

CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y PROBATORIAS SOBRE EL DOLO EN EL PROCESO PENAL*

Mauricio Rettig Espinoza**

Prof. de Derecho Penal
Universidad Alberto Hurtado
mrettig@pjud.cl

RESUMEN: El análisis del dolo supone dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas. La primera es la cuestión conceptual referida a la definición dogmática del dolo y supone revisar sus teorías y críticas a fin de precisar el contenido del dolo y determinar si es un hecho que puede ser probado o si es una categoría normativa de imputación penal. Ello es relevante para la cuestión epistemológica sobre cuál es el objeto de prueba en la atribución o imputación del dolo y consiste en precisar si en el proceso penal el *thema probandum* son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la imputación dolosa o los *indicios* susceptibles de subsumirse en un catálogo abierto y referencial de indicadores normativos. La tercera discusión se refiere a la cuestión epistemológica sobre el método mediante el cual se acreditan dichos estados mentales o indicios y presupone precisar si el enlace que conecta las pruebas con la hipótesis a probar puede consistir únicamente en una generalización epistémica o si, además, las presunciones y los conceptos (como el dolo) y sus teorías son especies de inferencias probatorias.

PALABRAS CLAVE: dolo, conocimiento, voluntad, intención, atribución, imputación, objeto de prueba, método inferencial, estados mentales, indicios, indicadores.

* Este artículo es una versión corregida del trabajo final presentado para el Máster en Razonamiento Probatorio impartido por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Génova y dirigido por el profesor Daniel González Lagier, quien formó parte junto a los profesores María Laura Manrique y Diego Dei Vecchi del tribunal que lo evaluó. A todos ellos agradezco sus comentarios y sugerencias.

** Abogado, Universidad de Chile; máster en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona; doctor en Derecho, Universidad de Barcelona.

DOGMATIC AND EVIDENTIAL CONSIDERATIONS OF *MENS REA* IN THE CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT: The analysis of *mens rea* involves elucidating three closely related discussions. The first is the conceptual issue referred to the dogmatic definition of *mens rea* and involves reviewing its theories and criticisms in order to specify the content of *mens rea* and determine if it is a fact that can be proven or a normative category of criminal accusation. This is relevant to the epistemological question about what is to be proved in the attribution or imputation of *mens rea* and consists in specifying whether in the criminal trial the *thema probandum* are certain states of mind that may be relevant to the *mens rea* imputation or the indications that can be subsumed in an open and referential catalog of regulatory indicators. The third discussion refers to the epistemological question involving the method by which states of mind or indications are proved and presupposes specifying whether the link that connects the evidence with the hypothesis to be tested can only consist of an epistemic generalization or if, in addition, presumptions and concepts (such as *mens rea*) and their theories are types of evidentiary inferences.

KEYWORDS: *mens rea*, knowledge, will, intent, attribution, imputation, object of proof, inferential method, mental states, indications, indicators.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL: 2.1. Teorías psicológicas de dolo: 2.1.1. *Críticas a las teorías psicológicas de dolo*. 2.2. Teorías cognoscitivas de dolo: 2.2.1. *Críticas a las teorías cognoscitivas de dolo*. 2.3. Las teorías descriptivistas de dolo: 2.3.1. *Críticas a las teorías descriptivistas de dolo*. 2.4. Las teorías normativas de dolo: 2.4.1. *Críticas a las teorías normativas de dolo*. 2.5. Balance sobre el concepto de dolo.— 3. LA CUESTIÓN SOBRE EL OBJETO DE PRUEBA: 3.1. El objeto de prueba en las teorías descriptivistas de dolo. 3.2. El objeto de prueba en las teorías normativistas de dolo. 3.3. Balance sobre el objeto de prueba.— 4. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA: 4.1. La índole del enlace: 4.1.1. *Las generalizaciones empíricas en el delito doloso*. 4.1.2. *¿Son las definiciones o teorías de dolo una clase de inferencia probatoria?* 4.1.3. *¿Son las presunciones una clase de inferencia probatoria?*. 4.2. La prueba de los estados mentales en las teorías descriptivistas de dolo. 4.3. La prueba de los indicios en las teorías normativas de dolo. 4.4. Balance sobre la cuestión metodológica.— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo pretende dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas a fin de orientar la discusión sobre el dolo en el proceso penal.

En el primer apartado analizaré la cuestión conceptual a fin de responder a la pregunta sobre qué es el dolo. Ello supone revisar las teorías psicológicas, cognoscitivas, descriptivistas y normativistas de dolo y sus críticas para precisar su contenido, su delimitación con la imprudencia consciente y determinar si se trata de un hecho que debe ser probado o de una categoría normativa de imputación penal.

En el segundo apartado revisaré la cuestión epistemológica consistente en determinar cuál es el objeto de prueba en la atribución o imputación del dolo. Lo anterior

implica precisar si el dolo puede ser objeto de prueba empírica o si el *thema probandum* consiste en ciertos *estados mentales* eventualmente relevantes para la imputación dolosa o en *indicios* subsumibles en *indicadores* de dolo.

En el tercer apartado analizaremos la cuestión metodológica a fin de examinar cómo opera la aplicación del método inferencial en la prueba de los estados mentales eventualmente relevantes para la imputación dolosa o de los indicios subsumibles en *indicadores* normativos de dolo. Ello presupone precisar si el enlace que permite conectar las pruebas con la hipótesis a probar consiste solo en una generalización epistémica o si, además, las presunciones y los conceptos (como el dolo) y sus teorías son clases de inferencias probatorias.

2. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL

La discusión sobre el concepto de dolo se ha enfocado desde dos puntos de vista. En atención a cuáles son los elementos del dolo y a su delimitación con la imprudencia consciente, las teorías pueden ser *psicológicas* o *cognoscitivas*. En consideración a si el dolo es un hecho psicológico que puede ser probado *ex post* en el proceso o a si es un título normativo de imputación que se adscribe, las teorías pueden ser *descriptivistas* y *normativistas*.

Los criterios que fundamentan estas dos clasificaciones sobre el dolo pueden concurrir en cuatro combinaciones: *a)* teorías psicológicas que afirman que el dolo es conocimiento y voluntad, por lo que en el proceso ambos elementos deben ser acreditados (Cerezo Mir, 2005, p. 131); *b)* teorías psicológicas que sostienen que el dolo es solo conocimiento, por lo que es este el único elemento que debe ser probado en el proceso penal (Gimbernat, 1990, p. 428-429); *c)* teorías normativas que sostienen que el dolo es conocimiento y voluntad, de manera que en el proceso penal ambos elementos deben ser adscritos (Roxin, 1997, p. 424; Diaz Pita, 2010, pp. 291 y ss.), y *d)* teorías normativas que sostienen que el dolo es solo conocimiento, por lo que es este el elemento que debe ser imputado (Pawlik, 2016, p. 144).

2.1. Teorías psicológicas del dolo

Para la doctrina mayoritaria el dolo es el *conocimiento* y la *voluntad* de realizar el tipo objetivo. El agente debe ejecutar una conducta objetivamente típica contando con ambos elementos que constituyen el contenido y el objeto de prueba o de imputación en el proceso (Greco, 2017, p. 12).

2.1.1. Críticas a las teorías psicológicas de dolo

Las críticas a las teorías psicológicas pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Se sostiene que la voluntad es un elemento básico común a toda conducta entendida como un comportamiento humano externo y voluntario, por lo que no sirve como elemento diferenciador entre el tipo doloso y el imprudente (Struensee, 2009, p. 6).

b) Solo el *dolo directo* se corresponde psicológicamente con lo que el autor ha querido. En el dolo de las consecuencias necesarias y en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado, sino que sabe que este está vinculado de forma necesaria o posible con la conducta ejecutada *voluntariamente* (Jescheck y Weigend, 2002, pp. 314-315).

c) El dolo definido como *intención* (Feuerbach, 2007, p. 71) es demasiado limitado. Lleva a sancionar como imprudencia supuestos con un merecimiento de pena de comportamientos dolosos, por lo que la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XIX crearon los conceptos de *dolo directo de segundo grado* y de *dolo eventual* para ampliar el ámbito de los delitos dolosos y no tener que sancionar como imprudentes supuestos de cierta gravedad¹.

d) Conduce a un abuso del lenguaje porque obliga a encontrar el elemento volitivo en sucesos que difícilmente coinciden con el vocabulario cotidiano, afirmando que «en sentido jurídico» se pueden aceptar consecuencias no deseadas, de manera que «el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado». En el lenguaje corriente no concurre un «aprobar» y lo que debe comprenderse como «aprobar en sentido jurídico» queda indeterminado (Struensee, 2009, p. 7)².

e) La inferencia del elemento volitivo a partir de la «actuación pese al conocimiento» tiene un tinte cognoscitivo que hace dudar sobre la necesidad de incluir en el dolo un requisito volitivo, porque así definido, carece de un contenido propio que justifique su inclusión en el concepto de dolo (Ragués, 2004, p. 15).

f) En los *delitos de mera actividad* se afirma la existencia de dolo con el solo conocimiento de las circunstancias típicas. Ningún juez negaría el dolo del acusado de ejecutar un delito de abuso sexual porque afirma que realizó tocamientos a una víctima de diez años conociendo su edad, pero «no queriendo hacerlo» (Ragués, 2004, pp. 15-16).

¹ Esta crítica es aplicable a la tesis de Manrique (2012, pp. 274-275), quien conecta al dolo con la intención y en base a la teoría del doble efecto concluye que en las conductas abarcadas por el dolo eventual, el grado de reproche debe ser el mismo que para el delito imprudente en los casos en que el legislador no haya creado una norma especial para sancionar las consecuencias previstas.

² Como afirma Ragués (2011, pp. 193 y ss.), a propósito del análisis del *caso del cinturón*, la *teoría de la voluntad* tiene serios problemas para delimitar el dolo de la imprudencia cuando el sujeto activo, pese a no tener el propósito directo de ocasionar un determinado resultado, realiza la conducta siendo consciente de la existencia de un elevado riesgo de que tal consecuencia se produzca. En estos casos, mientras para la *teoría de la probabilidad* el elemento volitivo es superfluo exigir el elemento volitivo para concluir que se trata de un caso de dolo eventual, los partidarios de la *teoría de la voluntad* admiten el debilitamiento de este elemento en forma de aprobación o consentimiento.

g) Conduce a un *derecho penal de autor*, ya que para afirmar la concurrencia del elemento volitivo, sobre todo en el dolo eventual, la jurisprudencia presume el dolo en personas que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, se parte de la base que «querían» o «aceptaban» el resultado lesivo y niega el dolo respecto de personas que realizan una actividad generalmente aceptada por su utilidad social (médicos, abogados), presumiendo que «no querían», excluyendo la punición dolosa y optando por la imprudente (Corcoy Bidasolo, 2005, pp. 267-269).

2.2. Teorías cognoscitivas de dolo

Estas teorías sostienen que el dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por lo que el contenido del dolo y su objeto de prueba o de imputación, sería solo el *conocimiento*. Abandonan el elemento *volitivo* debido a las críticas formuladas a las teorías volitivas (Gimbernat, 1990, pp. 258-259; Greco, 2017, p. 16).

2.2.1. Críticas a las teorías cognoscitivas de dolo

a) A las teorías cognoscitivas se les critica que el dolo eventual terminaría abarcando a la imprudencia consciente, porque ambas categorías se fundamentan en el elemento cognoscitivo, con el consiguiente perjuicio para el acusado (Luzón Peña, 2001, p. 1123; Manrique, 2012, p. 272).

No concuerdo con esta crítica porque, si bien se atribuye el conocimiento del riesgo tanto en el dolo eventual como en la imprudencia consciente, su contenido es distinto. En la imputación dolosa, el riesgo jurídicamente desaprobado está ante los ojos del agente, quien tenía la posibilidad efectiva de conocerlo y no podía confiar racionalmente en su no realización en la lesión del bien jurídico. En la *imprudencia consciente*, en cambio, existe un deber de conocer el riesgo, la posibilidad de conocerlo, pero el agente desconoce la idoneidad concreta de su conducta para producir el resultado, concurriendo un *error de tipo vencible* (excluyente de dolo pero que deja subsistente la imprudencia) respecto de la efectiva intensidad del peligro generado por su conducta o de su capacidad de evitación (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11). Por lo tanto, asumir un concepto cognoscitivo de dolo no implica que la imprudencia consciente deba ser absorbida por el dolo eventual, ya que es posible delimitar ambas formas de imputación subjetiva conforme a la gravedad del injusto, según el grado de conocimiento.

b) También se objeta a las teorías cognoscitivas que, si el deslinde entre el dolo eventual y la imprudencia consciente se configura prescindiendo del elemento volitivo, se favorece injustificadamente a los descuidados, imputándoles imprudencia, frente a los escrupulosos, que deberán responder a título doloso, de manera que la

diferencia entre dolo e imprudencia se establecería en base a un aspecto puramente cuantitativo (Mir Puig, 2009, p. 264; Ossandón, 2010, p. 448).

Tampoco concuerdo con esta crítica, porque en la imputación dolosa el grado de conocimiento atribuido al autor sobre la potencialidad lesiva de su conducta es tal que debería motivarlo a desistir de su actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso, por lo que se trata de un conocimiento sobre la capacidad concreta de la conducta para realizar el tipo penal (Ragués, 1999, p. 519). En la imprudencia, en cambio, el nivel de conocimiento sobre la probabilidad de lesión es insuficiente para motivar al sujeto a interrumpir la conducta realizada, pero impone el deber de incorporar mecanismos de aseguramiento. Si alguien dispara desde lejos a su víctima, sabiendo que existen pocas posibilidades de alcanzarlo pero buscando causarle la muerte, la imputación *dolosa* se funda en la atribución del conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para causar la muerte, por lo que el agente debería desistir de su actuación. Si el agente, en cambio, actúa imaginando la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo, pero lo descarta basado en la confianza razonable pero equivocada de que no se producirá el hecho lesivo, solo es posible imputar imprudencia (Ossandón, 2010, p. 448).

2.3. Las teorías descriptivistas de dolo

Se suele afirmar que para las teorías descriptivistas el dolo es un proceso efectivamente acontecido en la mente del sujeto al ejecutar el hecho, cuya existencia podría reconstruirse y averiguarse *ex post* por el juez en el proceso. Como el dolo sería un hecho efectivamente acaecido que se extrae de la realidad, la acreditación *del* o de *sus* elementos formaría parte del relato de los hechos probados en la sentencia, actividad cognoscitiva orientada a establecer juicios verdaderos o falsos. Se trataría de descripciones de hechos pasados de naturaleza psíquica e interna que no pueden ser percibidos por los sentidos como los hechos externos (Ragués, 1999, pp. 205-207).

En mi opinión, más allá de si se asume una postura descriptivista o normativista, es importante aclarar que el dolo no puede ser objeto de prueba empírica porque es una categoría normativa de imputación penal y no un enunciado descriptivo sobre los hechos. Por lo tanto, el *thema probandum* para estas teorías, serían ciertos *estados mentales* que pueden ser sometidos a prueba empírica porque constituyen *hechos psíquicos* que eventualmente pueden ser relevantes para una imputación dolosa. (Pérez Barberá, 2023, pp. 143-144).

Estas teorías concilian a la manera del *emergentismo* la existencia de los estados mentales con una concepción materialista del mundo en la que el sustrato físico es condición de existencia de los estados generados por el sujeto (Searle, 1992, pp. 13 y 266 y ss.; González Lagier, 2022a, p. 58). Por lo tanto, afirman que es posible distinguir entre hechos físicos y hechos psíquicos.

Estados mentales como el «conocimiento», la «voluntad», la «intención», la «confianza», la «indiferencia», una «creencia», etc., pertenecerían al *plano empírico* porque son hechos psíquicos no observables que podrían y deberían ser probados en el proceso, porque determinar qué estado mental tenía el agente al ejecutar el hecho sería relevante para la imputación dolosa (Pérez Barberá, 2023, pp. 141-142).

2.3.1. Críticas a las teorías descriptivistas de dolo

a) *Se niega la existencia de los estados mentales.* Se afirma que ni el dolo ni sus elementos son hechos externos porque no hay hechos de dolo ya que voluntad, libertad, acción, culpabilidad, etc., pertenecen a un «juego de lenguaje» que es diferente a los hechos naturales, por lo que el dolo no se prueba: se *imputa*. Cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente realizamos un juicio *adscriptivo* (Hruschka, 2005, pp. 154-155).

A esta objeción se contesta que los estados mentales son hechos psíquicos que emergen de los hechos físicos. Además, se sostiene que las intenciones y las creencias son una manera de hablar, choca con el sentido común, porque todos sentimos o experimentamos pensamientos, dolores, creencias, deseos, emociones. Por último, se afirma que hay estrategias exitosas para atribuir estados mentales mediante la interpretación de las conductas de otros y la coordinación de las nuestras en base a aquellas (González Lagier, 2013, pp. 144-145; 2023, pp. 66 y 67).

b) *Se niega la posibilidad de conocer los estados mentales de los demás, dadas las limitaciones de la prueba judicial.* Se sostiene que la intención se inferiría de manera indirecta a partir de «indicios» de los hechos, con menor certidumbre sobre si estos ocurrieron. La prueba de indicios no sería una válida, porque con ella no se comprueba ninguna realidad (Miranda Estampres, 1997, pp. 217 y ss.). También se afirma que las atribuciones en base a generalización empíricas de sentido común no son demostraciones de los hechos psicológicos y los indicios que suelen usar los tribunales posibilitan que el dolo atribuido no se haya verificado o viceversa (Paredes Castellón, 2001, pp. 72 y ss.).

Se refuta que tanto en la prueba directa como en la indirecta el razonamiento probatorio es inferencial y probabilístico por lo que el valor de la prueba directa es *tendencialmente* mayor que el de la indirecta, porque esta exige inferencias suplementarias (Gascón Abellán, 2010, pp. 82-84). Además, se replica que la prueba no requiere una demostración absoluta que excluya el resto de las alternativas, porque de lo contrario tampoco podría acreditarse la existencia de un acto humano porque es la prueba de la voluntad la que permite determinar que se trata de una acción y no de un acto reflejo y la que permite identificar la clase de acción que realizó el sujeto (González Lagier, 2022a, p. 67).

La última afirmación de González Lagier, relativa a la prueba de la acción, merece algunas aclaraciones sustantivas y probatorias. A nivel de conducta (acción), el

contenido de la voluntad es mucho más modesto del que pretende³, toda vez que se limita a exigir que el comportamiento sea ejecutado con un mínimo psíquico de voluntariedad (Zugaldía Espinar, 2010, p. 226). La norma de primaria o de conducta, requiere la voluntad del destinatario a fin de cumplir con su función de motivación, porque no tiene sentido prohibir la realización de actos carentes de toda voluntad, ya que en ellos el autor no puede decidir *voluntariamente* no realizarlos por el influjo de la norma que lo prohíbe (Mir Puig, 2009, p. 186). En el proceso penal, se parte del supuesto que concurre en dicha base sustancial mínima que es común al delito de acción o de omisión, doloso o imprudente, de manera que solo es objeto de prueba en los casos de exclusión de la conducta (actos reflejos, movimientos en estado de inconsciencia y fuerza física irresistible), muy poco frecuentes en la *praxis*.

c) *Es imposible comprobar la intención*. Sostiene que el conocimiento de los hechos psicológicos no es comprobable una vez que se ha realizado la atribución. El juez conoce pruebas de los enunciados sobre un hecho que encaja en un determinado esquema típico, y sobre la base de ese conocimiento, considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar en base a *indicios* que son el verdadero objeto de prueba. El estado psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es solo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto (Taruffo, 2011, p. 165).

Se contesta que la mayor parte de los hechos que se enjuician en un proceso judicial tampoco pueden ser comprobados al margen de los criterios de prueba, ya que ocurrieron en el pasado y sobre ellos no cabe experimentación (González Lagier, 2013, p. 146).

d) *Existe una falta de regularidad entre la conducta externa y los elementos subjetivos*. Se afirma que para inferir los elementos subjetivos de la acción a partir de la conducta externa del individuo debe concurrir una regularidad bien establecida que correlacione la conducta externa con el estado mental. Ello es necesario para que las *máximas de experiencia* y los *indicios-tipo* que enlazan la conducta externa con la intención sean fiables. Sin embargo, estas regularidades no existen porque un mismo

³ En rigor, incluso la categoría de la «acción», como elemento independiente de la teoría del delito, ha perdido relevancia en la dogmática penal contemporánea de corte normativista, siendo absorbida por la tipicidad bajo el argumento de que lo trascendente para la teoría del delito es determinar si se ha realizado la conducta contenida en el tipo penal (Morillas Cuevas, 2008, p. 1391), de manera que la *conducta* que importa al derecho penal no consiste en cualquier clase de comportamiento, ya que tomar un vaso para beber agua, caminar por la playa o ver un partido de fútbol son comportamientos que no tienen por sí mismos ninguna relevancia jurídico-penal. El derecho penal, realiza, para sus efectos y desde su prisma, la selección de los hechos relevantes, por lo que entre los distintos sentidos, importa el concepto jurídico-penal de acción que debe contener el mínimo de elementos que determinan que la realización de una conducta humana sea penalmente relevante y, por lo tanto, útil para los fines de la teoría del delito, en términos de posibilitar el descarte de los hechos irrelevantes (Zugaldía Espinar, 2010, p. 226). Así, la conducta es, en mi opinión, un *comportamiento humano externo y voluntario* (Rettig, 2019, p. 84; Mir Puig, 2009, pp. 184 y ss).

estado mental puede corresponderse con distintas o con ningún tipo de acción (Ragués, 1999, p. 258).

Se replica que además de las generalizaciones acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales para inferir la intención, la prueba de la intención descansa en la *presunción de racionalidad del agente*, de manera que el tipo de conducta que realizó es típico de cierta intención y racionalmente adecuado a la situación a la que se enfrentó (González Lagier, 2013, p. 145).

e) *Cuando atribuimos intenciones proyectamos los propios estados mentales al agente*. Se sostiene que atribuimos intenciones a partir de lo que hubiésemos querido o sabido en tales circunstancias, extrapolarlo a nuestros potenciales estados mentales, lo que conlleva un riesgo de error debido a peculiaridades desconocidas del agente (Ragués, 1999, p. 252).

Si bien esta crítica se considera válida, se afirma que no descarta la posibilidad de averiguar las intenciones de otros, sino que obliga a averiguar lo que sea posible sobre el agente y a razonar en función de la evaluación que creemos que él hubiera hecho, en base a criterios objetivos intersubjetivamente controlables adaptados al caso particular (Fletcher, 1997, p. 182).

f) Si el dolo es un estado mental, también lo sería la imprudencia; sin embargo, en la *imprudencia inconsciente* no concurre estado mental alguno. El sujeto responde porque estaba ante un riesgo cognoscible, que debía conocer y que, sin embargo, no conoció⁴.

2.4. Las teorías normativas de dolo

Afirman que el dolo es un título de *imputación subjetiva* que consiste en la adscripción en el proceso penal del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado en base a *indicios* fácticos y a *indicadores* normativos de dolo. El juicio de imputación se refiere al conocer que el agente *debía haber poseído de forma racional y exigible*, por lo que se desacopla del estado psíquico real en que se encontraba el autor al ejecutar el hecho (Pawlik, 2016, pp. 142 y ss.). La atribución del dolo no depende de la valoración del riesgo efectuada por el autor, ya que una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en su descargo porque al ejecutar el hecho no haya reflexionado sobre la magnitud del riesgo o hubiese considerado irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es si su conducta, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser. No se trata de atribuir al autor un conocimiento del riesgo

⁴ La misma crítica se realizaba respecto de la teoría causalista psicológica de la culpabilidad, que sostenía que dolo y culpa eran un vínculo subjetivo de carácter psicológico entre la acción, el resultado y el sujeto que la realiza (von Liszt, 2007, p. 388). Sin embargo, dicha relación es inexistente en la imprudencia inconsciente (Donna, 2002, pp. 13-14).

relevante para la acción que él no tenía, sino de negarle la competencia para decidir de forma jurídicamente vinculante sobre la relevancia para la conducta del conocimiento del riesgo que él tenía (Puppe, citada por Pawlik, 2016, p. 144).

2.4.1. Críticas a las teorías normativas de dolo

Se critica que las teorías normativas corren el *riesgo de establecer una responsabilidad objetiva*⁵. Sin embargo, estas teorías admiten que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y si no concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna, por lo que en este sentido la crítica no acierta (Jakobs, 1997, pp. 309 y ss.).

Si la crítica se funda en que estas teorías realizan la imputación del dolo mediante criterios distintos a la realidad psicológica del sujeto en la comisión del hecho, cabe señalar que también las teorías descriptivistas reconocen que la observación de la acción permite inferir una intención, en base a una interpretación intencional a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo, *aunque no haya habido realmente una intención previa* (González Lagier, 2013, pp. 128-129). Por lo tanto, en ambas teorías la atribución de dolo puede no coincidir con el estado mental del agente al momento de cometer el hecho. Además, en un contexto altamente institucionalizado como lo es el proceso penal, con reglas que establecen plazos, exclusiones de prueba, etc., averiguar todo lo que sea posible respecto del agente no pasa de ser un anhelo imposible de lograr en la mayoría de los casos.

Por otro lado, como reconocen autores descriptivistas, los *indicios tipo* utilizados por la jurisprudencia son razonables porque se basan en máximas de experiencia con justificación empírica (González Lagier, 2022a, pp. 69-70), por lo que las teorías descriptivistas y normativas del dolo no deberían variar significativamente en las consecuencias.

2.5. Balance sobre el concepto de dolo

La doctrina tradicional sostiene que el dolo es el *conocimiento y la voluntad* de realizar el tipo objetivo. Agrega que el agente debería ejecutar una conducta objetivamente típica contando con ambos elementos que constituyen el contenido y el objeto de prueba en el proceso y afirma que la forma básica de dolo es el *dolo directo*. Por último, asume la clasificación tripartita que distingue entre dolo directo, de las consecuencias necesarias y dolo eventual y delimita esta última clase de dolo de la imprudencia consciente en base al elemento volitivo de su contenido (Roxin, 1997, p. 424).

⁵ En la responsabilidad objetiva basta con causar una lesión para imputar responsabilidad penal, aunque el autor no la hubiese querido ni esta se deba a imprudencia (Mir Puig, 2009, pp. 125-126).

En mi opinión, el concepto de dolo debe ser coherente con la función que se atribuye al derecho penal y a la pena y debe configurarse en base a la noción más simple que contiene el *elemento común* a sus clases y que determina que estas sean lo que son o un universal (Sanz-Diez, 2007, p. 253).

La función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos⁶ mediante *normas primarias o de conducta*⁷ que prohíben o prescriben comportamientos bajo amenaza de pena. Por su parte, la función de la pena es la *prevención general positiva limitada de delitos* (Mir Puig, 2009, pp. 93 y ss.). Por lo tanto, la función del derecho penal no puede consistir en modelar las intenciones de las personas (Sancinetti, 2016, p. 70), ya que la mera voluntad criminal, el carácter o la forma de ser de un sujeto no pueden fundamentar la responsabilidad penal sin caer en un derecho penal de autor y abandonar con ello, el principio de responsabilidad por el hecho⁸.

Como el núcleo del injusto y del tipo penal consiste en la creación, por parte del autor de la conducta típica, de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo relevante para la configuración del dolo es la imputación al agente del conocimiento de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado (Sancinetti, 2016, p. 70).

Respecto de la configuración del concepto base de *dolo*, si este fuese el *dolo directo* habría que encontrar en todas sus formas la *intención* que lo define⁹. Sin embargo en el *dolo de las consecuencias necesarias* lo esencial es la atribución del conocimiento de las consecuencias que, aunque no buscadas por el agente, van asociadas con seguridad al comportamiento típico¹⁰ y en el *dolo eventual*, lo relevante es la atribución al autor del conocimiento de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado (Sancinetti, 2016, p. 70). Si la forma básica del dolo no es la que requiere más calificaciones, es imposible que esos requisitos se cumplan en una modalidad más simple que, por definición, tiene una estructura menos exigente.

De hecho es posible ejemplificar la concurrencia de dolo sin intención con una variante del *caso del tirador de Lacman*. A y B juegan al tiro al blanco y apuestan que quien le dé primero al sombrero de la niña que está a veinte metros, sin herirla, ga-

⁶ La protección de la vigencia de la norma cumple en mi opinión un rol instrumental a la protección de bienes jurídicos pero no de legitimación (Ossandón, 2009, pp. 23-24).

⁷ Las *normas primarias o de conducta*, son aquellas *normas jurídico penales*, que se dirigen al ciudadano a fin de *motivarlo* para que se abstenga de realizar conductas que *ex ante* sean lesivas o peligrosas para determinados bienes penalmente tutelados. Por lo tanto, se trata de normas que prohíben la realización de hechos delictivos. Las *normas secundarias o de sanción*, en cambio, se dirigen al juez y le obligan a imponer la pena ante el incumplimiento de la norma primaria (Mir Puig, 2009, pp. 61 y ss.).

⁸ Así, un principio derivado del de culpabilidad afirma que los pensamientos no son punibles *cogitationis poenam nemo partitur* (Mir Puig, 2009, pp. 123 y ss.).

⁹ El llamado *dolo directo* es el único que contiene el elemento volitivo acentuado y por ello se denomina *intención* (Mir Puig, 2009, p. 261)

¹⁰ Sobre el caso Thomas, véase Rettig, 2019, p. 526, n. 1807.

nará el patrimonio del perdedor. A dispara y alcanza a la chica, que muere. Es obvio que la intención del tirador era darle al sombrero y no matar a la niña, de hecho, con ello perdería su patrimonio, pero la doctrina afirma correctamente el dolo pese a que no concurre la intención (Greco, 2017, p. 14).

En mi opinión, la *forma básica y general de dolo* que contiene el elemento esencial que fundamenta el concepto y lo diferencia del delito imprudente, es el llamado *dolo eventual* (Silva Sánchez, 1992, pp. 401-402)¹¹, cuyo núcleo consiste en la atribución al autor del conocimiento *ex ante* de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado.

Prefiero, sin embargo, la denominación de *dolo básico* porque la terminología *dolo eventual*¹² se asocia en su origen a los delitos de resultados en los que se suele afirmar su concurrencia cuando el autor *considera seriamente* que su comportamiento conducirá a la realización *posible o eventual* del resultado y se conforma con ello (Wessels *et al.*, 2018, p. 138; Frister, 2011, p. 225; Mir Puig, 2009, p. 262), de manera que lo eventual no es el dolo, sino el resultado (Righi, 2017, p. 273). El *dolo básico*, en cambio, debe ser lo suficientemente amplio para abarcar todas las clases de tipos dolosos, sean estos de acción o de omisión, de mera actividad o de resultado, de lesión o de peligro, de peligro abstracto o de peligro concreto, consumados o tentados, etc.

Esta forma de imputación subjetiva podría, en ciertas ocasiones, ser más grave que el llamado *dolo directo*, ya que el sujeto podría actuar con la *intención* de ocasionar el resultado pero advertir que tiene escasas posibilidades de éxito. Así las cosas, lo relevante no es cuánto desea el autor el resultado, sino qué grado de riesgo jurídicamente desaprobado es posible atribuirle¹³.

El *dolo de las consecuencias necesarias* y el *dolo directo* son formas especiales de dolo aplicables a casos en que su concurrencia suele ser evidente, pero *ni la intención de causar un resultado* ni el *actuar a sabiendas* fundamentan el dolo si no es posible imputar al autor el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta típica (Puppe, 2010, pp. 136-137; Kindhäuser, 2005, pp. 38-39; Silva Sánchez, 1992, pp. 400-402; Corcoy Bidasolo, 2011, p. 10; Bacigalupo, 2006, p. 329).

Así las cosas, siendo el dolo un elemento del tipo subjetivo y, por lo tanto, del injusto penal, debe ser entendido como el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, creado por la conducta típica.

¹¹ Pérez Barberá (2011, p. 818), concuerda en que el arquetipo de dolo es el llamado *dolo eventual*. Afirma que dolo es el reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento, agrega que dicho concepto corresponde al «dolo básico» equivalente al «dolo eventual». Si la ley requiere estados mentales adicionales para la conformación del dolo, como una determinada intención, entonces se tratará de casos de dolo calificado.

¹² En el mismo sentido, Sancinetti (2016, p. 70) afirma que el concepto *dolo básico* es más acertado que el de *dolo eventual*.

¹³ En sentido similar se decanta Sancinetti (2016, p. 70).

Respecto del problema de la delimitación del *dolo base* con la *imprudencia consciente*, opino que esta debe realizarse en base al elemento *cognoscitivo*. La diferencia radica en la clase de conocimiento que se le *imputa* al autor del hecho. Concorre dolo cuando es posible atribuir el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, de manera que es posible atribuir al sujeto el conocimiento del significado típico de la conducta que realiza porque cuenta con información suficiente sobre su alcance (Bacigalupo, 2006, pp. 328-329; Silva Sánchez, 1992, p. 401).

En la *imprudencia consciente*, en cambio, concurre un deber de conocimiento del riesgo; la posibilidad efectiva de conocerlo (*cognoscibilidad*) y un *error de tipo evitable* (excluyente de dolo, pero que deja subsistente la imprudencia) en la efectiva peligrosidad de su conducta (el riesgo era mayor que el dimensionado) o sobre la capacidad de evitación del sujeto (sobrevaleó su capacidad para controlar o evitar dicho riesgo) (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11; López Barja de Quiroga, 2018, p. 521)¹⁴, de manera que el sujeto desconoce, en toda su dimensión, el significado típico de la conducta que realiza. En este contexto, solo es posible atribuir, un *conocimiento defectuoso*, porque en virtud de su infracción al deber de cuidado, no es posible imputar al sujeto un conocimiento completo o adecuado del riesgo típico de su conducta para producir el resultado (Silva Sánchez, 1992, p. 401).

Si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante las *normas de conducta* y la función de la pena es la *prevención general positiva limitada de delitos*, entonces el fundamento de la sanción del delito doloso, se encuentra en la mayor necesidad de *motivación* respecto del agente que ejecuta la conducta típica, *con conocimiento*, al momento de ejecutarla, de que esta genera un *peligro concreto* jurídicamente desaprobado para el bien penalmente tutelado, porque ante tales circunstancias su poder para evitar la lesión del bien jurídico es elevada, ya que el sujeto se encuentra ante un *riesgo que está ante sus ojos* y que, dada su cualidad, debe ser tomado en serio y de no hacerlo, el grado de contradicción hacia las *normas de conducta* es mayor (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11). El delito doloso es más grave que el delito imprudente porque en él el autor actúa *conociendo lo que hace*, esto es, sabe que con su conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado, conoce los elementos que describen la conducta típica que realiza y el peligro concreto que tal comportamiento genera para un bien jurídico¹⁵.

En la *imprudencia consciente*, en cambio, la menor necesidad de *motivación* se funda en la imputación al sujeto, en virtud de su infracción al deber de cuidado, de un *conocimiento defectuoso* del riesgo típico de su conducta para producir el resultado, por lo que tanto el injusto como el merecimiento de pena son menores (Silva Sán-

¹⁴ Manrique (2012, p. 85), en cambio, sostiene que el dolo eventual y la imprudencia consciente tienen la misma estructura.

¹⁵ En un sentido similar se pronuncia López Barja de Quiroga (2018, p. 498).

chez, 1992, p. 401). Por ello, el delito imprudente se sanciona conforme a un sistema *numerus clausus* y con menor pena que el delito doloso.

Si se considera que tanto el *delito imprudente* como el *delito de omisión* son estructuras normativas que dependen en el primer caso de la *infracción del deber de cuidado*, y en el segundo de la *infracción de una norma preceptiva* que ordena realizar una actividad de salvaguarda en favor de un bien jurídico, habría que revisar si los conceptos esbozados por las teorías descriptivistas, cargadas de un tinte ontológico, permiten fundamentar una teoría general y sistemática de la imputación subjetiva en una dogmática cada vez más normativizada de la teoría del delito (Mir Puig, 2005, pp. 370 y ss.). Ello supone el estudio de la función del derecho penal, de la pena y de la norma primaria, que sean coherentes con la delimitación conceptual del dolo, con el fundamento de la mayor sanción del delito doloso en comparación al imprudente, entre otros temas nucleares del derecho Penal sustantivo (Paredes Castañón, 2019, pp. 7 y ss.). Además, se debe explicar cuál es el estado mental que permitiría imputar la imprudencia inconsciente.

Por otro lado, los ejemplos utilizados para explicar las teorías descriptivistas (González Lagier, 2022a, pp. 72-73) normalmente se mueven en el plano del dolo directo, en los que la atribución del dolo es evidente por concurrir una especie cualificada de imputación subjetiva, sin embargo, no problematizan a fondo en la zona gris que consiste en delimitar el dolo de la imprudencia consciente¹⁶.

3. LA CUESTIÓN SOBRE EL OBJETO DE PRUEBA

El dolo es una *categoría normativa de imputación penal* que constituye un enunciado *analítico* que versa sobre el significado del término, es decir, sobre palabras que modelan su concepto, por lo que su validez depende de su estructura lógica (Guastini, 2016, pp. 20-21). Por lo tanto, es un error hablar de «la prueba del dolo» (Hassmer, 1990, pp. 909 y ss.; Hruschka, 2005, pp. 145 y ss.), porque no es un enunciado *empírico* fundado en la experiencia ni versa sobre los hechos, objetos o cosas. El dolo no es un dato fáctico ni un estado mental, por lo que no puede ser objeto de prueba empírica en el proceso, ya que no dice relación con la verdad o falsedad de los hechos (Pérez Barberá, 2023, p. 143).

¹⁶ Una solución que, basada en la *doctrina del doble efecto*, limite la aplicación del delito doloso solo a casos en los que es posible atribuir una *intención* llevaría a como imprudencia supuestos que conforme a su gravedad merecen la pena de un comportamiento doloso, en virtud de haber sido ejecutada la conducta con conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado, cuestión que la doctrina y la jurisprudencia no están dispuestas a aceptar (a favor de la doctrina del doble efecto, véase Manrique (2012, p. 275). Críticamente, Mañalich afirma que Manrique en su libro no problematiza la premisa de que la atribución de responsabilidad jurídico-penal tendría que asumir la forma de una «racionalización positiva» del comportamiento de cuya eventual imputación se trata (Mañalich, 2020, p. 18, n. 19).

Como el dolo no es un hecho que pueda ser acreditado empíricamente, sino una *categoría normativa de imputación penal*, y lo que se prueba en el proceso es la verdad o falsedad de los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado (Taruffo, 2008, p. 19), la pregunta a responder es: ¿en qué se diferencian las teorías descriptivistas y normativistas en cuanto al *thema probandum*?

3.1. El objeto de prueba en las teorías descriptivistas de dolo

Para estas teorías el objeto de prueba son los *estados mentales*, que serían un tipo de realidad psicológica con propiedades propias (consciencia, *qualia*, contenido mental, subjetividad y causalidad mental) que los diferencian de los hechos físicos (González Lagier, 2022a, pp. 52-55).

Estados mentales como *saber, creer, confiar, conocer, querer, aprobar, tomar en serio, consentir, tener la intención, ser indiferente*, etc., serían hechos psíquicos no observables que podrían probarse empíricamente en el proceso, porque se manifiestan en síntomas o reacciones observables provocadas voluntariamente por el agente ante un determinado estímulo. Las afirmaciones «A sabe», «A conoce», «A tiene la intención», etc., serían enunciados sobre los hechos verdaderos o falsos si esa afirmación se corresponde con la realidad. Se reconoce, sin embargo, que aun cuando la prueba de dichos estados mentales pueda ser relevante para imputar el dolo, ni el *conocimiento* ni la *voluntad* son el dolo (Pérez Barberá, 2023, pp. 143-144).

Se sostiene que mediante la *consciencia* percibimos de manera directa y privilegiada nuestros estados mentales y sabemos que tenemos intenciones y conocimiento. A través de la *observación*, en cambio, podríamos conocer indirectamente que otros tienen intenciones y saben, por lo que sería posible conocer sus estados mentales realizando una inferencia a partir de sus comportamientos (Moya, 1996, pp. 157 y ss.; Davison, 2003, pp. 25 y ss.; González Lagier, 2022a, p. 58).

Se afirma que cotidianamente comprendemos y predecimos el comportamiento humano aplicando la *actitud intencional* que consiste en atribuir a otro un sistema los deseos y creencias. Asumiendo una *perspectiva de tercera persona*¹⁷, se presume que las personas, como seres racionales, se comportarán de acuerdo con esas creencias y deseos. La *estrategia intencional* nos permitiría orientarnos en el mundo, pero podría aplicarse conjuntamente con otras actitudes como el saber científico y la psicología popular (al alcance de todos) para atribuir creencias y deseos a otros y para predecir en función de ello su comportamiento y adecuar el nuestro (Dennet, 1998, pp. 25 y ss.; Pérez Barberá, 2023, p. 130).

¹⁷ Pérez Barberá (2023, p. 130, n. 19), con cita a Goldman, afirma que ello equivale a la perspectiva del observador racional respecto del agente al que se le adscriben estados mentales que debería tener si fuese racional (principio de caridad). La perspectiva de primera persona, en cambio, opera mediante la empatía, es decir, asumiendo que los otros tienen las mismas experiencias mentales que yo.

No obstante lo anterior, se señala que podría ser necesario complementar la actitud intencional con una *actitud física* cuando para predecir el comportamiento de las personas se necesite conocer los detalles físicos exactos (Dennet, 1998, pp. 27 y ss.; Pérez Barberá, 2023, pp. 132-133). Como en el *proceso penal* se decide sobre la imposición de una pena, en el contexto de la justificación de la sentencia, en la valoración de la prueba se requeriría, además, la *actitud física* debido a que la condena de una persona *más allá de toda duda razonable* exigiría mayor explicación técnica (Pérez Barberá, 2023, pp. 133-136).

La *base empírica* incluiría tanto los datos conocidos mediante la observación directa, como los conocidos a partir de una inferencia en la que se comprueba a partir de los datos observables y mediante una regla de correspondencia, la existencia de datos no observables como los estados mentales (Pérez Barberá, 2023, pp. 140-141).

3.2. El objeto de prueba en las teorías normativistas de dolo

Para las teorías normativistas de dolo el objeto de la prueba en el proceso son los *indicios* que son hechos conocidos a partir de los elementos de juicio practicados en el juicio que constituyen la premisa de la inferencia probatoria y que pueden consistir en cualquier cosa, circunstancia o comportamiento significativos en la medida en que a partir de ellos es posible derivar conclusiones relativas al hecho a probar (Taruffo, 2011, p. 480).

Los indicios son hechos cuya relación con aquello de lo que es indiciario es de naturaleza empírica (ej.: la presencia de humo es indiciaria de que hay o de que hubo fuego) subsumibles en un catálogo de *indicadores* de carácter normativo que constituyen «síndromes de riesgo» referidos a la realización del correspondiente tipo de delito (Mañalich, 2020, pp. 32 y ss.; Sánchez Vera, 2012, pp. 194-195).

Los indicios deben ser acreditados en el proceso como condiciones de atribución subjetiva en cada tipo penal doloso de la parte especial porque facilitan el conocimiento de un indicador. Por ejemplo, para distinguir entre el *delito de homicidio tentado* y *lesiones consumadas* se consideran *indicios*: la ejecución de lesiones de cierta gravedad (STS, de 06 de octubre de 1998), la peligrosidad o idoneidad del medio utilizado (STS, de 12 de noviembre de 1994), la zona corporal en la que se producen las heridas (STS, de 22 de febrero de 2005), la distancia entre el ofensor y el ofendido, la intensidad del golpe, el número de golpes y de lesiones producidas, las manifestaciones del agente que acompañan a la lesión y su actividad anterior y posterior al hecho (reconocimiento de los hechos, huida del domicilio, denuncias falsas, atención del agredido o su abandono y huida) (STS, de 20 de diciembre de 1996), las condiciones de lugar, tiempo y de circunstancias concomitantes con la acción (seriedad, gravedad y reiteración de incidencias que desembocaron en la agresión, actos provocativos, amenazas, etc.) (STS, de 21 de diciembre de 1990) y la causa o motivación de la misma (STS, de 31 de mayo de 2023).

En los delitos sexuales se consideran indicios las expresiones verbales inequívocas referidas por el agente durante la realización de la acción, la exteriorización de la conducta mediante la ejecución de actos de connotación sexual y del contexto en el que se realiza, aspectos que pueden ser captados por la víctima, sin perjuicio de la valoración que el tribunal realice de su credibilidad, en la que puede incidir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés de cualquier tipo que reste fuerza probatoria a la declaración o la existencia de corroboraciones periféricas que avalan la declaración de la víctima o su persistencia prolongada, sin contradicciones ni ambigüedades en la incriminación. Por ejemplo, si el acusado es el entrenador del equipo de muchachos sub-12, es posible atribuirle el conocimiento del rango de edad de los jugadores (Sánchez Vera, 2012, pp. 137-138 y 199).

En el delito de estafa se considera indicio del dolo de defraudar la simulación por parte del autor de un propósito serio de contratar cuando en realidad solo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento. En tales casos, el contrato es utilizado como un instrumento simulador, de ocultación, fingimiento y fraude. El contrato se suscribe con el propósito de no hacer efectiva la contraprestación o con el conocimiento de la imposibilidad de medios para cumplir la obligación contractual o de la conducta observada por el acusado en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el contenido prestacional del contrato no responde a ninguna realidad, porque la empresa no ha intervenido nunca en un proyecto de financiación para la extracción de crudo; la acusada no ostentaba la representación mercantil ni societaria de la empresa; los efectos cambiarios entregados por la acusada en garantía de la devolución de la inversión son falsos, etc. (STS, de 15 de diciembre de 2021).

En el delito de insolvencia punible, se consideran indicios no dejar constancia expresa de que no se había satisfecho la garantía por los cuantiosos préstamos que debía a la sociedad; el precio irrisorio por el que se determinó la posible opción de compra de un inmueble de la sociedad; la provocación de la insolvencia antes de la compra de las acciones y el precio irrisorio pactado por ellas; la participación como administrador en una ingente cantidad de empresas, y los actos efectuados posteriormente a la compra (alquiler del pabellón, dación del inmueble, venta de material a chatarrería al día siguiente de la venta, concesión de permiso retribuido a los trabajadores luego de adquirir la empresa) (STC, de 29 de enero de 2019).

3.3. Balance sobre el objeto de prueba

Tanto en las teorías descriptivistas del dolo como en las normativas, el objeto de prueba son los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado. Sin embargo, mientras las primeras sostienen que dicho objeto consiste en ciertos *estados mentales*, eventualmente relevantes para la imputación dolosa, las segundas afirman que el objeto de prueba son los indicios subsumibles en un catálogo de indicadores normativos que permiten imputar el dolo.

En coherencia con el concepto propuesto de dolo, sostengo que el *objeto de prueba* son los *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria. Dicha metodología permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

4. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA

El método para acreditar empíricamente a partir de ciertos datos una determinada hipótesis sobre los hechos (Pérez Barberá, 2023, pp. 145-146; Hempel, 2011, pp. 131 y ss.), es el *inferencial* que consiste en establecer mediante un conjunto de pruebas una hipótesis sobre cómo ocurrieron los hechos. La correlación entre los hechos probatorios y los hechos a probar se realiza mediante un *enlace* que expresa una cierta regularidad entre las premisas y la conclusión (González Lagier, 2022b, pp. 355-357). Dicho enlace es una generalización empírica que otorga mayor o menor fuerza a la inferencia en función de su grado de corroboración por lo que puede ser objeto de discusión y prueba en el proceso (Toulmin, 2019, pp. 126 y ss.; Taruffo, 2011, pp. 234 y ss.).

4.1. La índole de del enlace

Mientras la mayoría de los autores sostiene que la índole del *enlace* que conecta las pruebas con la hipótesis a probar es una generalización empírica (Ferrer, 2007, p. 133; Taruffo, 2011, pp. 424-425; Gascón, 2010, p. 156)¹⁸, otro sector sostiene que las inferencias pueden ser epistémicas, normativas y conceptuales (González Lagier, 2013, pp. 43-45).

4.1.1. Las generalizaciones empíricas en el delito doloso

Las *máximas de la experiencia* son juicios hipotéticos de contenido general que, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, son construidos a

¹⁸ Tal diferencia conceptual entre González Lagier y Ferrer se refleja en el *Manual de razonamiento probatorio*. Mientras el primero distingue en el capítulo viii las inferencias epistémicas, normativas y conceptuales (González Lagier, 2022b, pp. 371 y ss.), el segundo sostiene en el capítulo ix que las presunciones *iuris tantum*, junto a las reglas de carga de la prueba y de estándares de prueba, impactan la distribución del riesgo de error y, por lo tanto, corresponden al momento de la decisión judicial. Sin perjuicio de lo anterior, Ferrer (2022, p 404, n. 11) matiza tal discrepancia señalando que el razonamiento probatorio es una argumentación en cadena de manera que la presunción puede también obligar a realizar una inferencia intermedia, cuya conclusión (el hecho presumido) será premisa de un siguiente paso inferencial, lo que explicaría que las presunciones sean tratadas tanto en el capítulo sobre valoración de la prueba e inferencias probatorias como en el relativo a las reglas de decisión probatoria (p. 404 y ss.).

partir de la constatación mediante la observación de la regularidad experiencial con la que se correlacionan hechos del tipo del que queremos probar con hechos que constituyen las pruebas o indicios; y que, mediante una inducción ampliativa, sirven para predecir o explicar acontecimientos futuros (Stein, 2017, p. 23; Ubertis, 2017, p. 75). En sentido lato, dichas máximas incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o simples generalizaciones de sentido común (Sánchez Vera, 2012, p. 176; Taruffo, 2011, pp. 219-227; Ferrer, 2007, p. 133; Gascón, 2010, pp. 155 y ss) y su fuerza depende de la amplitud de la base empírica y de la regularidad observable en los casos que conforman dicha base. Cuanto mayor sean el número de casos examinados y la regularidad observada, mayor es la probabilidad de la máxima (Gascón, 2010, pp. 102-103 y 163).

Por ejemplo, los testigos declaran que Pedro ingresó a una gasolinera de autoservicio y tras llenar el estanque de su vehículo miró en todas las direcciones repetidamente, se introdujo rápidamente en su vehículo y, al ver que un empleado se acercaba corriendo y gritando, puso el vehículo en marcha y se retiró a toda velocidad sin pagar el precio del combustible. En base a estas pruebas, el tribunal imputa a Pedro el delito de estafa, porque al interpretar su conducta le atribuye el incumplimiento doloso de su obligación de pagar el precio de la gasolina (Ragués, 1999, pp. 417-418). La máxima de experiencia indicaría que, por lo general, quien hace algo indebido no quiere ser descubierto y quien no quiere ser descubierto vigila, se oculta o huye rápidamente del sitio del suceso (Pérez Barberá, 2023, pp. 154-155).

Dicho razonamiento es *inductivo* porque la corroboración entre los elementos de juicio y la hipótesis no es una relación necesaria y universal. Las generalizaciones pueden establecer que *h* (hipótesis) es condición suficiente —pero no necesaria— de *p* (prueba). Si las pruebas constatan la predicción formulada a partir de la hipótesis y no la refutan, aumenta su grado de corroboración. El incumplimiento de una predicción en cambio justifica su rechazo (Taruffo, 2011, p. 226; Gascón, 2010, pp. 94 y ss.; Hempel, 2011, pp. 103 y ss). Ello es así porque la máxima es *intersubjetivamente controlable*¹⁹, de manera que la validez de la inferencia se evalúa conforme a criterios epistemológicos objetivos de racionalidad y solidez que deben ser explicitados en la sentencia²⁰ (Ferrer, 2007, p. 122). Su fiabilidad es variable, admite excepciones y puede ser falseada y refutada con pruebas contrarias que demuestren que la conclusión no puede inferirse a partir de las pruebas disponibles o no puede inferirse con el suficiente grado de apoyo empírico. Por ejemplo, la defensa podría acreditar que a Pedro lo perseguían unos criminales que habían intentado robar su vehículo y que lo intimidaban con armas de fuego, que en la huida se quedó sin combustible y que por eso cargó

¹⁹ En el sentido de que distintos observadores puedan realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados.

²⁰ En el sentido de que observadores diferentes deben poder realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados (Pérez Barberá, 2023, p. 147)

bencina mirando para todos lados y huyó rápidamente del lugar sin detenerse a pagar (Pérez Barberá, 2023, pp. 154-155).

La corroboración de la hipótesis es *probabilística* porque las proposiciones se refieren a hechos pasados no susceptibles de apreciación directa. La prueba demuestra que la hipótesis es una explicación probable del acervo probatorio, pero no la única, porque, por ejemplo, el testigo clave pudo haber mentido o incurrido en un error de percepción. La probabilidad lógica puede aumentar o disminuir según: *a)* el fundamento epistémico de la generalización; *b)* la calidad epistémica de las pruebas que la confirman; *c)* el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación, y *d)* la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones (Gascón, 2010, pp. 160, 164-165; Ferrajoli, 2005, p. 151; Hempel, 2011, pp. 93 y ss.).

La hipótesis debe ser confirmada por una pluralidad de pruebas (Ferrajoli, 2005, p. 150; Taruffo, 2011, p. 226; Gascón, 2010, pp. 94 y ss.). Por ejemplo, en el delito doloso de receptación el conocimiento de la procedencia ilícita puede ser acreditado por testigos, peritos, documentos, etc. que den cuenta del pago de un precio vil (no correspondiente al valor real de lo que se adquiere) (STS, de 29 de abril de 2009); la clandestinidad o irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición (ej.: compra de joyas a un menor sin documentos de respaldo) (STS, de 4 de noviembre de 2009); la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la no existencia de facturas o boletas que acrediten la venta, no haber adquirido la especie de un comerciante legalmente establecido o la no constatación en los registros de contabilidad (ATS, de 25 de noviembre de 2021).

La hipótesis no debe ser refutada conforme al *principio contradictorio* por las pruebas disponibles y en la oportunidad procesal correspondiente. Por ejemplo, si se imputa a Juan el homicidio doloso de Diego porque al primero de le vio salir de la casa del segundo con sangre en la ropas, la defensa podría acreditar que Pedro concurrió a la casa de Juan tras una conversación de reconciliación por WhatsApp y la sangre en la ropas de Juan se debe a que, al llegar a la casa de Diego, este había sido agredido por un tercero con quien tenía rencillas y Juan trató de auxiliarlo y como la ambulancia no llegaba salió a pedir ayuda, etc.

El resultado probatorio es *contextual* porque se establece en virtud de un determinado elenco de pruebas. Cuando se afirma que la proposición *p* está probada (ej.: Juan mató dolosamente a Diego con un disparo en la cabeza), se hace en relación a un conjunto determinado de pruebas, pero el resultado probatorio puede variar si se altera el acervo probatorio (Ferrer, 2007, p. 40; Gascón, 2010, pp. 155-158; Taruffo, 2011, pp. 225 y ss.). Por ejemplo, si aparece una prueba nueva que demuestra que la muerte de Diego devino en el contexto de una conversación en la que Juan limpiaba su arma y la disparó accidentalmente, podría imputarse una infracción al deber de cuidado constitutiva de imprudencia, fundada en el deber de verificar que el arma no está cargada antes de limpiarla.

Como se aprecia en el método inferencial el razonamiento es *inductivo, contextual, probabilístico, demostrable, intersubjetivamente controlable y refutable*, por lo que el enlace puede solo consistir en una generalización empírica (Ferrer, 2007, pp. 120 y ss.; Taruffo, 2011, pp. 424-425; Ferrajoli, 2005, p. 623).

4.1.2. ¿Son las definiciones o teorías de dolo una clase de inferencia probatoria?

Se afirma que las definiciones y teorías son *inferencias probatorias conceptuales* sobre los hechos, previas a su calificación jurídica, porque la afirmación sobre la prueba de los enunciados fácticos depende de la red conceptual, de modo que con las mismas pruebas el resultado puede diferir si varía la definición. La prueba depende de cómo es la realidad y de cómo esta se interpreta. El enunciado «está probado que *p*», significa «está probado que *p*, en un determinado esquema conceptual *Ec*», pero la conclusión puede variar si se adhiere a un concepto distinto. Elegido un esquema conceptual, la subsunción del *factum probans* deja de ser una cuestión convencional, porque los enunciados a subsumir deben obedecer a dicho esquema. Para posibilitar su aplicación, conceptos como el dolo deben mediar entre los datos empíricos de la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas (González Lagier, 2018, pp. 22-23; 2014, pp. 104-107).

No comparto esta opinión porque el dolo es un enunciado *prescriptivo* que pertenece al ámbito normativo porque se dirige a influir en el comportamiento de las personas (ej.: prohibido matar dolosamente a otro). Las controversias dogmáticas sobre el dolo conciernen al derecho penal sustantivo y se solucionan mediante la argumentación (Guastini, 2016, pp. 23-24).

Cuando atribuimos sentido al término *dolo* realizamos una interpretación *en abstracto* a fin de identificar el contenido de sentido expresado por un texto normativo sin referencia a un caso concreto (ej.: para determinar si el delito *x* es un tipo doloso, de manera que no es aplicable la imprudencia). En otras ocasiones realizamos *interpretaciones en concreto* para decidir si un caso concreto es o no subsumible en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto (ej.: para resolver problemas de subsunción sobre si el tipo doloso *x* es o no aplicable al caso concreto). La interpretación *en abstracto* reduce la indeterminación del ordenamiento jurídico, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación en concreto reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que cada norma regula (Guastini, 2014, pp. 31-36).

En la *justificación interna*²¹, el concepto de dolo pertenece al ámbito de la *quaestio iuris* y a las condiciones de aplicación que afectan a la premisa mayor del silogismo que contiene la descripción del caso genérico (Taruffo, 2011, p. 151). En la *justifi-*

²¹ Una decisión está internamente justificada cuando se sigue deductivamente de las premisas, y externamente justificada cuando dichas premisas están fundamentadas. En la *justificación interna* me-

cación externa, presupone una actividad interpretativa, fundada en criterios de selección e interpretación de enunciados legales, destinada a elegir el material jurídico aplicable al caso, para dotarlo de significado y determinar si las normas jurídicas que, expresadas en enunciados prescriptivos cuyo valor es de validez, sirven para realizar la calificación jurídica del supuesto de hecho y resolver la controversia. Se trata, por lo tanto, de dar razones que justifiquen la elección del enunciado normativo y su interpretación (Guastini, 2014, pp. 254-257; Gascón, 2010, pp. 190-193; Taruffo, 2011, pp. 66 y ss.).

Muchas veces es difícil distinguir el juicio jurídico al que pertenece el concepto de dolo y sus teorías, del juicio de hecho, pero hay que diferenciar conceptualmente entre ambos ámbitos para analizar y entender fenómenos empíricamente complejos de mejor manera que en las concepciones globalizadoras. Además, muchos ordenamientos fundan sobre esta distinción aspectos relevantes como el recurso de casación. La distinción entre ambas categorías debe reflejarse en la estructura de la sentencia manteniendo separadas la justificación de los *hechos* de la fundamentación *jurídica* (Gascón, 2010, pp. 190-193; Taruffo, 2011, pp. 66 y ss.).

Aun cuando las distintas interpretaciones de un enunciado jurídico pueden conducir a diferentes decisiones, pese a que los hechos constitutivos de la premisa fáctica sean los mismos, ello no torna en una cuestión fáctica la adopción de un significado de un término jurídico de derecho penal sustantivo o de una teoría dogmática penal. Si se asume que los conceptos y las teorías jurídicas son especies de inferencias probatorias ¿qué queda para la *quaestio iuris*? o ¿es que acaso todo es un problema de *quaestio facti*?

En la aplicación del concepto de dolo al caso concreto el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo un concepto, por lo que, si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión. En cambio, el razonamiento probatorio es *inductivo* porque la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión.

Como se aprecia, son múltiples las razones para limitar la índole del enlace a las *generalizaciones empíricas*. La consideración del concepto y de las teorías del dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos y confusiones en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

4.1.3. ¿Son las presunciones una clase de inferencia probatoria?

Se afirma que las presunciones son *inferencias probatorias normativas* fundadas o bien en la observación de una asociación regular entre hechos, similar a las *máximas*

diante un razonamiento deductivo, el juez aplica una *regla* (Guastini, 2014, pp. 253-254; Wróblewski, 2013, p. 52).

de experiencia, por lo que su finalidad sería la averiguación de la verdad, pero con autoridad normativa, o bien en la protección de un valor o principio relevante. Su fuerza radicaría en el carácter normativo del derecho que, en este caso, restringe el principio de libre valoración de la prueba en base a argumentos prácticos que parten del enunciado que establece la presunción y que obliga a dar por probado un hecho con independencia de que realmente haya ocurrido (González Lagier, 2018, p. 21; 2014, pp. 97-98).

El término *presunción* es un concepto ambiguo que se utiliza de diversas maneras y con significados distintos en ciertos contextos (Mendonca, 1998, p. 84)²².

Las *presunciones iuris tantum sensu stricto* son aquellas en las que concurre una regla que relaciona un hecho base con un hecho presunto y obliga al juez a aceptar el hecho presunto como si fuera verdadero si se prueba el hecho base, a no ser que se acredite que el hecho presunto no ha sucedido (Ullmann-Margalit, 2019, pp. 15 y ss.). En estas presunciones el legislador cambia el *thema probandum* por uno más fácil de probar para quien tiene la carga de acreditar el hecho base, y asigna la carga de la prueba de que no se ha producido el hecho presumido a la otra parte. Para impedir la aplicación de la presunción es posible utilizar una *estrategia de bloqueo* que consiste en demostrar que el hecho base no está probado o está probado que no ha ocurrido, o bien una *estrategia de destrucción o refutación*, que consiste en probar la no ocurrencia del hecho presumido (Ferrer, 2022, pp. 417-418).

En mi opinión, estas presunciones son *reglas de juicio* que junto a las de estándar y de carga de la prueba en sentido objetivo, regulan la *decisión probatoria* ya que tienen un impacto en la distribución del riesgo del error entre las partes, de manera que no constituyen inferencias probatorias. Además, para aplicar una presunción —*iuris tantum*— habrá que mostrar que no se ha producido prueba suficiente en contrario, de manera que esta operación argumentativa presupone la aplicación de un *estándar de prueba* (Ferrer, 2022, p. 404).

Por otro lado, si la regla predetermina el resultado probatorio, limitando la capacidad del juez de considerar las circunstancias particulares del caso concreto en la valoración de la prueba, pese a que el legislador no puede preverlas *ex ante*, no se realiza,

²² Las presunciones *hominis* se identifican con una inferencia probatoria respaldada por el razonamiento inductivo que realiza el juzgador para pasar de un hecho conocido (probado) a uno desconocido en virtud de un enlace consistente en una máxima de experiencia, por lo que es preferible abandonar el término presunción (Mendonca, 1998, p. 92; Ferrer, 2022, pp. 423-425; Dei Vecchi, 2019, p. 38). Las presunciones *iure et de iure* son aquellas que no admitirían prueba en contrario del hecho presumido. Como todas las situaciones normativas incluidas en este rótulo pueden reconducirse coherentemente a otras figuras teóricas, también puede prescindirse del término presunción como una regla sustantiva (Ferrer, 2022, pp. 419 y ss.). En contra Dei Vecchi (2019, pp. 6 y ss.). Las presunciones *sin hecho base*, como la presunción de inocencia, son reglas que imponen la aceptación de un enunciado que afirma la concurrencia de un hecho como si fuera verdadero, salvo que se pruebe su falsedad, por lo que son verdades interinas cuyas reglas se limitan a asignar la carga de la prueba, en el caso propuesto, a quien afirma la culpabilidad del imputado (Ferrer, 2022, pp. 418-419).

en rigor, ninguna «inferencia probatoria», por más que al establecer la presunción, el legislador se apoye en una máxima de experiencia. Aun cuando se permita mediante prueba en contrario acercarse a la verdad de los hechos, las presunciones dan al juez una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia por lo que no describen la realidad del caso concreto (Gascón, 2010, pp. 126-127).

Por último, a diferencia del razonamiento probatorio que es *inductivo*, en la aplicación de las presunciones *iuris tantum* el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo una norma, por lo que, si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión²³.

Por ejemplo, respecto del delito (doloso) de robo con intimidación, conforme al art. 439 CP chileno, probado el *hecho base* consistente en que Juan rompió los cristales del vehículo, conociendo que había personas en su interior, el tribunal debe tener por acreditado el *hecho presunto*, esto es, que Juan obró con intimidación puesta al servicio de la apropiación. A menos que se incorpore en el juicio prueba en contrario, el paso del hecho presunto al hecho probado se encuentra predeterminado por el legislador, de manera que la presunción se enmarca en el momento de la decisión judicial, más allá de que el legislador haya establecido la regla presuntiva en consideración a una máxima de experiencia.

4.2. La prueba de los estados mentales en las teorías descriptivistas de dolo

Las teorías descriptivistas aplican el método inferencial, pero lo que atribuyen y asumen como verdad es un hecho psicológico constitutivo de un estado mental, de manera que su razonamiento y conclusiones serían tan descriptivos y fácticos como los de los hechos observables (Pérez Barberá, 2023, pp. 136-138)²⁴.

Se afirma que a partir de la conducta externa del agente y del contexto en el que actúa (datos fácticos observables susceptibles de prueba empírica) (Kalinovsky e Hidalgo, 1998, pp. 40 y ss.; Pérez Barberá, 2023, pp. 139-140), mediante una regla de experiencia, sería posible inferir, a través de prueba indirecta, el estado mental *intención* (conclusión fáctica no observable²⁵). Así, la prueba de los hechos psíquicos

²³ González Lagier (2022b, p. 379) reconoce la diferencia en cuanto a la clase de razonamiento a realizar —inductivo o deductivo—, asociándolo a las tres clases de inferencias probatorias que identifica, y reconoce la prevalencia lógica de las inferencias epistémicas.

²⁴ Pérez Barberá (2023, pp. 136-138) afirma, con cita a Popper, que las teorías científicas más desarrolladas de la física contienen términos teóricos que designan entidades no observables o no directamente observables.

²⁵ González Lagier (2022a, p. 70) tras enfatizar el carácter fáctico del razonamiento probatorio que concluye en la prueba de los estados mentales, matiza luego su afirmación señalando que no es que no haya nada normativo en la prueba de los estados mentales. Para Pérez Barberá en cambio, la calificación como intencional, a diferencia de su calificación como dolosa, es normativamente neutra, aunque sea relevante para imputar consecuencias normativas. En un sistema normativo pueden concurrir enunciados no normativos que tienen relevancia normativa en conexión con otras normas (Alchourrón y

sería una operación cognoscitiva verdadera o falsa, por lo que sus criterios probatorios deberían orientarse a su descubrimiento (González Lagier, 2013, pp. 139-140).

Las *acciones intencionales* se dirigirían a un objetivo en base a *deseos y creencias* sobre cómo satisfacerlos. Actuar con intención sería actuar persiguiendo un fin y procurar ese fin sería la razón de la acción. Toda acción racional sería intencional y la racionalidad sería instrumental porque se refiere a la elección de los medios adecuados para alcanzar el fin. Conforme al *principio de racionalidad mínima* postula que: «Si un agente actúa intencionalmente, tiende a realizar la acción que en ese momento cree más adecuada para lograr el fin que persigue». La *observación* de la acción permitiría inferir una intención, aunque no haya habido realmente una intención previa, ya que, se realiza una *interpretación intencional* de esa acción a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo (González Lagier, 2022a, pp. 71-72; 2013, pp. 128-129).

La formulación de la inferencia sería: «Quien quiere lograr p por lo general hace q . Si alguien hace q , probablemente quiere p ». Si se prueba que A hizo q (datos observables disponibles), probablemente quiso p (estado mental o hecho no observable). A partir de la conducta del agente, del contexto en el que actúa y de nuestros conocimientos del mundo, se infiere la intención con la que actuó. Dicha inferencia se valida por la correspondiente regla de experiencia (Pérez Barberá, 2023, p. 152; González Lagier, 2013, p. 132).

La inferencia interpretativa se apoyaría en: *a*) el conocimiento de las relaciones causales entre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines naturales; *b*) el conocimiento de las reglas constitutivas o medios convencionales adecuados para alcanzar ciertos fines institucionales; *c*) el conocimiento de los hábitos sociales de conducta y reglas de carácter regulativo que acepta el agente, y *d*) el conocimiento del carácter y de la personalidad del agente (González Lagier, 2013, p. 132).

Un ejemplo del razonamiento de este tipo sería: quien quiere matar a alguien (estado mental a probar) por lo general realiza una conducta adecuada para causar su muerte (regla de experiencia); disparar con un arma de fuego contra la cabeza de una persona es una conducta adecuada para matarla (dato causal generalmente conocido); A disparó un arma de fuego contra la cabeza de B (dato fáctico singular observable); por lo tanto, muy probablemente A quiso matar a B (prueba empírica del estado mental «querer»). A partir de la constatación del hecho observable «A disparó con un arma de fuego a la cabeza de B», mediante una máxima de experiencia que expresa una regularidad empírica, se infiere que con un alto grado de probabilidad A quiso matar a B (Pérez Barberá, 2023, p. 152).

Bulygin, 2021, pp. 82 y ss.; Nino, 2018, p. 102) Así, la constatación mediante teorías empíricas de datos fácticos como la causalidad en el proceso penal tiene importantes consecuencias normativas en el ámbito jurídico penal (Pérez Barberá, 2023, p. 151, n. 81 y 142, n. 55).

4.3. La prueba de los indicios en las teorías normativas de dolo

Las teorías normativistas utilizan el método inferencial para acreditar racionalmente mediante pruebas relevantes y fiables y a través de una máxima de experiencia, la existencia de hechos constitutivos de *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria (Sánchez Vera, 2012, pp. 194-195; Puppe, 2013, p. 15).

Sin embargo, las bases fácticas del indicio pueden ser desvirtuadas en el caso concreto. Por ejemplo, la incautación de una cierta cantidad de droga puede ser un *indicio* de dolo de traficar en virtud del *indicador* consistente en el nivel de riesgo para la salud pública, pero es posible probar que un consumidor no traficante puede adquirir cantidades superiores para su consumo porque, a mayor cantidad de droga se consigue más barata, lo que dependerá de la capacidad económica del consumidor. Además, antes de un viaje un consumidor puede preferir proveerse de mayor cantidad de droga para su consumo durante la estadía en el lugar de destino para evitar buscar otros proveedores. Por último, al adquirir mayor cantidad, el consumidor evita tener que buscar constantemente vendedores, con las molestias, pérdida de tiempo y riesgos que ello implica. (Serrano y Serrano, 2006, p. 698).

Los indicadores, en cambio, son elementos de significado o enunciados que definen el contenido del concepto y el fundamento o condiciones de atribución del dolo en cada tipo de delito, por lo que deben ser incluidos en el concepto de dolo (Puppe, 2013, p. 15)²⁶. Entre los indicadores construidos por la doctrina y la jurisprudencia es posible mencionar:

a) *La inminencia e intensidad o magnitud del riesgo para un bien jurídico*. Afirma que cuanto es más evidente *ex ante* que la conducta del autor es apta para lesionar el bien jurídico, menos admisible es el refugio en la ignorancia porque hay una mayor expectativa de que el sujeto activo aprehenda el riesgo y una menor de que pueda confiar racionalmente en su no realización (Hassemmer, 1990, pp. 927-929; Feijóo, 2014, pp. 133-142). El riesgo es el conjunto de circunstancias que, conforme con las leyes probabilísticas, fundamenta el pronóstico de que tendrá lugar una modificación perjudicial (Mañalich, 2014, p. 106).

b) *La evitabilidad individual o capacidad de evitar en el hecho a enjuiciar*. Afirma que la evitabilidad para el sujeto de la conducta mediante la motivación normativa es una premisa para atribuir un deber y la posibilidad efectiva de conocer el riesgo inherente a su conducta. La imposibilidad de desvalorar lo que no se puede evitar es

²⁶ Mientras los indicios se limitan a fundamentar una afirmación fáctica, los indicadores son elementos de significado del concepto imputativo de dolo y fundamentos para esa imputación (Puppe, 2013, p. 15).

un estándar mínimo de actuación²⁷, ya que a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir (Córdova, 2015, p. 3). Este indicador se relaciona con el criterio de los «conocimientos mínimos» que toda persona mayor de edad, imputable y debidamente socializada debe y puede tener o no puede negar tener, propuesto por Ragués (1999, pp. 521-522).

c) *Actos específicos de evitación o de control del riesgo.* Considera si el agente creó el riesgo sin ninguna medida para evitarlo dejando abandonado el bien jurídico a su suerte o en manos de terceros o si adoptó medidas para prevenir, disminuir, mantener bajo control o evitar el riesgo penalmente relevante. Además, toma en cuenta la capacidad objetiva de dichas medidas para conseguir su finalidad, cuidando de valorar actos simulados (Hortal, 2004, p. 545; López Barja de Quiroga, 2018, p. 528; Sánchez Málaga, 2018, pp. 428-429).

d) *Posibilidades de autoprotección de la víctima.* Considera si el autor permitió que la víctima adoptara medidas de autoprotección (Hortal, 2004, p. 545; López Barja de Quiroga, 2018, p. 528).

e) *El contexto específico en el que el sujeto realiza el hecho.* Considera las circunstancias espaciales y temporales que concurren en el autor al momento de ejecutar el hecho y sus posibilidades de advertir el riesgo creado (ej.: una avenida puede ser muy transitada, pero si el hecho fue a las 03:00 de la mañana esa generalización no es aplicable al caso en concreto) (López Barja de Quiroga, 2018, p. 528).

f) *Pena natural.* Considera si en el caso concreto fueron puestos en peligro por parte del autor bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas. En estos casos es más probable atribuir imprudencia (Feijóo, 2004, pp. 133-142).

g) *Ámbito en el que se produce la lesión o acostumbramiento social del riesgo.* El error sobre la situación típica es más admisible en ámbitos como el tráfico vial, en donde las personas se acostumbran a ciertos riesgos desaprobados por el ordenamiento debido a su habitualidad según la lógica «normalmente no pasa nada», lo que da lugar a la «pérdida del miedo» y a un sentimiento de «falsa seguridad» porque «al final todo sale bien» y, por lo tanto, el autor considera el riesgo como lejano o estadístico (Feijóo, 2004, pp. 133-142).

h) *La experiencia previa del autor.* Consiste en valorar la experiencia personal del imputado, acreditada a partir de hechos objetivos y que sirve para evaluar la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, en tanto experiencia de situaciones de riesgo similares o la adquisición de conocimientos técnicos o convencionales específicos acerca del riesgo objeto de análisis que obedecen a la historia personal del imputado, que se exterioricen de algún modo y puedan ser objeto de prueba (Sánchez Málaga, 2018, pp. 422-425).

²⁷ El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social (Mir Puig, 1994, p. 49).

i) *El rol o función efectivamente desplegada por una determinada persona.* Permite atribuir derechos y obligaciones en virtud de la experiencia previa del autor conforme al contenido material del rol que desempeña (Sánchez Málaga, 2018, pp. 425-428).

j) *Motivos racionales del autor.* Considera la racionalidad de la confianza del autor en la no realización del riesgo expresada objetivamente en su conducta o en los hechos del caso (Sánchez Málaga, 2018, pp. 429-431).

k) *Mayor dominio del hecho* en relación con el que tiene la víctima (Schünemann, 2002, p. 431; Bacigalupo, 2006, p. 332).

l) *Conductas especialmente aptas* para producir el resultado lesivo, en comparación a riesgos neutros que solo deberían dar lugar a imprudencia (Ragués, 1999, pp. 455 y ss.).

Los indicios deben subsumirse en un catálogo abierto y referencial de indicadores de dolo que tienen un carácter normativo y permiten determinar qué riesgos exhiben la magnitud requerida para ser riesgos cuya representación fundamente una adscripción de dolo. Los indicadores funcionan como descriptores de «síndromes de riesgo» específicamente referidos a la realización del correspondiente tipo de delito (Mañalich, 2020, pp. 32 y ss.)²⁸. Dichos criterios orientan la decisión del juez en la imputación del dolo y pueden concurrir en mayor o menor medida y evaluarse conjunta o separadamente según el caso concreto (Sánchez Málaga, 2018, pp. 415-416).

La imputación del dolo es realizada por el juez en base a la interpretación de la conducta del agente considerado como un ser racional, y, por lo tanto, capaz de reconocer el riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. No se trata de atribuir al autor un conocimiento que el sujeto no tenía, sino de negarle la competencia para definir si su comportamiento es o no doloso (Pawlik, 2016, p. 144).

La sentencia debe señalar los indicios que mediante el método inferencial, se encuentran debidamente acreditados con la prueba incorporada en el juicio a partir de una generalización empírica. Los indicios deben dar cuenta de una multiplicidad de *indicadores* que deben entrelazarse, aun cuando pueden dar cuenta de un indicador de singular importancia que permita atribuir el conocimiento del riesgo para imputar el dolo. Los indicios deben provenir de diversas fuentes de información y guardar relación con algún indicador de conocimiento del riesgo. La sentencia debe recoger de forma objetiva, expresa y particularizada el proceso lógico a través del que, partiendo de determinados indicios, se concluyó la concurrencia de determinados indicadores que permiten imputar el dolo (Sánchez Vera, 2012, pp. 200-201).

²⁸ Por ejemplo, se acredita que A golpeó el cristal de la ventana de B, estando al tanto de que usaba un martillo y de que lo golpeado era el cristal de una ventana (ajena) y este se quebró (indicio). Golpear el cristal de una ventana con un martillo sirve como indicador de dolo de daño de cosa ajena porque es un método apropiado para romperlo. Por lo tanto, A actuó dolosamente (Puppe, 2010, p. 96; Mañalich, 2020, p. 33).

4.4. Balance sobre la cuestión metodológica

La índole del *enlace* que conecta los elementos de juicio con la hipótesis a probar es una generalización empírica. Ni los conceptos (como el dolo) ni las presunciones son inferencias probatorias. Mientras que las presunciones pertenecen al momento de la decisión judicial, el concepto de dolo concierne a la *quaestio iuris*.

La consideración del concepto y de las teorías de dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos y confusiones en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

Hay aspectos en común entre las teorías descriptivistas y normativistas. Ambas utilizan el *método inferencial*, pero mientras en las primeras se acreditan ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas se prueban indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito.

Ambas clases de teorías suponen que el juez interprete la conducta del agente a partir del contexto, circunstancias y en virtud de ciertas generalizaciones empíricas, considerándolo como un ser racional²⁹, pero difieren en cuanto al resultado de la inferencia. Mientras en las teorías descriptivistas lo inferido son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas son indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito. Es importante señalar que incluso autores descriptivistas reconocen que los llamados *indicios tipo* lejos de ser arbitrarios son reconducibles a *máximas de experiencia*. Dicha metodología, me parece preferible porque permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

5. CONCLUSIONES

En este artículo he sostenido que el análisis del dolo supone dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas. Respecto de la *cuestión conceptual* afirmé que si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante normas de conducta y la función de la pena es la prevención general positiva limitada de delitos, lo relevante para la configuración del dolo es la atribución al agente del conocimiento *ex ante* de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desa-

²⁹ La imputación de responsabilidad penal en base a la interpretación del agente como un ser racional, no es una novedad en la dogmática penal. Así, la conducta típica se valora conforme al baremo del *hombre medio* puesto en el lugar del agente con los conocimientos generales y especiales (Mir Puig, 2009, p. 166).

probado para un bien penalmente tutelado. Dicho núcleo da cuenta del elemento esencial que fundamenta al concepto y lo diferencia del delito imprudente. La denominación *dolo básico* es preferible a la de *dolo eventual* que se asocia en su origen a los delitos de resultado. El *dolo básico*, en cambio, es lo suficientemente amplio para abarcar todas las clases de tipos dolosos.

La delimitación del *dolo base* con la *imprudencia consciente*, debe realizarse en base al elemento *cognoscitivo*. Concorre dolo cuando es posible atribuir el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. En la *imprudencia consciente*, en cambio, concurre un deber de conocer el riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo (*cognoscibilidad*) y un *error de tipo evitable* en la efectiva peligrosidad de su conducta (el riesgo era mayor que el dimensionado) o sobre la capacidad de evitación del sujeto (sobrevaloró su capacidad para controlar dicho riesgo).

El fundamento de la sanción del delito doloso se encuentra en la mayor necesidad de *motivación* respecto del agente que ejecuta la conducta típica con el *conocimiento, ex ante*, de que esta genera un *peligro concreto* jurídicamente desaprobado para el bien penalmente tutelado. En la *imprudencia consciente*, en cambio, la menor necesidad de *motivación* se funda en la imputación al sujeto, en virtud de su infracción al deber de cuidado, de un *conocimiento defectuoso* del riesgo típico de su conducta para producir el resultado, por lo que tanto el injusto como el merecimiento de pena son menores.

El *dolo de las consecuencias necesarias* y el *dolo directo* son formas especiales de dolo aplicables a casos en que su concurrencia suele ser evidente, pero *ni la intención de causar un resultado* ni el *actuar a sabiendas* fundamentan el dolo si no es posible imputar al autor el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta típica.

En una dogmática penal cada vez más normativizada, las teorías descriptivistas, cargadas de un tinte ontológico, deben fundamentar una teoría general y sistemática de la imputación subjetiva que sea coherente con la función del derecho penal y de la pena, con la delimitación conceptual del dolo, con el fundamento de la mayor sanción del delito doloso en comparación al imprudente, entre otros temas nucleares del derecho penal sustantivo. Además, deben explicar cuál sería el estado mental que permitirá atribuir la *imprudencia inconsciente*.

En cuanto a la cuestión sobre cuál es el objeto de prueba hemos sostenido que el dolo es una *categoría normativa de imputación penal*, por lo que es un error hablar de «la prueba del dolo», porque no es un hecho ni un estado mental que pueda ser sometido a prueba empírica y del que pueda predicarse la verdad o falsedad. El objeto de prueba en el proceso penal son los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado, pero mientras las teorías descriptivistas afirman que el *thema probandum* consiste en *estados mentales*, eventualmente relevantes para la imputación dolosa, las teorías normativistas afirman que el objeto de prueba son los *indicios* subsumibles en

un catálogo abierto y referencial de indicadores normativos que permiten imputar el dolo.

En coherencia con el concepto propuesto de dolo, sostengo que el *objeto de prueba* son los *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria. Dicha metodología, permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

Respecto de la cuestión metodológica hemos afirmado que la índole del *enlace* que conecta los elementos de juicio con la hipótesis a probar es una generalización empírica. Ni los conceptos (como el dolo) ni las presunciones son inferencias probatorias, ya que, mientras las presunciones pertenecen al momento de la decisión judicial, el concepto de dolo concierne a la *quaestio iuris*. La consideración del concepto y de las teorías del dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

Estas precisiones son relevantes porque permiten distinguir con claridad el juicio jurídico (al que pertenece el concepto de dolo) del juicio de hecho, lo que permite analizar y entender de mejor manera fenómenos empíricamente complejos. Además, muchos ordenamientos fundan en esta distinción aspectos relevantes como el recurso de casación, por lo que la separación entre la justificación de los *hechos* y la fundamentación *jurídica* debe reflejarse en la estructura de la sentencia.

Hemos verificado que tanto las teorías descriptivistas como las normativistas utilizan el *método inferencial*, pero mientras en las primeras se acreditan ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas se prueban los indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito. Además, ambas teorías suponen que el juez interprete la conducta del agente a partir del contexto, de las circunstancias y en virtud de ciertas generalizaciones empíricas, considerándolo como un ser racional. Pero mientras en las teorías descriptivistas lo inferido son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las normativistas son indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito.

Dichos indicios deben ser probados en el proceso penal mediante el *método inferencial* que consiste en acreditar racionalmente a través de pruebas relevantes y fiables y en virtud de una máxima de experiencia, la existencia de hechos que los constituyen. Los *indicadores*, en cambio, son elementos de significado o enunciados que definen el contenido del concepto y el fundamento o condiciones de atribución del dolo en cada tipo de delito, por lo que deben ser incluidos en el concepto de dolo.

La sentencia en su fundamentación debe distinguir claramente entre los *indicios* debidamente acreditados en el juicio y el procedimiento lógico utilizado para estable-

cerlos y cómo esos *indicios* se subsumen en los *indicadores* en términos tales que sea posible imputar el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo, entendido como una categoría normativa de imputación subjetiva de responsabilidad penal. Por lo tanto, no se trata de atribuir al autor un conocimiento que el sujeto no tenía, sino de negarle la competencia para definir si su comportamiento es o no doloso, competencia que en el proceso le corresponde al juzgador.

Aun cuando en la praxis las consecuencias de aplicar estas teorías pueden ser las mismas, el concepto, el objeto y el método propuestos permiten sustentar una teoría dogmática y probatoria general del dolo coherente con la función del derecho penal y de la pena, con la teoría de las normas y su función de motivación. Además, permite distinguir con claridad qué aspectos pertenecen al juicio sobre los hechos y cuáles a la fundamentación jurídica, cuestión fundamental que facilita el análisis de los casos y que debe verse reflejada en la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Bacigalupo, E. (2006). Problemas actuales de la noción de dolo. En E. Bacigalupo, *Hacia el nuevo Derecho penal*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2009). *Derecho penal, parte general*. Hammurabi.
- Cerezo Mir, J. (2005). *Curso de Derecho penal español* (Vol. II). Tecnos.
- Corcoy Bidasolo, M. (2005). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. B de F.
- Corcoy Bidasolo, M. (2011). Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio. *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Universidad de los Andes*, 4.
- Córdova, F. (2015). Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. *InDret*, 3.
- Davidson, D. (2003). *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*. Cátedra.
- Dei Vecchi, D. (2019). El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus*, 38, 75-108.
- Denet, D. (1998). *La actitud intencional*. Gedisa.
- Díaz Pita, M. (2010). *El dolo eventual*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. (2002). Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa. En J. Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*. BdF.
- Esquiaga, F. (2017). *La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. Grijley.
- Feijóo, B. (2004). *El dolo eventual*. Universidad del Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón*. Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2022). La decisión probatoria. En J. Ferrer, *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Feuerbach, A. (2007). *Tratado de Derecho penal*. Hammurabi.
- Fletcher, G. P. (1997). *Conceptos básicos de derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Frister, H. (2011). *Derecho penal, parte general*. Hammurabi.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Gimbernat, E. (1990). Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(2), 421-442.

- González Lagier, D. (2013). *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Fontamara.
- González Lagier, D. (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En J. A. García Amado (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Comares.
- González Lagier, D. (2018). Tres modos de razonar sobre hechos. En C. Vázquez Rojas, *Hechos y razonamiento probatorio*. CEJL.
- González Lagier, D. (2022a). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales. Una defensa de los criterios de «sentido común». *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 49-79.
- González Lagier, D. (2022b). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Greco, L. (2017). Dolo sin voluntad. *Revista Nuevo Foro Penal*, 13(88), 10-38.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons.
- Hassemer, W. (1990). Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(3), 909-932.
- Hempel, C. (2011). *Filosofía de la ciencia natural*. Alianza.
- Hortal, J. (2004). El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57(1), 509-558.
- Hruschka, J. (2005). Sobre la difícil prueba del dolo. En J. Hruschka, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Aranzadi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Comares.
- Kalinovsky, G. e Hidalgo, C. (1998). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. AZ.
- Kindhäuser, U. (2005). ¿Indiferencia como dolo? En U. Kindhäuser, *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Ara.
- López Barja de Quiroga, J. (2018). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Civitas-Thomson Reuters.
- Luzón Peña, D. (2001). Dolo y dolo eventual: reflexiones. En A. Nieto Martín (Coord.), *LH al Dr. Marino Barbero Santos* (T. I.). Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.
- Manrique, M. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Marcial Pons.
- Mañalich, J. (2014). *Norma, causalidad y acción*. Marcial Pons.
- Mañalich, J. (2020). El dolo como creencia predictiva. *Revista de Ciencias Penales*, 13(47), 13-42.
- Mendonça, D. (1998). Presunciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(1).
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*. Ariel.
- Mir Puig, S. (2005). Límites al normativismo en Derecho penal. En E. Bacigalupo Zapater, M. Bajo Fernández y F. Arboleda Ripoll (Eds.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: LH a Alfonso Reyes Echandía*. Legis.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho penal. Parte general*. BdeF.
- Miranda Estampres, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch.
- Morillas, L. (2008). Construcción y demolición de la teoría de la acción. En C. García, M. Mariscal de Gante, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer Guirao (Coords), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (T. II, pp. 1365-1392). Edisofer.
- Moya, C. (1996). El sujeto enunciado. En M. Cruz, *Tiempo de subjetividad* (pp. 155-184). Paidós.
- Nino, C. (2018). *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel.
- Ossandón, M. (2009). *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ossandón, M. (2010). La faz subjetiva del tipo de parricidio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34.
- Paredes Castañón, J. (2001). Problemas metodológicos en la prueba del dolo. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18.

- Paredes Castañón, J. (2019). Recensión a Armando Sánchez Málaga. Una teoría para la determinación del dolo, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018, por José Manuel Paredes. *Indret*, 1.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Atelier.
- Pérez Barberá, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono del dolo como estado mental*. Hammurabi.
- Pérez Barberá, G. (2023). La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo. En P. Rovatti y A. Limardo (Dir.), *Pensar la prueba* (Vol. 3). Editores del Sur.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al §15 del Código Penal alemán*. Hammurabi.
- Puppe, I. (2013). Comprobar, imputar, valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. *Indret*, 3.
- Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch.
- Ragués, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, 4, 13-26.
- Ragués, R. (2011). Caso del cinturón. En P. Sánchez-Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. La Ley.
- Rettig, M. (2019). *Derecho penal. Parte general. El delito doloso e imprudente*. Der.
- Righi, E. (2017). *Derecho penal: parte general*. Abeledo Perrot.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (T. I). Civitas.
- Sánchez Málaga, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. B de F.
- Sánchez Vera, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Marcial Pons.
- Sancinetti, M. (2016). *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Ad-Hoc.
- Sanz-Diez, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch.
- Schünemann, B. (2002). De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. En B. Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Tecnos.
- Searle, J. (1992). *Intencionalidad*. Tecnos.
- Serrano, G. y Serrano, M. (2006). *Derecho penal. Parte especial*. Dykinson.
- Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch.
- Stein, F. (2018). *El conocimiento privado del juez*. Olejnik.
- Struensee, E. (2009). Consideraciones sobre el dolo eventual. *Indret*, 4.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Toulmin, S. (2019). *Los usos de la argumentación*. Marcial Pons.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Trotta.
- Ullmann-Margalit, E. (2019). Sobre la presunción. En D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit y J. Aguiló, *Presunciones*. Fontamara.
- von Liszt, F. (2007). *Tratado de Derecho penal*. Valletta.
- Wessels, J., Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general*. Instituto Pacífico.
- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el Derecho*. Grijley.
- Zugaldía Espinar, J. M. (Dir.) (2010). *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Auto del Tribunal Supremo (España) 1252/2021 (Sala de lo Penal), de 25 de noviembre de 2021 (recurso 2929/2021) [ECLI:ES:TS:2021:16740A]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 4175/1990 (Sala de lo Penal), de 21 de diciembre de 1990 [ECLI:ES:TS:1990:9657]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 7323/1994 (Sala de lo Penal), de 12 de noviembre de 1994 (recurso 1135/1994) [ECLI:ES:TS:1994:7323]

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1110/1996 (Sala de lo Penal), de 20 de diciembre de 1996 (recurso 1093/1995) [ECLI:ES:TS:1996:7412]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1139/1998 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre de 1998 (recurso 2218/1997) [ECLI:ES:TS:1998:5644]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 196/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de febrero de 2005 (recurso 681/2004) [ECLI:ES:TS:2005:1075]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 448/2009 (Sala de lo Penal), de 29 de abril de 2009 (recurso 1886/2008) [ECLI:ES:TS:2009:3013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1045/2009 (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre de 2009 (recurso 397/2009) [ECLI:ES:TS:2009:6877]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2949/2017 (Sala de lo Penal), de 29 de enero de 2019 (recurso 725/2018) [ECLI:ES:TS:2019:236]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 986/2021 (Sala de lo Penal), de 15 de diciembre de 2021 (recurso 24/2020) [ECLI:ES:TS:2021:4609]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 416/2023 (Sala de lo Penal), de 31 de mayo de 2023 (recurso 10717/2022) [ECLI:ES:TS:2023:2489]

