpetrar la conducta objetivamente típica.-

Conforme afirma Muñoz Conde, cuando la perspectiva psicológica – individual no ofrece los datos esperados, nos encontramos ante nuestra propia ignorancia que debe conducir a la absolución o al *in dubio pro reo*, ya que cualquier construcción jurídica al margen de lo fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica.<sup>7</sup>

El texto legal ofrece una solución para este problema que se basa en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo a la **convicción judicial del juez**. Quizá haga aplicable el concepto de dolo, pero a costa de renunciar a la seguridad jurídica y a asu-

---

<sup>5</sup> STS de 5 de diciembre de 1995 (A 8975 ponente De Vega Ruiz) mencionado por Ramon Ragués I Vallès, en la ob. cit en pág. 238.

<sup>6</sup> DIEZ RIPOLLES J.L., *Los elementos subjetivos de delito*, p. 322-323

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, prólogo a DIEZ RIPOLLES, *Los elementos subjetivo del delito*, p. 13

mir en toda condena el riesgo de que se pueda instrumentar al sujeto en vista de mantener la vigencia de la norma presuntamente contrariada.

La convicción del juez suele ser la solución que aporta la ley procesal ante la disyuntiva de aplicar estrictamente la concepción psicológica de la determinación del dolo y la pretensión de que el Derecho Penal no deje de ser un instrumento efectivo para el control social cuando analizado el mecanismo revele su incapacidad para corroborar en la mayoría de los supuestos conductas dolosas.

El ordenamiento ritual no exige plena constatación, sino basta con que el juez, a la vista de la prueba practicada, se convenza de su existencia. Ello implica una flexibilización notable de las condiciones bajo las cuales se hace posible dictar una condena: es mucho más sencillo convencerse de una determinada realidad que demostrarla de modo objetivo e inconstatable.-

Asimismo, el convencimiento es poco objetivable, más allá que doctrina y jurisprudencia - en razón de esta circunstancia- exijan que se apoye en ciertos fundamentos objetivos. El Tribunal Supremo Español añade a la convicción del juez los requisitos que se encuentre *libre de toda duda razonable* y que no contradiga *las reglas de la sana crítica o de la experiencia*.<sup>8</sup> Estas condiciones tal vez erradiquen de la resolución judicial todo tinte de arbitrariedad e irracionalidad del razonamiento, pero no garantizan una plena correspondencia entre sus conclusiones y la realidad. Por lo cual, es dable admitir en este marco la posibilidad de que se den por probados determinados hechos, y en virtud de los mismos se fundamente una condena, sin que se haya eliminado aún el riesgo que no coincidan con la realidad efectivamente acaecida.-

A esto último también hay que sumarle el resentimiento que se produce en la seguridad jurídica y el derecho de igualdad, ya que la capacidad de convencimiento puede variar de una persona a otra, pudiendo suceder que un mismo caso reciba, según quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, ambas conclusiones deben ser consideradas correctas si es que ninguna es notablemente irracional.

En consecuencia, esta repuesta que ofrece la ley procesal frente al dilema que plantea la inaplicabilidad de la concepción psicológica tampoco es convincente.-

Encontrar un método, no sólo legítimo sino también aplicable, es nuestra misión en el punto siguiente. Uno conjunto de criterios agrupados bajo la rúbrica de “**concepciones normativas**” desecha a aquella propuesta que la averiguación del dolo en el caso concreto dependa de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos.-

Su encorsetamiento bajo la calificante de normativos se debe sustancialmente a que en la determinación del dolo se *atribuye o imputa* un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose criterios distintos a la verificación empírica de datos psicológicos. Las

---

<sup>8</sup> STS de 15 de diciembre de 1981 (A 5009 ponente Mayna Ménguez) el mencionado tribunal admite que en la formación de su convicción el juez debe atenerse a la “reglas del criterio racional”, lo que numerosas sentencias se vincula a la interdicción constitucional de la arbitrariedad.-

afirmaciones sobre el conocimiento ajeno no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo.

El postulado de la concepción normativa de la determinación del dolo es ofrecer, desechando que pueda comprobarse empíricamente la realidad psíquica del sujeto, a los fines de justificar los elementos subjetivos en cuestión, parámetros objetivos, o mejor dicho criterios objetivos aplicables, que habiliten igual tratamiento en todos los casos y que sean previsibles para el destinatario de la norma.-

Es innegable que esta modalidad de constatar el dolo no sale airosa de las críticas, sin embargo, veremos que ante la incontrastable situación de optar por la concepción psicológica, en donde a la postre es la convicción del juez la que decide, y la de renunciar a la subjetividad del caso concreto para pasar al análisis de las circunstancias objetivas del suceso, para de allí inferir sobre la base de criterios preestablecidos si existieron los conocimientos reclamados por el dolo, en pro de la seguridad jurídica, igualdad y respecto a la dignidad del justiciable, esta última opción para ser la más saludable.

Son innegables los problemas de legitimidad que congrega esta postura. La objeción más dura que se le hace es que a través de su aplicación se resigna la búsqueda de la verdad material, se admite la posibilidad de no dar con la realidad efectivamente acaecida. Como ya resalté, también en la concepción psicológica surge este inconveniente. Tal vez la única diferencia es que desde el inicio el objetivo de la concepción psicológica sea dar con la verdad material, sin perjuicio de que a la postre, ante su no aplicabilidad, se recurra a mecanismos de adscripción poco objetivos e incontrolables como es la convicción del juez, y aquí, en la concepción normativa, se admita que esa realidad empírica es de tortuosa revelación y lo único que genera son inseguridades y arbitrariedades, postulando recurrir a criterios fijos, conocidos de antemano, conforme al sentido social, y que se relacionan con la figura de hombre ideal racional.-

Entiendo que esta concepción puede implicar un alejamiento de la realidad subjetiva del individuo, y por lo tanto, se incorpora un margen de error entre los resultados del juicio objetivo de atribución y la realidad pretérita ajena.

No es procedente cualquier criterio de atribución, solamente aquéllos que coincidan con los criterios sociales de imputación de conocimiento. Es decir, el recuso al **sentido social** como aditivo a esta propuesta, significa que una conducta dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya revelación será imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino que dicha conducta, acorde sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como quebrantamiento a una norma penal.-

La valoración de una conducta de acuerdo a un sentido social se ve plasmada por ejemplo en la imputación objetiva, para la que rigen criterios comunes de lo que es previsible y lo que no, y en la tentativa inidónea, donde se observa el desinterés de la sociedad por la sanción de la conducta en razón de considerar que no existió transgresión a la norma.

Pero no basta el sentido social como medio para establecer si existieron en el acusado los conocimientos que demanda el concepto de dolo. A efectos de que esta propuesta no se enfrente a un mar de dudas e inseguridades, es imperioso para la efectividad de la tesis, concretar criterios en reglas específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si el evento criminoso se ha realizado de modo consciente.

Las valoraciones sociales sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo adelante un determinado comportamiento puede revestir diversas formas: que sea *posible*, *improbable*, o *bastante probable*, empero, ante la intención de aminorar lo más posible el riesgo de alejarse de la realidad efectivamente acaecida, sólo puede ser aceptable ***que se atribuyan determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo al sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos.***

El papel que cumplen las ciencias empíricas en ésta concepción, para el caso la psicología y la psiquiatría, es aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado. Ya los hemos dicho en párrafos más arriba que es generalizado el consenso que estas disciplinas cumplen una importante función en el señalado ámbito jurídico, y que es dudosa su eficacia en la determinación de los conocimientos demandados por el concepto de dolo.-

Basta que ilustremos lo dicho con un ejemplo práctico en donde determinamos el dolo con el criterio del sentido social del comportamiento realizado y las circunstancias que acompañan: "cualquiera que dispara a una persona a sólo pocos centímetros con un arma de fuego es consciente de que está efectuando una conducta apta para causar la muerte". Esta conclusión puede ser desvirtuada si asistimos a las ciencias empíricas y constatamos que los auténticos hechos psíquicos no coinciden con el resultado de imputación que elaboramos. Es en éste punto donde las ciencias empíricas, desempeñan un papel restrictivo de los riesgos de instrumentalización que anida la perspectiva en cuestión.

En el caso de los inimputables, no se analiza su conducta desde un sentido social, sino, que se recurre a las particularidades de su individualidad para saber cuales fueron los verdaderos hechos psíquicos que reinaron y así evitar una condena errada.

El fin de esta concepción es el desarrollo de criterios concretos para determinar en qué casos; a partir del sentido social de la conducta, se puede aseverar inequívocamente que ésta ha sido realizada con el conocimiento requerido por el dolo. Los criterios tienen que estar estrechamente enlazados a los tradicionales enunciados de la experiencia de una determinada sociedad, pues es la única forma que la solución del silogismo sea acorde al sentido social y sea previsible para los ciudadanos, o sea, que estos sepan de antemano cuál es el sentido que en el marco de un proceso penal le será dado a su actuación pretérita.-

Para concluir, y pasar al tratamiento de algunas reglas de atribución que podrían funcionar eficazmente en esta perspectiva, debo decir que la ventaja que distingue a ésta propuesta frente a las restantes es obtener soluciones uniformes para supuestos de hechos estructuralmente similares, y con el paso del tiempo adaptables a las nuevas convicciones de la sociedad. Además, no se desecha la convicción judicial como medio para adscribir

sociedad. Además, no se desecha la convicción judicial como medio para adscribir determinado conocimiento, pero ya no como lo habilita la normativa procesal limitada únicamente por la sana crítica, las leyes de la experiencia, y la carencia de duda razonable, sino que además se adapte a la perspectiva que sentido social de la conducta otorgue al hecho.-

Seguidamente se hará referencia y análisis a las **reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos**. Como subrayé en apartados anteriores este ámbito de la praxis penal se encuentra huérfano de explicaciones, no se han proporcionado criterios que permitan decidir sobre el conocimiento que se debe imputar a un hecho fáctico, de modo que la cuestión queda relegada al ámbito de la valoración de la prueba, y en última instancia a la convicción del juez. Establecer criterios fijos para resolver hasta el final cuales son los conocimientos que estuvieron presentes en la mente del acusado al cometer el hecho, nos ofrecerá además la ventaja de servir para merituar el acierto del razonamiento judicial explicitado en la sentencia.-

#### **4. REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE CONOCIMIENTOS.-**

**4. A. LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS:** Cuando a una persona se le atribuye la condición de persona normal, a su vez se le enrostran determinados conocimientos cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad. La ausencia de tales conocimientos sólo puede alegarse si se demuestra que el sujeto padece ciertas perturbaciones psíquicas.-

Si el individuo no es inimputable los conocimientos mínimos se encuentran presentes y por lo tanto pueden ser atribuidos sin inconveniente.

Reconozco lo difícil que es establecer cuáles conocimientos deben ser estimados mínimos y cuáles no, y sería apresurado elaborar una lista “numerus clausus”. La concreción debe llevarse a cabo en cada caso, pensando si socialmente podría considerarse igual a una persona que desconociera determinadas realidades.

Se aceptan otros desconocimientos que están ligados a la imputabilidad del sujeto, sino que desde el punto de vista social se necesita una base objetiva más amplia que la mera acreditación de que el sujeto era imputable al instante de perpetrar la conducta.

Ejemplifica Ramon Ragués I Vallès cuando dice que es incorrecto afirmar que el acusado, por ser imputable, debe conocer el carácter venenoso de la anilina, habida cuenta que es imaginable que un sujeto imputable no sepa la lesividad del señalado producto, de modo que en éste supuesto se requiere de un sustrato fáctico más amplio que la mera imputabilidad del acusado.<sup>9</sup>

De la misma forma, especial tratamiento merecen los casos en que el individuo tiene una peculiar relación con la sociedad en donde se realiza la imputación. Hay conocimientos

---

<sup>9</sup> RAMON RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal ...ob. cit. pág. 384*

mínimos que están presentes en todo adulto de la raza humana, con independencia del referente cultural, empero, hay determinadas realidades que pertenecen a sociedades concretas, ajenas a otras sociedades, y es imaginable que el individuo que no las internalizó no las conozca.-

El único sustrato objetivo que puede impedir la imputación de los conocimientos mínimos es la acreditación que los contactos del sujeto con la sociedad concreta son nulos, y a la vez que tales conocimientos no forman parte de la cultura de la que proviene, dejando a salvo aquéllos que son comunes a cualquier ser adulto de la raza humana mayor de edad e imputable (conocimientos mínimos en sentido amplio).-

**4.B LAS TRANSMISIONES PREVIAS DE CONOCIMIENTOS:** Esta segunda opción establece sí con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos ciertos conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento.

Dice Ramon Ragués I Vallès que el razonamiento sería: “cuando el sujeto S le han sido transmitidos X conocimientos en el momento anterior a A, sigue contando con ellos en el momento posterior P”. El factum objetivo para atribuir al sujeto el conocimiento de cierta realidad en el momento de cometer la conducta típica viene dada por la acreditación que con anterioridad a la ejecución del hecho, ha tenido lugar la transmisión de conocimientos <sup>10</sup>.-

Los mismos conocimientos mínimos que antes tratamos, de alguna manera u otra fueron transmitidos por alguien previamente, pero en este caso desaparece la necesidad de establecer el momento en que fueron transmitidos. Sólo aquéllos que no participan de la calidad de mínimos conocimientos requieren la prueba de su transmisión previa, que permitirá en la práctica su atribución al sujeto en el momento de la realización de la conducta ilícita.-

Puede presentarse la hipótesis que el individuo que recibió los conocimientos previamente, en razón de la agitación del momento o de otra circunstancia, los haya olvidado o no tenido en cuenta al instante de realizar el hecho. Si existe la duda en este aspecto, la que no podría ser superada desde un punto de vista científico, conduce a la absolución del imputado.

Es factible delimitar éste problema con la siguiente premisa: la transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior a la realización del comportamiento típico, cuando su importancia impide pensar en su olvido por el sujeto que los recibió.-

Varios serán los factores a tener en cuenta cuando deba determinarse si los conocimientos transmitidos previamente se mantuvieron vigentes en la mente del acusado al perpetrar el evento: ya mencionamos la trascendencia de la información; y también lo es la proximi-

---

<sup>10</sup> RAMON RAGUES I VALLLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal ...pág.403/404*

dad temporal entre la transmisión y el comportamiento enjuiciado, pues no resulta creíble que existiendo breve tiempo entre uno y otro, el sujeto los haya olvidado.-

4. C LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROPIO CONOCIMIENTO: Otra forma de imputación vemos en aquéllos supuestos donde el acusado exterioriza – de palabra o por actos concretos – que cuenta con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la conducta típica.

Una de las cuestiones a analizar en este modo de atribución es ante qué situaciones puede afirmarse que concurre una exteriorización, lo que no parece demasiado dificultoso cuando el sujeto de la imputación se vale de sus propias palabras o por escrito. Es más complejo cuando tenemos que establecer qué comportamientos importan exteriorizaciones.-

Las exteriorizaciones pueden darse en tres momentos: antes, durante y después de la realización del hecho. De acuerdo de la ubicación temporal de la exteriorización son los distintos requisitos que deben ser observados para afirmar inequívocamente que el sujeto ha contado con determinados conocimientos.-

Si el sujeto exterioriza que cuenta con determinados conocimientos **antes** de la realización delictiva, podemos decir que estamos frente a una estructura similar a la regla *transmisión de conocimiento previos*, con la salvedad que aquí la base fáctica a demostrar no es la transmisión en sí, sino la propia exteriorización del sujeto por los medios que sea.-

Por lo tanto, ante tal identidad, es posible trasladar a ésta regla el problema del olvido y decir que: pueden ser imputados al sujeto los conocimientos exteriorizados con anterioridad a la conducta, si ante la entidad de tales conocimientos y el breve tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no es viable pensar que no haya podido contar con ellos.-

Si la exteriorización es **durante** la comisión del injusto, el criterio que rige es que dichos conocimientos deben serle imputados. En este caso no entra en juego la posibilidad del olvido, en tanto y cuanto, la exteriorización y consumación coinciden en el tiempo.-

Por último la tercera situación se presenta cuando la exteriorización se efectúa **después** y nos enfrentamos con lo que se denomina “la confesión del acusado”. Ya hemos tratado las particularidades que advierte ésta forma de constatar los conocimientos del acusado, y a ellos me remito, empero, cabe aclarar que las objeciones formuladas se debían a que con la confesión se pretendía acreditar un fenómeno psicológico, pero en esta propuesta funciona como un criterio de imputación. Su función es adscriptiva y no descriptiva.

Además, no toda exteriorización posterior viene dada por la confesión. También se puede verificar tal exteriorización a posteriori con la concurrencia de testigos dignos de crédito que manifiesten que posteriormente al hecho el sujeto acusado reconoció que sabía de cierta realidad en el instante de perpetrar el suceso.

No escapa a este modo de imputación la valoración fragmentaria que se hace de la prueba de confesión, es decir, no se habla del término confesión en su acepción neutra, sino sólo aquella que perjudique al acusado, que sirva para atribuirle responsabilidad<sup>11</sup>.-

En igual sentido encontramos las *exteriorizaciones por actos concluyentes*, en donde sin que exista una declaración explícita del sujeto sobre sus conocimientos en el momento del hecho, acorde como se ha comportado en dicho momento o con posterioridad, es viable inferir que cuenta o contaba con tales conocimientos. Estas valoraciones deben estar regidas por la univocidad de la conclusión a la que se arriba.-

#### 4. D LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO.-

Otro medio para imputar determinados conocimientos son las características personales del sujeto. Según qué características personales reúna el sujeto de la imputación; ya sea que tengan que ver con su profesión, sus estudios, su lugar de procedencia o residencia, su nivel cultural; se estimará o no conveniente que le sean atribuidas la consciencia de ciertas realidades.-

Ramon Vallès I Ragués cita a modo de ejemplo la “Sentencia de colza” donde el Tribunal Supremo Español recurre a este tipo de imputaciones de conocimiento basada en las características personales de los sujetos. En ella se afirmó que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general entre los “empresarios y técnicos introducidos en la rama de aceites”, y utiliza esta afirmación para atribuir a los acusados el conocimiento del peligro que implicaba la introducción en el mercado de aceite que había contenido anilina. Este es un caso en donde una característica personal sirvió para atribuir un determinado conocimiento<sup>12</sup>.-

Es importante destacar que para efectuar esta clase de imputación, relacionada con las particularidades del sujeto, no es suficiente establecer formalmente sus características, sino, que es preciso realizar una adecuada contextualización. Fijar en que contexto se desarrollan las citadas características personales, es un requisito ineludible para poder afirmar que inequívocamente un sujeto ha contado con determinados conocimientos.-

#### 4. E LA IMPUTACIÓN DEL CORRECTO CONOCIMIENTO SITUACIONAL.

La imputación dolosa requiere que el sujeto que ha realizado la conducta típica sea posible atribuirle la plena conciencia de la situación en que ha actuado.

Se produce algo así como una trilogía de requisitos: 1) Que el sujeto sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado, instancia donde pueden entrar en juego los conocimientos mínimos o determinadas características per-

---

<sup>11</sup> FEUERBACH, J.P.A. afirmaba: “la declaración de un inculpado, en la medida en que contenga una circunstancia fáctica que lo beneficie, no merece por lo regular ningún crédito, pero cuando afirme una circunstancia que le sea desfavorable hace plena prueba”. [*Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, 14ed a cargo de C.J.A Mittermaier, Huesen, 1847, trad española a cargo R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, 2ª. ed. Buenos Aires, 1989

<sup>12</sup> RAMON RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal ...pag. 426*

sonales del sujeto (*correcto conocimiento de aptitud lesiva en abstracto*). 2) Que el sujeto sea conciente de que en la situación concreta en la que se lleva a cabo la conducta concurren determinadas circunstancias objetivas que la hacen apta para producir dicho resultado (*correcto conocimiento situacional*), 3) Que el sujeto integre los dos anteriores conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*.

En este apartado trataremos los conocimientos que tuvo el sujeto de las circunstancias que conforman la situación en la que lleva a cabo la conducta típica. Esta clase de conocimientos pueden ser imputados por las transmisiones de conocimiento o las exteriorizaciones. También puede suceder que el individuo adquiera conocimiento de la realidad que lo rodea en el instante de perpetrar el hecho con su percepción sensorial. La atribución que se efectúa sobre el conocimiento de la situación, al igual que en los otros supuestos debe ser inequívoca, no puede haber margen para las dudas, siendo para ello de utilidad tener en cuenta las capacidades sensoriales del sujeto. Si del factum objetivo de la sentencia surge que el imputado padece trastornos sensoriales ya no es factible aseverar de manera unívoca que conoció la ubicación espacial de un determinado objeto.-

Para finalizar, tenemos el conocimiento **situacional reflexivo**, en el cual el individuo adquiere conocimiento del objeto a partir de un previo acto intelectual que va más allá de la mera percepción, pues se requiere una previa valoración o reflexión de datos que se consiguen de la observación del objeto en cuestión.-

En la modalidad delictiva donde usualmente encontramos esta clase de conocimientos es en la *receptación sospechosa*, ilícito que requiere que el sujeto activo haya sido conciente de que determinados bienes guardan relación con la comisión previa de un delito. No basta con que sepa que adquiere determinado objeto, sino que a partir de ciertas características de éste le debe poder ser imputado el conocimiento de su origen delictivo. La jurisprudencia ha intentado elaborar pautas a través de las cuales es dable suponer que el individuo tuvo que haber conocido su procedencia ilícita, tales como el bajo precio pagado, el lugar de adquisición, etc.-

## **5. CONCLUSIÓN.-**

Habiendo desarrollado las dos principales propuestas para acreditar el dolo en el proceso (psicológica y normativa), vislumbradas las ventajas de una y otra, y resaltada la escasa atención que ha recibido el tema en la jurisprudencia y doctrina en general, es fructuoso ofrecer un mecanismo, que dibuje el camino uniforme que deben seguir los prácticos jurídicos a la hora de establecer si el acusado perpetró la conducta de manera dolosa; más allá de las objeciones que se pudiera recibir por parte de la doctrina que se aferra a conceptos dogmáticos de extrema legitimidad, pero que no consiguen réplica en el marco de un proceso.

Es oportuno recurrir a las palabras del profesor Marcelo A. Sancinetti, quien en varias publicaciones y en sus obras más difundidas nunca ha dejado de analizar el problema de la prueba del dolo en el proceso penal, titulado por él como el "*mito secundario*"<sup>13</sup>.-

Sancinetti desde su postura subjetivista monista del ilícito resalta el errado prejuicio que se observa en la praxis judicial según el cual el resultado implica un indicio irrefutable que quién lo ha causado, también ha querido producirlo, y que, concordantemente, la ausencia del resultado dificulta la prueba de que el autor haya querido producirlo.

Este razonamiento, sin duda vigente en la labor judicial, el autor lo denomina *mito primario del resultado*, para diferenciarlo del *mito secundario* que es aquel que el resultado facilita la prueba del dolo de ese mismo resultado<sup>14</sup>.-

Es gráfica la duplicación de injusticia que se produce cuando el derecho penal trata más benignamente a la tentativa acabada con relación al delito consumado. La primera injusticia se produce cuando la ley agrava la pena cuando el resultado se consuma, con relación a la punibilidad que corresponde a la tentativa acabada; la segunda deriva de la actitud de los jueces, pues sino se produce el resultado, consideran menos probable que el autor haya obrado con dolo, y, por lo tanto, que haya habido tentativa<sup>15</sup>

Es por ello, que ante la inexistencia de criterios fijos y objetivos de cómo determinar el dolo del acusado, y frente a la imposibilidad de acreditar, por el medio que sea, la realidad psicológica de éste, la ley otorga al juzgador la facultad de determinarlo, a la luz de la prueba practicada, según su convicción. Y es en ese momento donde los prejuicios señalados entran en juego. Es presumido que existió dolo en el ejecutor si la conducta llega a consumarse. Dolo y resultado son una misma cosa, y lo que es peor de todo, con tal mito en la conciencia judicial se atenta contra uno de los pilares fundamentales del proceso: la presunción de inocencia. El Fiscal queda exento de demostrar semejante extremo de imputación, y es el propio acusado quien tiene que desvirtuar esa preconcepción que lo perjudica.-

Frente a éste panorama, la idea es elaborar reglas, que respetuosas de los derechos elementales que le asisten a todo individuo sometido a proceso, habiliten un mecanismo para la determinación del dolo.-

No puedo negar que lo ideal sería, para aproximarnos a la verdad de los hechos, optar por la constatación de la realidad psicológica del acusado para corroborar si tuvo los conocimientos que demanda el concepto de dolo, pero toda vez que resulta ser un ámbito de imposible intromisión, en donde ni la propia declaración del acusado nos asegura que la realidad

---

<sup>13</sup> SANCINETTI, MARCELO A., *Dolo y Tentativa. ¿El resultado como un mito?, Acerca de la demostración del dolo por medio del resultado, Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Editorial Depalma, Año, 9, 1986, Pág. 505-517.-*

<sup>14</sup> SANCINETTI, MARCELO A., *Dolo y Tentativa. ¿El resultado como un mito?.... Doctrina Penal del año 1987, Pág. 504-517.-*

<sup>15</sup> SANCINETTI, trabajo cit. y publicado en Doctrina Penal..pág. 510

efectivamente acaecida esté de nuestro lado, la concepción normativa en base al sentido social de la conducta parece ser la propuesta más adecuada.-

De no ser así, dejaríamos que la intención reprobable del sujeto fuera determinada por la convicción que hiciera el juez según la prueba practicada, y pendiente de un razonamiento tan inaceptable como el resaltado más arriba en el sentido que el dolo fuera inferido directamente de la circunstancia de que se haya producido el resultado, teniendo el imputado que desbaratar esa irrazonable presunción (inversión de la carga de la prueba).-

Lo correcto es que conforme el modo concreto de conducción de la acción se deduzca si el individuo actuó o no con dolo, siendo posible recurrir al auxilio de las pautas o reglas sociales de atribución de conocimiento que analizamos, pues ellas nos ofrecerán criterios prácticos para develar si el imputado al instante de cometer la conducta tenía conciencia que su accionar produciría el resultado típico.-

Tal vez se reclame que con ésta propuesta se renuncia a la búsqueda de la verdad material, pero entiendo que no es así. Ningún método nos da garantía anticipada que con su aplicación conseguiremos conocer la realidad efectivamente acaecida, todos en alguna medida advierten esa falla. Lo que se pretende es restringir ese margen de error en los fallos judiciales con la introducción de mecanismos de control y corrección; y de alguna manera aproximarnos a la verdad histórica.

Para concluir, el dolo del acusado es un extremo que debe ser acreditado en el proceso penal, su ausencia impide una sentencia condenatoria por delito doloso, y no son viables al respecto presunciones que afecten derechos fundamentales de los justiciables. Reconociendo lo diabólica que resulta su acreditación por medios de prueba directos, entiendo que la opción de pautas preestablecidas con sentido social sobre cuando debe ser imputado determinado conocimiento acorde las exigencias del concepto de dolo es, por ahora, el camino más admisible.-

El juzgador a la hora de convencerse sobre la existencia de estos conocimientos que conforman el dolo del autor, podrá servirse de estas reglas de imputación consensuadas, y su errada aplicación permitirá la correspondiente crítica. Debemos dejar atrás la injustificada idea de que si existió un resultado típico es presumible que el autor del mismo tuvo la finalidad de incurrir en el, e iniciar el proceso con la idea de que desconocemos si el accionar fue doloso, para que en el marco de un proceso revestido con todas las garantías que los ordenamientos jurídicos reglamentan, se establezca certeramente este ingrediente subjetivo.-