

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA PRUEBA DE LA INTENCIÓN ANTE CASOS DIFÍCILES Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN
DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: Bach. Sergio Eduardo Díaz Chunga

ASESORA: Dra. Nelly Felicita Lozano Ybáñez



TRUJILLO-PERÚ

2019

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA PRUEBA DE LA INTENCIÓN ANTE CASOS DIFÍCILES Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN
DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: Bach. Sergio Eduardo Díaz Chunga

ASESORA: Dra. Nelly Felicita Lozano Ybáñez



TRUJILLO-PERÚ

2019

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE TESIS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Tengo el honor y el agrado de dirigirme a ustedes a fin de presentarles el trabajo de investigación para obtener el título de abogado titulado “La prueba de la intención ante casos difíciles y la debida motivación de las decisiones judiciales en el proceso penal peruano”, en base a los lineamientos y al procedimiento para titulación, mediante la modalidad de Tesis, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego. En tal sentido, dejo a su criterio la evaluación del presente trabajo, esperando reúna la calidad necesaria para ser sustentado y aprobado.

Agradezco de antemano la atención brindada al presente trabajo de investigación, siendo propicia la oportunidad para reiterarles los sentimientos de mi especial consideración y estima.

Bach. Sergio Eduardo Díaz Chunga

Trujillo, 03 de mayo de 2019.

DEDICATORIA

A mi abuela Beba, por toda mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Siempre estaré agradecido con toda mi familia, mis padres José Díaz y María Luisa Chunga, mi abuela María Antonieta Flores, y mis hermanos Albert y Lucía, quienes han hecho posible la realización de esta tesis; a ellos, por todo, les debo poder convertirme en abogado.

También, con Angie García, por toda la comprensión y el apoyo que me ha brindado, día a día, para terminar este trabajo; el cual, es otra meta que logramos juntos en nuestra vida.

Con la profesora Dra. Nelly Felicita Lozano Ybáñez, además de por la orientación en la asesoría de la presente tesis, por creer en su realización y por toda la paciencia que me tuvo en el tiempo que duró.

Con mis amigos Brando Bocanegra y Jeans Velazco, con quienes he debatido varias ideas que han terminado siendo parte del presente trabajo, mejorándolo a través de desacuerdos razonables. Y, con todos mis amigos, profesores y compañeros de la Universidad Privada Antenor Orrego y del Ministerio Público–Distrito Fiscal de La Libertad.

RESUMEN

La presente investigación se enmarca en la problemática sobre la determinación de intenciones específicas en el derecho procesal penal, en específico, en la discusión sobre si éstas son materia de imputación, de prueba o son irrelevantes jurídico-penalmente; en esta línea, se plantea el problema: ¿es necesaria la prueba de la intención como hecho y elemento de la acción humana, ante casos difíciles, en el proceso penal peruano? Se respondió preliminarmente con la hipótesis de que sí era necesaria la prueba de la intención en el proceso penal; puesto que, la separación entre cuestiones fácticas y normativas situaba a la determinación de la intención como materia de prueba, con lo cual se emitirían decisiones judiciales debidamente motivadas.

A fin de poder contrastar esta hipótesis, se partió de indicadores doctrinarios, normativos, jurisprudenciales, de sentencias y de posiciones de autores; de esta manera, se desarrollaron las bases sobre la teoría de la prueba, la teoría del delito y la teoría de la argumentación jurídica, necesarias para resolver el problema; y, con el mismo fin, se han discutido los resultados obtenidos sobre las posiciones jurisprudenciales, casuísticas y doctrinarias, de los tratamientos, sobre la intención, que se han dado en los sistemas jurídicos de Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica, España y Perú.

A consecuencia de ello, se ha confirmado la hipótesis planteada, llegando a la conclusión de que la intención es un hecho psicológico y, como tal, su determinación debe ser materia prueba, a fin de alcanzar una debida motivación de las decisiones judiciales en relación con la justificación de la premisa fáctica; pero, se ha delimitado que ello ocurre cuando, de los principios de legalidad y de culpabilidad por el hecho, sea exigible la prueba de una intención específica, originando un caso difícil en materia de hechos por el planteamiento de las hipótesis en el proceso penal. Debiendo recomendar la complementación de estas conclusiones a través de investigaciones sobre modelos para la prueba de hechos psicológicos y sobre la teoría de la imputación subjetiva.

ABSTRACT

The present research is situated in the problematic of the determination of specific intentions in the criminal procedural law, in specific, in the discussion on if these are matter of ascription, of proof or are irrelevant for the criminal law; then, the problem consist in: is the proof of intention, as fact and element of human action, necessary facing hard cases in the Peruvian criminal process? It was preliminarily answered with the hypothesis that proof of intention is necessary in the criminal proceeding; because, the separation between factual and normative questions placed the determination of intention as a matter of proof, hence judicial decisions would be emitted duly motivated.

In order to contrast this hypothesis, it started with doctrinal, normative, jurisprudential, sentencing and author positions indicators; so, the bases were developed on the theory of proof, the theory of crime and the theory of legal argumentation, all necessary to solve the problem; and, with the same aim, on the results obtained from the jurisprudential, casuistic and doctrinal positions, of the treatments on intention in the legal systems of the United Kingdom, the United States of America, Spain and Peru.

As a result, the hypothesis has been confirmed, reaching the conclusion that intention is a psychological fact and, as such, its determination must be a matter of proof, in order to achieve a proper motivation of judicial decisions in relation to the justification of the factual premise; but, it has been delimited that this occurs when, of the principles of legality and of culpability for the fact, the proof of a specific intention is strictly required, originating a hard case in matter of facts in base of the hypotheses in the criminal process. Should recommend, the complementation of these conclusions, through research on models of proof of psychological facts and the theory of mens rea.

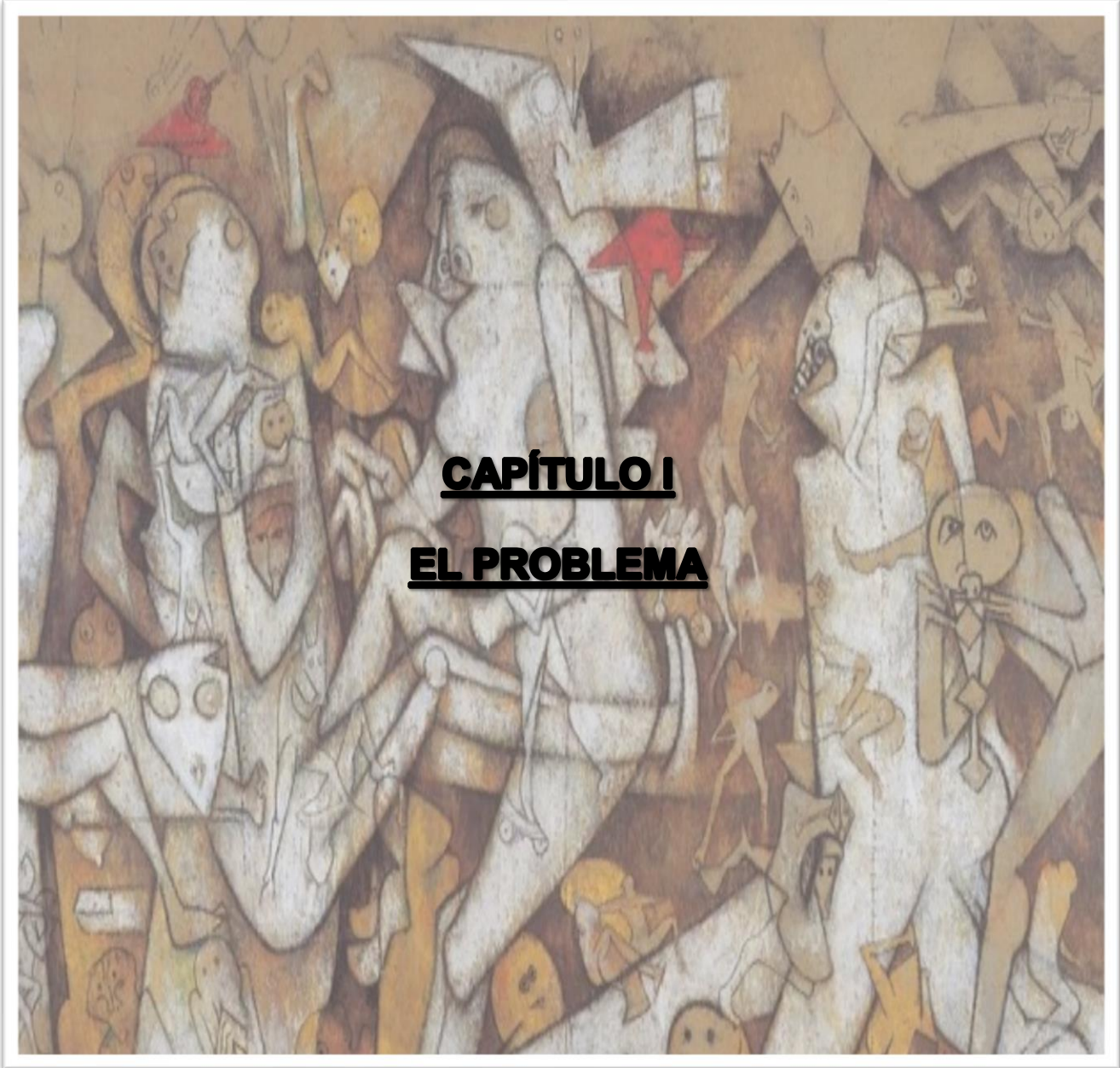
TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	II
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTOS	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
TABLA DE CONTENIDO	VIII
ÍNDICE DE CUADROS	X
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA	1
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
3. HIPÓTESIS	7
4. VARIABLES	7
5. OBJETIVOS.....	7
6. JUSTIFICACIÓN	8
CAPÍTULO II	
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	12
SUBCAPÍTULO I	
MARCO REFERENCIAL	13
SUBCAPÍTULO II	
MARCO HISTÓRICO Y CONTEXTUAL	17
SUBCAPÍTULO III	
MARCO NORMATIVO	24
SUBCAPÍTULO IV	
MARCO TEÓRICO	29
TÍTULO I	
EL PROCESO PENAL PERUANO	30
TÍTULO II	
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	46
TÍTULO III	
TEORÍAS NORMATIVAS DEL DELITO	80
TÍTULO IV	
EL DOLO Y LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA	97
TÍTULO V	
LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LAS CATEGORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	125
CAPÍTULO III	
METODOLOGÍA	132
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	133
2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	134
3. UNIDADES DE ANÁLISIS	135

4. POBLACIÓN Y MUESTRA	135
5. MÉTODOS	137
5.1. Métodos de investigación: Método científico	137
5.2. Métodos en la recolección y análisis de la información	138
6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	142
7. PROCEDIMIENTOS EN LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	143
8. PROCEDIMIENTOS EN EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	144
9. PROCEDIMIENTOS EN LA PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN	144
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	146
SUBCAPÍTULO I	
DE LA JURISPRUENCIA	147
1. Jurisprudencia extranjera	147
2. Jurisprudencia nacional (Perú).....	210
SUBCAPÍTULO II	
DE LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA.....	252
SUBCAPÍTULO III	
DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS	287
SUBCAPÍTULO IV	
RAZONES JURÍDICAS QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE LA	
PRUEBA DE LA INTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL	314
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	324
CONCLUSIONES	325
RECOMENDACIONES	327
SUGERENCIA LEGISLATIVA	328
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	329
ANEXOS.....	340

ÍNDICE DE CUADROS

Tabla 1. Operacionalización de variables.....	134
Tabla 2. Distribución de la muestra	135
Tabla 3. Jurisprudencia extranjera	148
Tabla 4. Jurisprudencia nacional.....	212
Tabla 5. Sentencias de instancia.....	252
Tabla 6. Posiciones doctrinarias.....	287
Tabla 7. Contrastación de hipótesis	324



CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Cuando una persona realiza una acción, ésta puede estar determinada por lo que la persona busca que se produzca o pueda que no lo esté; en otras palabras, la acción puede ser intencional o no intencional. La intención es un elemento de la estructura de la acción humana que, en un sentido débil, siempre puede presentarse en ésta; pero que, en un sentido fuerte, sólo se presenta en las llamadas acciones intencionales¹. Por ejemplo, la acción de conducir a alta velocidad y atropellar a un peatón requiere que se tenga una intención (en sentido débil) de conducir a alta velocidad, y no más, aunque se termine matando al peatón; por el contrario, un sentido fuerte y estricto de intención implica que éste es un elemento del tipo de acciones en las cuales la persona busca conseguir algún resultado querido o procura algún fin específico, por ejemplo, cuando se atropella al peatón para matarlo.

Las acciones intencionales en el derecho penal son normalmente relacionadas con los delitos dolosos; puesto que, el dolo como elemento subjetivo del tipo ha significado tradicionalmente la integración de la voluntad y el conocimiento respecto de todas las circunstancias descritas en el tipo objetivo. Sin embargo, en el marco de las teorías normativas del derecho penal, el dolo parece tener que reformularse de alguna manera; debido a que, la pretendida normativización de los elementos del tipo penal exige una nueva mirada tanto a la imputación objetiva como a la imputación subjetiva². Aunque, con ello se discuta que este nuevo enfoque puede llevar a una crisis del lado subjetivo del hecho, en la que la expansión de la imputación objetiva haga correr el riesgo de tergiversar el principio de responsabilidad subjetiva (por el cual no hay delito ni pena sin dolo o culpa)³.

Esto pone de manifiesto que tanto la imputación subjetiva como la verificación del sustrato fáctico que le daría basamento necesitan un tratamiento doctrinario más adecuado a la luz de las nuevas teorías; y, en este contexto nace la discusión acerca de la comprensión del dolo a partir de

¹ Véase, ampliamente, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005a, págs. 207-212; 2013a, págs. 127-157).

² Entre otros, véase en Michael KÖHLER (2000, págs. 69-90), Miguel POLAINO NAVARRETE (2015, págs. 408-413), y José Antonio CARO JOHN (2012, págs. 22-34).

³ En este sentido, Manuel CANCIO MELIÁ (2010a, págs. 153-175).

su normativización e, inclusive, sobre el concepto jurídico de dolo cognitivo⁴. Lo cual, a su vez, conlleva al debate sobre la prueba del dolo⁵. En esta línea, el problema de fondo consiste en determinar si lo que viene a llamarse prueba del dolo o de la intención es una cuestión de imputación (o adscripción), o es una cuestión de descubrimiento (o descripción) de la realidad. Pero, esto podría convertirse en una problemática, toda vez que conlleva una serie de problemas más complejos, como el de la naturaleza del conocimiento judicial de los hechos; la explicación de la acción humana; la posibilidad de la división entre cuestiones de hecho y cuestiones normativas (o entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*); el lugar de la verdad, en tanto “verdad como correspondencia”, en la prueba; la relación entre la intención como hecho y el dolo como elemento del tipo; etc.

Ahora bien, partiendo de posiciones racionales sobre estos temas⁶, la cuestión problemática se puede centrar en un tipo de casos difíciles que ocurren en la práctica jurídica; por ejemplo, cuando existe una indeterminación de la intención con la cual ha actuado el autor de un hecho delictivo. Un caso tradicionalmente entendido como paradigmático es el denominado “*animus laedendi vs. animus necandi*”; es decir, cuando el agente ataca a la víctima –digamos, disparándole en el cuerpo–, le hiere pero no llega a matarla, entonces, cómo deberíamos interpretar su conducta: como un delito de homicidio en grado de tentativa o como uno de lesiones⁷. Similar indeterminación ocurre cuando los tipos penales describen el hecho típico haciendo referencia a un cierto tipo de intención, debiendo diferenciarla de lo que se exige en otros tipos penales que, por ejemplo, tienen penas menos graves.

Ejemplos, de esto último, parecen ser el homicidio por lucro (con intención de obtener un provecho económico), el lavado de activos (con intención de

⁴ Entre otros, véase en Günther JAKOBS (1995, págs. 312-319), y en Percy GARCÍA CAVERO (2012a, págs. 489-502)

⁵ Entre otros, véase en Joachim HRUSCHKA (2009a, págs. 181-197), Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999), y William QUIROZ SALAZAR (2014).

⁶ Temas que han sido discutidos en el marco de la teoría racional de la prueba, por ejemplo, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 45-111), Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 55-73), y Michele TARUFFO (2011, págs. 21-87).

⁷ Por ejemplo, en la Sentencia de Vista del Expediente N° 993-2015-72, expedida por la Tercera Sala de Apelaciones de La Libertad, que resuelve un caso de este tipo; y, también, en el Recurso de Nulidad N° 558-2012-LIMA (en la cual se basa la sentencia anterior), que establece una serie de indicios-tipo para inferir la intención de matar del sujeto a partir de su conducta.

convertir y ocultar dinero proveniente de otros delitos), el genocidio (con intención de destruir un grupo de especial de personas), etc. Y, aunque muchas veces no parece problemática la determinación de frente a qué conducta estamos o la imputación subjetiva respecto de estos delitos, siempre existirán casos en donde se torne difícil determinar: si la intención del sujeto fue el lucrar con su homicidio o únicamente matar; si el sujeto hacía uso de su dinero “sucio” (agotando un delito previo), o intentaba darle apariencia legal a través del intercambio comercial; o, si el dictador de turno intentaba eliminar un grupo racial o sólo mató a una pluralidad de personas.

Problemas como estos surgen en el seno de un proceso penal, donde lo que se discute parece ser una cuestión más fáctica que normativa; y, en específico, cuando se busca averiguar la intención que tuvo la persona en la realidad. En este sentido, los problemas sobre la intención en el proceso penal conllevan una carga epistemológica, sobre la existencia de la intención, su estatus como hecho psicológico o interno, y la posibilidad de verificarla⁸. Asimismo, una gran carga o importancia en la doctrina penal, sobre la dimensión subjetiva del hecho, de la acción y del tipo penal⁹. Pero, justamente, esta relevancia tanto para las cuestiones de hecho como para las cuestiones normativas crea la divergencia en las formas de solucionar los referidos problemas. Volviendo, entonces, al debate sobre si situar la solución únicamente en la imputación de los elementos subjetivos del tipo o en la prueba de los hechos psicológicos.

Sin embargo, se debe conceder a quienes niegan la posibilidad o la necesidad de la prueba del dolo que, en sentido estricto, tienen razón, este no puede probarse; puesto que el dolo es siempre una cuestión normativa de tipificación. Es decir, el ligamen tradicional entre intención y dolo, en el marco de una teoría coherente de la imputación subjetiva, se ha roto; en tanto que, como toda imputación conlleva la aplicación de criterios normativos e, inclusive, a una valoración de los comportamientos, entonces, ello desplaza la verificación *de acuerdo con la realidad* de los hechos que hubieren acontecido. En consecuencia, el dolo se determina respecto del sentido

⁸ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005a, págs. 189-194).

⁹ Véase en Manuel CANCIO MELIÁ (2010b, págs. 147-151).

social de la acción realizada y de las circunstancias objetivas que lo acompañan, concluyendo, de ello, el grado de cognoscibilidad de la conducta y del resultado imputables al autor.

Pero, esto no resuelve el problema, puesto que si bien en sentido estricto el dolo se imputa porque es parte de una interpretación institucional de los hechos que denominamos imputación penal; aún no queda claro, en cambio, cómo determinar la intención con que se realizó una conducta en específico: si dicha determinación debe realizarse en la prueba de los enunciados de hecho o, simplemente, en la imputación subjetiva¹⁰. En esta línea, la separación de la intención del concepto normativo del dolo da pie a dos posturas en la determinación de la intención, por un lado, que sea vista como una cuestión de probanza o, por otro, como una cuestión únicamente de imputación subjetiva.

En este sentido, no es posible apartar la vista de las teorías normativas del derecho como el normativismo-funcionalista de Günther JAKOBS, o el normativismo-teleológico de Claus ROXIN, que se inclinan o por desterrar a la intención como relevante para el derecho penal y procesal penal o, en todo caso, por asimilar dicho elemento como parte de la imputación penal. Estas teorías, en especial la primera, parecen colisionar con las teorías de la prueba con mayor relevancia en la actualidad, esto es, las formuladas a partir de los aportes de Michele TARUFFO, Marina GASCÓN ABELLÁN, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, entre otros; de los cuales, se puede inferir la necesidad de la prueba de los enunciados sobre hechos psicológicos como la intención.

En consecuencia, nos situamos teóricamente en un contexto donde es necesario relacionar y pacificar los encuentros entre las teorías de la prueba y las teorías dogmático-penales que, en definitiva, actualmente dan puntos de vista totalmente diferentes sobre la intención y el dolo. En este sentido, una respuesta al problema de la prueba o imputación de la intención no puede descartar tajantemente ninguna de estas teorías, las cuales han obtenido gran éxito práctico en el proceso penal.

¹⁰ Aunque, una postura radicalmente objetivista puede desterrar la intención como un aspecto de la conducta que importe para probar o imputar los delitos, dada su imposibilidad de probar o por ser un elemento inexistente o meramente convencional.

Ahora bien, existen en la actualidad sentencias contradictorias sobre la forma de entender a los hechos internos o psicológicos, entre estos, la intención. Por un lado, existe una tendencia de adoptar las nuevas teorías normativas del derecho penal, llevando a descartar la intención como relevante para una subsecuente imputación subjetiva, quedando sólo la determinación del conocimiento de la conducta y el resultado típicos: un dolo normativo y cognitivo¹¹. Pero, por otro lado, existen también pronunciamientos sobre la determinación del dolo como conocimiento y voluntad, o, más relevante aún, que ponen como punto central de la condena o de la absolución de un imputado el determinar su intención¹².

Lo que tienen en común, al final de cuentas, todos estos tipos de pronunciamientos es la falta de respuesta sobre la necesidad de justificar la decisión sobre la determinación de la intención, por qué probarla, por qué imputarla o por qué no tenerla como relevante; y, en consecuencia, la ausencia de justificación de las decisiones judiciales ante casos difíciles por la indeterminación de la intención. Entonces, la toma de postura sobre si la intención debe ser conocida como una cuestión fáctica o una normativa incide en cómo se realizará la justificación de las decisiones de condena o de absolución ante un caso determinado; lo cual, claramente, exige un alto grado de justificación interna y externa, por lo que no es raro estar frente a un caso difícil que se originen en este tipo de controversias.

Ante esto, las teorías epistemológicas de la prueba y las normativas de la dogmática jurídico-penal no pueden verse distanciadas a efectos de determinar, con los instrumentos procesales de un determinado sistema, cómo encarar los problemas sobre la intención como elemento de la acción humana. En el sistema procesal penal peruano, urge una respuesta desde una visión racional de la prueba, que pueda delimitarse de la imputación penal, de la cuestión normativa; siempre, claro está, a fin de dar una adecuada justificación a la decisión de absolver o de condenar a un imputado.

¹¹ Este es el caso del Recurso de Nulidad N° 3893-2009-AMAZONAS, que establece que el conocimiento penalmente relevante es sólo normativo y no psicológico; y, también, el Recurso de Nulidad N° 3334-2014-TUMBES al entender que para determinar el dolo se debe establecer el conocimiento cierto sobre la ilicitud de la conducta.

¹² Es el caso del Recurso de Nulidad N° 558-2012-LIMA, ya mencionado, sobre la averiguación del ánimo de matar; y, del Recurso de Nulidad N° 3017-2014-CALLAO, que parte de un concepto normativo de dolo que no excluye la necesidad de probar o determinar la intención de matar.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

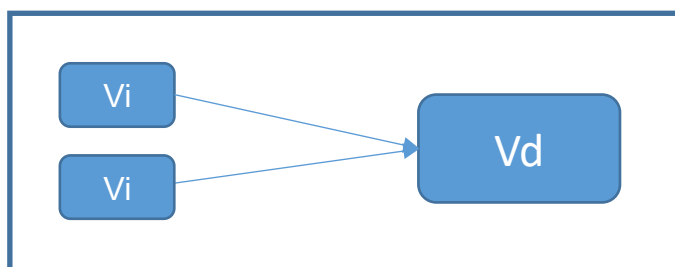
¿Es necesario probar la intención como hecho y elemento de la acción humana, ante casos difíciles, en el proceso penal peruano?

3. HIPÓTESIS

“La intención es un hecho psicológico y su determinación corresponde a una cuestión fáctica, y no normativa, por lo que se justifica la necesidad de probarla, en la medida que permitirá la emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas ante casos difíciles, en el proceso penal peruano”.

4. VARIABLES

Esquema:



Donde:

Vi = La intención como hecho psicológico.

Vi = La determinación de la intención como cuestión fáctica.

Vd = La necesidad de probar la intención ante casos difíciles.

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo general

- a) Determinar las razones que justifican probar la intención como elemento de la acción humana ante casos difíciles, en el proceso penal peruano, para una debida motivación de las decisiones judiciales.

5.2. Objetivos específicos

- a) Analizar y dar a conocer las teorías de la prueba de orientación racionalista o cognoscitiva que estudian el conocimiento inductivo de los hechos en el proceso penal; y, las teorías normativas del derecho penal que desarrollan la imputación objetiva y la imputación subjetiva de la conducta.
- b) Analizar la justificación judicial a través de la teoría de la argumentación jurídica en materia de hechos o de prueba, en casos difíciles; así como, de la separación o delimitación entre cuestiones normativas y cuestiones de hecho.
- c) Analizar la prueba de la intención y la imputación subjetiva y el dolo, a la luz de la jurisprudencia nacional y extranjera; así como, en la práctica jurídica.
- d) Explicar la concepción normativa del dolo como parte de la imputación subjetiva; y, la concepción de la prueba de los hechos internos o psicológicos en el proceso penal como cuestión fáctica.

6. JUSTIFICACIÓN

6.1. Justificación teórica

Realizar un trabajo de investigación al nivel de tesis sobre la prueba de la intención tiene, en primer lugar, una justificación teórica, en el sentido de que es necesario dotar de engranajes a la teoría de la prueba y a la dogmática jurídico-penal, para posibilitar la comunicación entre la imputación subjetiva y la prueba de los elementos de la acción humana. Sólo partiendo de ello es posible, a su vez, dotar al proceso penal de las bases epistemológicas imprescindibles para justificar dar por probado todos los tipos enunciados de hecho que puedan verse en el proceso penal, entendiendo a este como un motor epistémico encargado de averiguar la verdad sobre sucesos delictivos¹³.

¹³ Esta caracterización es tomada de Larry LAUDAN (2013, págs. 21-25).

Es decir, a todos los enunciados sobre hechos: incluyendo los psicológicos o internos; con lo cual, se puede dar una continuación —o, mejor dicho, sólo un breve aporte—, al trabajo ya enmarcado por otros autores en una teoría cognoscitiva de la prueba desde la cual se realice un trabajo descriptivo-explicativo sobre la actividad probatoria. En este sentido, es necesario ofrecer un aporte a la delimitación entre estas cuestiones fácticas con las cuestiones normativas, en el proceso penal; puesto que, prueba e imputación son dos actividades que el juzgador debe justificar de manera diferente, además de que requieren una base teórica y normativa, también, diferente.

No distinguir entre las cuestiones que pueden referir a una prueba de la intención, si ésta es necesaria en algún caso, de cuestiones que refieren a una imputación de cierto grado de conocimiento o de cualidades subjetivas, que necesitan basarse en enunciados de hecho probados, resulta en una situación holística inadmisibles en el proceso penal. Por lo tanto, resulta relevante determinar si el derecho penal exige partir de cualidades subjetivas en los hechos relevantes y en qué sentido ello se da, para distinguir las cuestiones que deben resolverse en la probanza de los enunciados de hecho de las que requieren resolverse al nivel de una imputación propiamente dicha.

6.2. Justificación práctica

Por otro lado, el presente trabajo tiene una justificación práctica, en el sentido de que esclarecer si es necesaria la prueba de la intención o en qué casos es necesario sólo realizar un juicio de imputación subjetiva, permite otorgar a los operadores jurídicos y, en especial, al juez de las razones por las cuales puede decidir absolver o condenar a un imputado en el marco de un proceso penal. Claro está, conocer si lo relevante en ciertos casos difíciles es una cuestión fáctica, de probanza, o una normativa, de imputación, permite a los juzgadores decidir con mayor claridad sobre este tipo de casos.

En efecto, determinar si lo relevante para emitir un pronunciamiento respecto de la decisión final de un proceso penal es la realización de un

juicio de imputación o una actividad de valoración probatoria, permite que el juzgador conozca de antemano que herramientas debe utilizar en los casos donde lo que se discute es la intención, el propósito o el conocimiento del autor del presunto delito. Por lo que, justamente, a través de ejemplos de estos tipos de casos se puede dar un aporte práctico para su utilización en la realidad jurídica, de las cortes y tribunales, principalmente, en los de primera instancia.

Todo ello, en el marco de un proceso penal con todas las garantías, donde tenga sentido que los jueces se pregunten por el modelo de justificación que permita obtener una decisión judicial con buenas o las mejores razones para condenar o absolver a un imputado. Teniendo en cuenta que esta última decisión es la más gravosa que se puede tomar en el proceso penal y en un Estado Constitucional de Derecho.

6.3. Justificación jurídica

El estudio del conocimiento de los hechos en el derecho había sido descuidado por las doctrinas modernas del derecho procesal, de la filosofía del derecho y de la argumentación jurídica; sin embargo, durante las últimas décadas se ha dejado de ver a la prueba como una mera labor intuitiva de los procesos judiciales, se ha puesto atención a un nuevo estudio como la epistemología jurídica y se han realizado esfuerzos para describir y modelar la argumentación probatoria. El presente trabajo también se enmarca en la línea de “tomar los hechos en serio”¹⁴, y dar un lugar preponderante a la teoría de la prueba, la epistemología jurídica y la argumentación probatoria.

En este sentido, el estudio de la prueba de la intención, en tanto delimitador de las cuestiones fácticas y normativas en el proceso penal, implica situarse en una instancia de la epistemología jurídica, esto es, la epistemología aplicada al estudio de los sistemas procesales que buscan averiguar la verdad, desde la cual el derecho puede buscar mejores formas de descubrir lo ocurrido en el mundo y de justificar las decisiones tomadas a partir del conocimiento judicial de los hechos. Sin embargo,

¹⁴ En el sentido tomado de William TWINING (2009, págs. 318-339).

también implica que, si bien a lo fáctico debe dotársele de mayor relevancia en el proceso penal, no puede dejarse de lado la determinación de la necesidad de juicios de imputación de lo normativo.

En este sentido, la justificación jurídica relevante no queda en el ámbito probatorio, sino que también se sitúan en las distinciones a determinar para el derecho penal sustantivo. En efecto, tomar los hechos en serio no quiere decir tomar a las normas menos en serio; por el contrario, implica situar a cada aspecto del derecho en su respectivo nivel o estado de justificación, porque únicamente dando cuenta del carácter tanto interpretativo como probatorio del razonamiento jurídico se puede hablar de una contribución al proceso penal.

6.4. Justificación metodológica

El conocimiento judicial de los hechos o, más en general, el conocimiento de los hechos en el derecho precisa de la adopción de instrumentos para la investigación; ésta no es diferente a otro tipo de investigación como la histórica, la de diagnóstico médico o, en definitiva, con toda investigación que requiera conocer de manera inductiva (o abductiva). Por lo tanto, en este trabajo se reconstruirá, bajo presupuestos ya abordados por la teoría, la investigación de los hechos en el proceso penal, lo cual implica una meta-investigación; es decir, una investigación sobre la investigación fáctica, en específico, de los hechos internos llamados intenciones.

Como meta-investigación se requerirá el uso de herramientas teóricas más que “de campo”, por lo que la confrontación de posturas doctrinarias, dogmáticas o filosóficas será vital para su realización; pero, siendo este un trabajo sobre un tipo de investigación fáctica realizada institucionalmente en los sistemas procesales será necesario partir, también, del análisis de casos judiciales. En suma, abordar temas enmarcados en la epistemología jurídica requiere un esfuerzo que parte de herramientas teóricas, pero que no tiene por qué aislarse de la descripción y reconstrucción de lo que se hace en la práctica jurídica.



SUBCAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1. **GONZÁLEZ LAGIER, Daniel** (2003a), publicó la investigación titulada “Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)”, en “*Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*”; donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“El razonamiento que concluye en una atribución de intención parte de la descripción de la conducta externa (de una acción en el sentido de ‘acto básico’) y de las creencias del agente y concluye la intención. A partir de él, se puede construir una inferencia práctica que explique por qué el agente realizó determinada acción. El razonamiento atributivo es, por tanto, necesario para la justificación externa de la inferencia práctica”.*
- *“Los criterios de atribución de intenciones tienen una fundamentación inductiva y ‘fiabilista’ (incluido el carácter conceptual del PRM). Puesto que en el pasado estos criterios y conceptos nos han permitido adecuar nuestra conducta a la de los demás, es razonable seguir confiando en ellos, aunque sepamos que no son infalibles. Esto hace que estos criterios tengan una dimensión epistemológica, orientada a la verdad, y, por tanto, no son reglas de adscripción en sentido fuerte”.*

2. **RAGUÉS I VALLÈS, Ramón** (1998), presentó su tesis doctoral titulada “La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa”, en el Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra; donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que se puedan obtener de las ciencias empíricas, la confesión del acusado o la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo”.*
- *“La solución que opta por hacer depender la determinación del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas”.*

- “De acuerdo con estas conclusiones procede afirmar que: Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyendo a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal”.

3. OXMAN VILCHES, Nicolás (2016), presentó su tesis doctoral titulada “El elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje”, en la Facultat de Dret de la Universitat de València; donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“El dolo entendido como adscripción de contravención de reglas en un contexto institucional, supone el establecer una vinculación entre la conducta realizada por el autor y su significado ocasional. Lo que implica que el tercer observador debe tener en consideración para imputar intencionalidad, el contexto en el que ocurre la acción, los conocimientos del autor, su capacidad personal para tener en cuenta los riesgos (criterio objetivo). Además, La intencionalidad se afirma en este contexto no solo por la realización de una acción que supone inequívocamente la contravención de reglas de conducta (prohibiciones o mandatos), como es el caso en que A dispara a B a menos de dos metros de distancia. Sino que, también, la intencionalidad queda afirmada en los casos en que el tercer observador puede interpretar el quebrantamiento de las citadas reglas de conducta, sobre la base del contexto social en que se realiza la acción, en especial, teniendo en consideración la intensidad del riesgo y la utilidad social del comportamiento.*
- *“Esto implica que, necesariamente, afirman la tipicidad subjetiva las acciones que en el contexto ocasional en el que tienen lugar significan socialmente: primero, la creación de un riesgo que supera el estándar de lo permitido (probabilidad); y, segundo, que ese riesgo sea socialmente inútil (valorativo) en el sentido que el tercer observador no tenga dudas que ni siquiera una persona prudente situada en la posición del autor habría estimado, en un contexto de inutilidad absoluta, que el riesgo era socialmente admisible. Y, en el caso de dudas sobre la utilidad de correr ese riesgo (el significado ocasional es siempre cualitativo), esto es, meros supuestos de conocimiento del peligro, no puede afirmarse el dolo si la acción en sí misma considerada no constituye una forma de quebrantamiento intencional de normas de prohibición o mandato”.*
- *“La diferencia [del dolo] con la imprudencia está dada, según se ha visto por la atribución a un comportamiento de conductas que significan en el contexto ocasional en que tienen lugar una ausencia de intencionalidad, esto es, se trata de casos en los que el tercer observador no puede entender en términos inequívocos en tal*

sentido y, por ende, se trata de supuestos de inadvertencia o de error. De ahí, que la intencionalidad también abarca –según lo visto– los supuestos en que la tercera persona puede estimar que el autor ha decidido no prestar atención u obrar de modo indiferente frente a riesgos o peligros evidentes e inherentes a su comportamiento (valoración cuantitativa)”.

4. PORCIÚNCULA, José Carlos (2014), publicó la investigación de su tesis doctoral en el libro titulado “Lo ‘objetivo’ y lo ‘subjetivo’ en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno”, en Editorial Atelier (Barcelona); donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“La concepción de los elementos subjetivos como ‘procesos internos’ u ‘objetos situados en la mente del individuo’ no nos ofrece la idea correcta de uso de los verbos psicológicos. Los ‘procesos internos’ necesitan ‘criterios externos’. Los elementos subjetivos no han de ser vistos como cosas que ocurren en el fondo del alma, sino como momentos de la acción. Tales precisiones gramaticales nos muestran el error de considerar que los elementos subjetivos han de ser inferidos a partir de la conducta ‘externa’ del individuo dado su supuesto carácter inobservable. Como dice WITTGENSTEIN, no hay que tomar lo ‘externo’ como una fachada tras la cual las fuerzas mentales trabajan”.*
- *“Lo ‘externo’ debe ser comprendido como un criterio de lo ‘interno’. Dicho de forma más minuciosa: El criterio para la atribución de elementos subjetivos es el comportamiento humano en el flujo de la vida. En la medida en que se verifica ‘la exteriorización de lo interno’ la división entre tipo objetivo (correspondiente al ‘mundo externo’) y un tipo subjetivo (referente al ‘ámbito interno’ del individuo) ya no se mantiene. Esto es así porque los elementos subjetivos pasan a ser entendidos como componentes de un sujeto exteriorizado; la subjetividad pasa a encontrar su espacio en la intersubjetividad. La referida división es desplazada por una versión unificada del tipo penal: el tipo intersubjetivo”.*

5. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2011), publicó la investigación de su tesis doctoral en el libro titulado “El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en Editorial Hammurabi (Buenos Aires); donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. El dolo no forma parte del mundo fáctico sino del mundo normativo. El dolo no es un hecho, ni psíquico ni de ninguna otra índole. Él, por tanto, subsume (hechos), pero no se subsume. Y subsume, entre*

otros, determinados hechos psíquicos: conocimientos, creencias, representaciones, intenciones, etcétera. Las personas, pues, no tienen “dolo”, sino, en todo caso, esos conocimientos, creencias, representaciones e intenciones. El dolo es una propiedad que caracteriza a casos, no a personas, y en particular a casos genéricos: No es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos”.

- *“Los estados mentales son hechos disposicionales comprobables empíricamente, a través de una metodología operacional. En el proceso penal, por tanto, deben constatarse, no atribuirse al acusado. Pero no es el dolo lo que se prueba en el proceso, sino, justamente, los datos psíquicos y físicos que resultan relevantes para este contexto dogmático específico”.*

6. SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, Armando (2017), presentó su tesis doctoral titulada “Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento”, en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona; donde el autor llegó a las siguientes conclusiones:

- *“El dolo no es un estado mental que deba ser descubierto por el juzgador, a quien resulta inaccesible la mente del imputado. La distinción cuerpo mente debe ser cuestionada”.*
- *“El dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación del conocimiento del riesgo prohibido por la norma penal al sujeto que realiza una conducta en condiciones que lo hacían titular de un deber limitado de conocimiento del riesgo típico, que le proporcionaban la posibilidad efectiva de adquirir dicho conocimiento y que hacían imposible que confiara racionalmente en la no realización del riesgo. Deber de conocer, posibilidad de conocer e imposibilidad de confiar son las tres condiciones para imputar el conocimiento”.*
- *“En el marco de un sistema de libre valoración de la prueba propio del Estado social y democrático de Derecho, cabe tener en cuenta que el dolo, como juicio de imputación, no es susceptible de prueba; el conocimiento, como referente del significado de una conducta, sólo puede ser inferido; y la conducta humana –en la que se expresa el conocimiento que será inferido– siempre es susceptible de prueba”.*

SUBCAPÍTULO II

MARCO HISTÓRICO Y CONTEXTUAL

1. Evolución de la prueba en el proceso penal

La evolución de la prueba como concepto o instrumento procesal, con sus diferentes acepciones actuales, tiene un origen histórico ligado a las formas de conocimiento de los hechos en el derecho a lo largo del tiempo; en efecto, cuando el conocimiento y la fijación de los hechos en juicio se encontraban vinculados a conocimientos mágicos, divinos o misteriosos, se tenían métodos irracionales para decidir o averiguar la verdad. Este es el caso de la ordalía, entendida como “cualquier experimento gnoseológico-místico donde se halla postulado un orden oculto del mundo diagnosticable mediante distintas vías, desde técnicas adivinatorias a una *pugna inter duos ad probationem veritatis*”¹⁵.

La práctica de las ordalías, probablemente, fue trasladada desde la India a Europa Central, donde los pueblos germánicos la adoptaron; ello, en el marco de una confusa época de invasiones bárbaras al Imperio Romano (siglos IV-V), donde los guerreros bárbaros llevaron a Europa sus propias costumbres jurídicas sobre resolución de conflictos (como las referidas ordalías). En este sentido, cuando estos pueblos lograron la invasión de toda Europa y la creación de sus propios reinos, la ordalía pasó a ser el sistema probatorio de uso común, tanto para conflictos de naturaleza civil como de penal (TARUFFO, 2010, pág. 15). Ahora, si bien es discutible que se pueda referir a las ordalías como medios de prueba, si se tiene un concepto de ésta estrechamente vinculado con la averiguación de la verdad, no se debe perder de vista que, en las sociedades donde éstas se usaron, los “hechos” no eran necesariamente lo que se juzgaba.

En efecto, siguiendo a Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 13), “cabe pensar que en ese contexto lo que faltaba es la idea de ‘hecho’, de conducta externa y voluntaria como requisito para la imposición del castigo”. En otras

¹⁵ Franco CORDERO citado por Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 12-13).

palabras, no existía una concepción de derecho penal del hecho¹⁶; sino que, más bien, había una concepción del castigo penal como expiación al pecado del autor, entendiéndose esto como la punición del carácter o de la subjetividad de este último (un derecho penal del autor). Pero, siguiendo estas ideas, entonces, las ordalías no fueron del todo irracionales, en especial, cuando estos “juicios de dios” implicaban que la divinidad dirimía la controversia en el caso concreto, resolviendo de una vez por todas el problema con relevancia jurídica que los humanos no podían.

Es decir, bajo una cosmovisión medieval, los juramentos bajo castigos divinos y las mismas ordalías eran tomados en serio, como una forma válida en la cual se podría decidir sobre cuestiones penales o sobre lo que debía ser aceptado como verdad (aunque no lo sea). En la actualidad, el conocimiento mágico de la realidad ha sido abandonado, al menos, como criterio para decidir sobre los casos penales y para todos los demás casos que deben ser tutelados por el derecho. Ahora, podemos mencionar –a fin de no realizar un trabajo histórico demasiado extenso–, dos momentos clave en la transición hasta el conocimiento racional de los hechos, que actualmente se pretende realizar a través del sistema jurídico moderno.

Siguiendo a Michele TARUFFO (2010, págs. 14-23), el año 1215 fue determinante para el sistema probatorio europeo y, en general, para el sistema de justicia continental. Puesto que, entre otros acontecimientos, fue el año en el que el papa Inocencio III, impuso en el Concilio IV de Letrán, la prohibición de la práctica de las ordalías como medio para determinar quién debía ganar o perder en una controversia judicial. Aunque, si bien dicha práctica ya se habría abandonado paulatinamente en el ámbito civil, hasta dicha fecha continuaba siendo de común uso para el proceso penal; siendo, por tanto, un cambio importante el hecho de que la divinidad ya no podía intervenir en los asuntos humanos para resolver sus conflictos jurídicos.

Este primer momento revolucionario en el sistema probatorio penal derivó en la búsqueda de una nueva forma de dar por acreditados enunciados de hecho en los juicios penales. Sin embargo, mientras que en la justicia civil se

¹⁶ Al respecto, Claus ROXIN (1997, págs. 176-189), donde se entiende esta concepción como aquella regulación legal en la cual la punibilidad se vincula a una acción u omisión concreta, y la sanción representa sólo la respuesta ante este hecho individual.

utilizaban medios de prueba como las documentales (escritos de contratos, por ejemplo), lo cual constituyó un avance temprano en la cultura jurídica de la época; por el contrario, el sistema de justicia penal, al abandonar las ordalías, adoptó el procedimiento inquisitivo. En realidad, hubo una continuidad lógica entre el método de las ordalías y –a partir del siglo XIII–, el método inquisitivo, para determinar la culpabilidad de una persona¹⁷.

Siguiendo a Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 133-136), el sistema probatorio del procedimiento inquisitivo consistió en uno de pruebas legales¹⁸; el cual empleaba una “idea de la prueba como ‘suficiente’, gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, [que] no obstante su aparente racionalidad, en realidad es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico”. Es decir, la prueba necesaria para la determinación de un hecho se encontraba positivizada como regulación legal, bajo la cual se podía deducir la culpabilidad o inocencia del imputado. Por ejemplo, si el texto normativo requería de dos testigos del hecho; y, en efecto, concurrían dos testigos de éste; entonces, el enunciado respecto del hecho quedaría probado.

Pero ello, en el plano epistemológico, constituye un absurdo, pues de que se cumpla el supuesto del texto normativo nunca se podría seguir que la persona ha cometido la conducta presuntamente delictiva o no. Aunado a ello, durante esta época, también, se utilizó como prueba legal típica la confesión que, regresando a un método de ordalía, utilizaba la tortura para lograr obtenerla. De tal manera que, sólo se podría absolver a un imputado si este sobrevivía a la tortura y no confesaba haber cometido el hecho que se le imputaba; caso contrario, de la confesión como prueba legal y suficiente, se podría condenar al imputado, claro está, si lograba sobrevivir a las consecuencias de su tortura.

Ante esto, encontramos el segundo momento trascendental en la evolución del sistema probatorio del proceso penal, el año 1789, cuando

¹⁷ Véase en Luigi FERRAJOLI (2011a, pág. 136); y, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 13).

¹⁸ “Las pruebas legales positivas (...) son aquellos datos probatorios que permiten deducir inimpugnablemente la conclusión fáctica gracias a su conjunción con premisas legalmente presumidas como verdaderas que por lo general conectan el tipo de hecho experimentado como prueba y el tipo de hecho considerado probado” (FERRAJOLI, 2011a, pág. 134); al respecto, también, en Michele TARUFFO (2011, págs. 387-403).

ocurrió el suceso histórico clave del movimiento ilustrado, la Revolución francesa. Al igual que como ocurrió en el primer momento mencionado, este segundo no constituyó un simple comienzo, sino que también fue un momento de prevalecimiento, esto es, de la victoria del pensamiento ilustrado que se venía formando y que se empezaba a instituir en la Europa continental. En este sentido, ocurrió un redescubrimiento de la tradición que suprimía la prueba legal y la reemplazaba por el principio de la libre convicción del juzgador; el cual, ya se podía encontrar en el *law of evidence* de la Europa anglosajona (FERRAJOLI, 2011a, págs. 137-139).

El principio de la libre convicción de la prueba y, como consecuencia, de la libertad probatoria abre el cambio para el desarrollo de una epistemología para el conocimiento de los hechos en el proceso. El desarrollo de la epistemología jurídica es, en buena cuenta, la evolución de cómo vemos nuestros sistemas procesales en tanto sea necesario que, a través de estos, se busque la verdad. Entonces, podemos rescatar en las reformas de la Revolución Francesa la nueva forma de entender los procesos y, en especial, los procesos penales; encontrándose, actualmente, el centro del debate en cómo debemos entender la libre convicción y la libertad probatoria.

Atrás quedaron los años en los cuales la inquisición, el castigo y la tortura eran indispensables para poder hallar culpables e imponer penas, con la revolución se dio cuenta de la necesidad de presumir la inocencia de la persona. Entonces, para poder condenar al imputado es indispensable que se pruebe su culpabilidad en sentido material; es decir, que se pruebe que él ha cometido la conducta que se le atribuye, éste es un derecho reconocido ampliamente, al menos, en el mundo occidental. Con ello, se ha abandonado el método inquisitivo en el sistema probatorio de los países que, como el Perú, han heredado una tradición jurídica euro-continental.

A pesar de las propuestas modernas, fue Jeremy BENTHAM, precursor de la teoría de la prueba con enfoque racionalista, quien a partir del estudio del derecho de corte positivista, realizó este tipo trabajo sobre las pruebas judiciales; concluyendo ello, con la “idea de que la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada” (FERRER BELTRÁN, 2013, págs. 21-

22). Matizada o no dicha idea, lo cierto es que a partir de dichos avances ilustrados y modernos se ha construido un nuevo sistema probatorio que tiene, como premisa fundamental, que la prueba como actividad equivale a la búsqueda de la verdad; idea –si bien aún debatida–, a partir de la cual sigue evolucionando la teoría de la prueba.

2. Evolución del tratamiento del dolo y la imputación subjetiva

Revisar la evolución del tratamiento dogmático de la imputación subjetiva remite, necesariamente, a la teoría del tipo penal y su desarrollo desde la doctrina penal europeo-continental¹⁹. En esta línea, se debe recordar que antes de que el tipo sistemático se incorporara como una categoría del delito, este último se entendía sólo como una “acción antijurídica, culpable y amenazada con pena”²⁰; sin embargo, Ernst VON BELING (2002a, págs. 73-74), en base al principio de legalidad, introdujo la categoría de la tipicidad, en tanto que para él la acción punible lo es sólo la “acción típicamente antijurídica y culpable”. Este mismo autor, además, caracterizó al tipo (*tatbestand*), como objetivo y libre de valor o no valorativo; en tanto que, “(...). Todos los delito-tipos son (...), de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo ‘antijurídico’ (...). La caracterización de este esquema surge patentemente de la faz objetiva: es la conducta exterior lo caracterizado por el delito-tipo y con ella está moldeado el contenido del delito-tipo” (VON BELING, 2002b, págs. 283-285).

La parte subjetiva del delito se encontraba, en esta etapa de la doctrina penal, enmarcada sólo en la culpabilidad; puesto que, se entendía que el injusto debía comprender todos los elementos objetivos, mientras que el concepto psicológico de la culpabilidad englobaba los elementos subjetivos

¹⁹ Existen diferencias sustanciales entre el desarrollo de la doctrina del derecho penal anglosajón y la del derecho penal europeo-continental (de predominio alemán); por ejemplo, la discusión sobre las categorías sistemáticas del delito, comúnmente entendidas en *nuestro* ámbito como acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se tratan –al menos–, de manera diferente cuando nos adentramos a una investigación en derecho penal anglosajón, donde se desarrolla primordialmente los requerimientos de *actus reus* y *mens rea*, como aspectos básicos de la atribución de un crimen (*wrongdoing*). Sin embargo, en este apartado se centrará la atención en la evolución del tipo subjetivo en la doctrina aplicada en *nuestro* ámbito, esto es, la de tradición europea-continental; en tanto que, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, el derecho penal sustantivo peruano se ha mantenido fiel a dicha tradición. Para el desarrollo de estos puntos, en el derecho penal anglosajón, véase en George P. FLETCHER (1998, págs. 81-85).

²⁰ En este sentido, desarrollando la teoría del tipo históricamente, Claus ROXIN (1997, págs. 277-279).

del delito²¹. Esta idea es deudora del pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, el cual intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos contrastables o explicables mediante las ciencias naturales; y, del cual se entiende a la culpabilidad como “la relación subjetiva del sujeto con el resultado” (ROXIN, 1997, pág. 794). Aunque, la necesidad de determinar un aspecto subjetivo del delito, de este tipo, ha derivado históricamente del requerimiento de un obrar voluntario para poder reprochar responsabilidad penal por una conducta y sus consecuencias²².

De esta manera, la imputación subjetiva partió de la idea de la atribución de una infracción grave de una norma realizada con “mala voluntad”. Esta idea fue desarrollándose de maneras distintas a lo largo de las construcciones dogmáticas del delito; para, luego, encontrarse en distintas posiciones que oscilan entre “el objetivismo de la norma o funcionalismo, de un lado, y una concepción de la doctrina de la imputación orientada al concepto de libertad, de otro” (KÖHLER, 2000, pág. 76). Para la doctrina clásica del delito, tal como se entendía la ya mencionada concepción psicológica de la culpabilidad, la imputación subjetiva era únicamente la relación psíquica del autor con la conducta típica objetiva.

Esta última posición tuvo un total replanteamiento con la introducción de los elementos subjetivos del delito al tipo penal; lo cual, partía de constatar que la subsunción al tipo también dependía de criterios subjetivos²³. A partir de este aporte a la doctrina penal, puede entenderse la concepción del finalismo sobre la imputación subjetiva; según la doctrina finalista (o, teoría final de la acción), el dolo dirigido a la realización de las circunstancias objetivas del hecho se encontraba en la parte subjetiva del tipo penal. Con ello, entonces, se vio finalmente superada la doctrina clásica objetivista del tipo, dando paso a la introducción de un tipo penal de doble aspecto.

²¹ De esta manera, ROXIN (1997, págs. 794-797); y, también, Hans-Heinrich JESCHECK (2003, págs. 2-3), quien sostiene que dicha “concepción [psicológica de la culpabilidad] tan antigua, aun absolutamente formal de culpabilidad, se detenía en el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción. De esta forma, algunos autores alemanes relevantes del pasado entendieron la culpabilidad como un hecho psíquico”.

²² Véase en Michael KÖHLER (2000, pág. 72), donde este presupuesto es destacado como patrimonio cultural europeo, teniendo origen en la obra de Aristóteles.

²³ De acuerdo con Claus ROXIN (1997, pág. 280), autores como H.A. Fischer, Hegler, Max Ernst Mayer y Mezger, fueron quienes descubrieron que, en muchos casos, el injusto del hecho dependía de la dirección de la voluntad del autor; siendo, por tanto, ellos quienes esencialmente propusieron la necesidad de un tipo subjetivo.

Para Han WELZEL (2002, pág. 79), y “el desarrollo de la doctrina de la acción finalista: el tipo comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos o anímicos de la acción”. A partir de ello, el dolo y la culpa ya no constituyen elementos de la culpabilidad; sino que, son elementos constitutivos del tipo, en específico, de su lado subjetivo. Esto constituye un punto en común para la dogmática penal moderna; pues, si bien la doctrina finalista se entiende superada por un nuevo normativismo penal, ésta y otras nuevas posturas no parecen poder desconocer el acierto de situar la imputación subjetiva como parte de la tipicidad en tanto categoría del delito.

El desarrollo del tipo subjetivo permitió ver al dolo y a la culpa como elementos generales de éste; pero, también dio cuenta de la existencia de elementos específicos en el lado subjetivo del tipo. En este sentido, los distintos tipos penales contienen diversos elementos subjetivos, por ejemplo, elementos de actitud interna (malicia, crueldad, brutalidad, etc.); pero, incluso, ello ha llevado a clasificar a ciertos delitos como: de tendencia interna trascendente, mutilados de dos actos y cortados por el resultado²⁴. La delimitación de este tipo de elementos subjetivos se verá más adelante; sin embargo, en la evolución del tratamiento de la imputación subjetiva, constituyen un desarrollo teórico y legislativo, más allá del dolo, siendo necesarios para la creación de nuevos delitos o de delitos cualificados.

La evolución del tratamiento dogmático de los elementos de la imputación subjetiva no ha llevado a un esclarecimiento o a una construcción definitiva de cómo estos deben entenderse; por el contrario, es un tema abierto al debate teórico y a las diversas interpretaciones que se les puede dar en la práctica. La síntesis realizada en este apartado no debe llevar a la conclusión de que la doctrina es unánime sobre las soluciones dadas a los problemas en la imputación subjetiva; pues, a diferencia de los numerosos avances realizados en la imputación objetiva, la imputación subjetiva ha sido más bien descuidada en varios aspectos, lo cual debe ser revertido por la dogmática jurídico-penal.

²⁴ Véase, respecto de estas clasificaciones, en Claus ROXIN (1997, págs. 307-318); y, un tratamiento distinto de los elementos de tendencia y otros elementos subjetivos del delito, en Günther JAKOBS (1995, págs. 370-374).

SUBCAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO

1. Normatividad supranacional

1.1. Normativa universal sobre derechos humanos

- Artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.
- Inciso 1 del Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (...)”.
- Inciso 1 del Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (...)”.
- Inciso 2 del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “(...) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...)”.

1.2. Normativa regional sobre derechos humanos

- Artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.
- Inciso 3 del Artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: “(...) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (...)”.

- Inciso 2 del Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

2. Normatividad nacional (Perú)

2.1. Normativa constitucional

- Literal e del Inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú: “Toda persona tiene derecho: (...). A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...). e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.
- Inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)”.
- Inciso 5 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...)”.

2.2. Normativa penal

- Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.
- Artículo 12 del Código Penal: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.
- Artículo 45 del Código Penal: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. b. Su cultura y sus costumbres. c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

2.3. Normativa procesal penal

- Inciso 1 del Artículo II del Título Preliminar del (Nuevo) Código Procesal Penal: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.
- Artículo VIII del Título Preliminar del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.
- Artículo 155 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código. 2. Las pruebas se

admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución. 3. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio. 4. Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. 5. La actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima”.

- Artículo 156 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. 2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. 3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta”.
- Artículo 157 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible. 2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas. 3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos”.
- Artículo 158 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. 2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al

imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. 3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes”.

- Artículo 159 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.
- Incisos 2, 3 y 4 del Artículo 394 del (Nuevo) Código Procesal Penal: “La sentencia contendrá: (...); 2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado; 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo”.
- Artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito”.
- Artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”.



SUBCAPÍTULO IV
MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Naturaleza jurídica del proceso penal peruano

El sistema procesal penal peruano se encuentra reconstruido como un del tipo “acusatorio” en contraste con uno del tipo “inquisitivo”²⁵. Para analizar dicha contraposición es necesario, previamente, tener un concepto de proceso y, en específico, de proceso penal. Sin embargo, el problema de la dicotomía “inquisitivo-acusatorio” radica, justamente, en que no se parte de una concepción de lo que el proceso es en general; sino que, de una diferenciación entre las principales características que presentan los sistemas procesales en tradiciones jurídicas de distinta raíz.

De esta manera²⁶, se dice que existe un sistema procesal penal “acusatorio” o “adversarial”, basado en la tradición jurídica anglo-norteamericanas o del *Common law*²⁷, en el cual prima un proceso con tribunales populares, acción penal popular, bajo los principios de igualdad y contradicción entre dos partes, restricción a las facultades del juez, libertad del imputado durante el proceso como regla general, los medios probatorios son exclusivamente incorporados por las partes, rige libre apreciación o valoración de la prueba, se basa en los principios de oralidad, inmediación, publicidad, y sólo existiría una instancia (la sentencia absolutoria no es impugnabile).

En contraste con esto último, existiría un sistema procesal penal “inquisitivo”, basado en la tradición europeo-continental o del *Civil law*, en el cual prima un proceso con jueces profesionales y permanentes, sin existencia

²⁵ La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 957, “Nuevo Código Procesal Penal”, lo aclara de manera tajante: “la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso”.

²⁶ Siguiendo la reconstrucción de la contraposición “acusatorio-inquisitivo” realizada por Juan MONTERO AROCA (2008, págs. 70-72).

²⁷ El sistema procesal penal “adversarial” es un nombre que se utiliza en los Estados Unidos para diferenciar su sistema procesal de los sistemas de tipo “inquisitivo”; y, a pesar de que tiene diferencias con lo que se suele llamar sistema procesal penal “acusatorio”, a nuestro criterio, es imposible desligarlos debido a que pretenden, en esencia, diferenciarse de la misma forma de los procesos “inquisitivos”. Véase en MONTERO AROCA (2008, pág. 76); y, en Kai AMBOS (2005a, págs. 161-162).

de libertad de acusación siendo que el juzgador es también acusador, el acusado es el objeto del proceso, amplios poderes del juez, impera la prisión preventiva, rige la valoración legal o tasada de la prueba, es escrito, disperso y secreto, y consta de dos instancias (es posible la impugnación de sentencias absolutorias).

Una diferenciación realizada de esta forma es simplemente parcializada; y, en efecto, ésta ha nacido en el seno de la práctica y la doctrina del proceso penal influenciado por la tradición del *Common law*²⁸, para diferenciar su particular sistema procesal de los demás sistemas que se han desarrollado en el mundo, especialmente los influenciados por el *Civil law*. En consecuencia, es más adecuado partir de un concepto de proceso que dé cuenta de las características que puedan tener los diferentes sistemas procesales penales de cualesquiera países del mundo se quiera analizar, en tanto el Estado en cuestión efectivamente tenga por presupuesto la aplicación del derecho penal mediante un proceso propiamente dicho.

Se puede conceptualizar el proceso a partir del esquema de “un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción”²⁹. Entonces, una característica esencial del sistema “acusatorio” en contraposición con el “inquisitivo”, perdería sentido; esto es, la preeminencia de los principios de igualdad y contradicción en el primero, frente a su desconocimiento en el segundo. Puesto se pierde de vista que, desde la heterocomposición, ello se exige de todo proceso, esto es, que toda organización de actos que pretenda ser de naturaleza propiamente procesal en un Estado de Derecho implica la decisión de un tercero que resuelva sobre la disputa entre dos iguales. Y, esto, en la tradición del *Civil law* no se ha dado a través de las nuevas reformas contemporáneas del proceso penal, sino que inicia con la Revolución francesa y el pensamiento ilustrado, con la adopción de un ya antiguo concepto de proceso como *disputatio*³⁰.

²⁸ Sin embargo, dentro de los sistemas procesales con influencia del *Common law*, típicamente por ejemplo, el (los) de Estados Unidos y el (los) del Reino Unido, no es correcto hablar de una uniformidad o un solo diseño de proceso penal para estos países y ni siquiera entre los Estados o naciones que los conforman, en este sentido, véase en AMBOS (2005a, pág. 164).

²⁹ MONTERO AROCA (2008, pág. 74).

³⁰ En este sentido, Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 137-138).

Por lo tanto, el estudio de un sistema procesal penal “inquisitivo” sólo tiene sentido históricamente, en referencia a los antiguos procedimientos de castigo sobre las personas, en los cuales en realidad no existía proceso alguno; sino que, se llevaba a cabo una imposición de penas bajo métodos y técnicas autoritarias o hasta inhumanas. De manera más simple, los únicos sistemas “inquisitivos” a los cuales se puede referir con veracidad son los creados bajo sistemas jurídicos autoritarios (fascistas, por ejemplo), o los utilizados antiguamente en el “Oficio de la Santa Inquisición”. Desde la Ilustración (siglo XVIII), podemos confirmar el abandono progresivo de la aplicación inquisitorial del derecho penal hacia la conformación de un proceso penal propiamente dicho³¹; y, ello a través de la distribución del poder estatal referente al delito, es decir, de los poderes de investigarlos, acusarlos y castigarlos.

Ahora bien, cuando usamos el concepto de proceso, en realidad, estamos usando *nuestro* concepto de proceso, en tanto ello significa que lo utilizamos con cierta carga localista, esto es, siempre respecto de una forma de pensar determinada, enraizada en cierto tipo de sociedades (“occidentales”, por ejemplo). Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda haber ninguna conceptualización objetiva; por el contrario, esto sólo se infiere a partir de la observación de que todos los conceptos responden a su uso y creación por parte de una cultura, y al hecho de que para analizar la naturaleza de algo siempre usamos un punto de referencia del cual podemos abstraernos y generalizar³².

De esta manera, el proceso es un concepto que viene determinado por cómo nuestras sociedades modernas han tomado el camino de la heterocomposición y que, a partir del pensamiento ilustrado, ya no puede hacer referencia a lo que históricamente se mal llamaba proceso, es decir, a un diseño realmente inquisitorial e impensable en un Estado Constitucional

³¹ Sin embargo, Jordi NIEVA FENOLL (2013, págs. 6-8), critica que pese a que el cambio decisivo del sistema inquisitivo al acusatorio –al menos en España–, se dio en 1835, al introducirse la separación de un acusador diferente al juez; en realidad, el sistema no cambió en la realidad práctica, lo que puede ser extendido al cambio dado, en dicho tiempo, entre los sistemas procesales penales “europeo-continenciales”. En este sentido, se afirma que la evolución no simplemente dependió de la reforma normativa del procedimiento penal, sino que fue un desarrollo paulatino que implicaba dar cambios, también, en la cultura jurídica.

³² Esta idea proviene del estudio del concepto de derecho como *nuestro* concepto de derecho en Joseph RAZ (2013, págs. 103-111).

de Derecho³³; en consecuencia, para conceptualizar el proceso se debe hacer referencia a su coherencia sistémica dentro de lo que hoy en día se entiende por Estado de Derecho y su constitucionalización³⁴.

Por lo que, es necesario dejar de lado la contraposición entre lo “inquisitivo” y lo “adversarial” o “acusatorio”, por una diferenciación entre sistemas procesales con influencia del *Common law* o del *Civil law*; siendo que, en ambos casos, se está hablando de procesos penales propiamente dichos, con la vigencia del principio acusatorio. Y, si esto último se verifica como cierto, pues en los procesos influenciados por ambas tradiciones se tiene a dos partes iguales y en contradicción que pueden verse o, efectivamente, se ven como adversarios.

Teniendo todo esto en cuenta, se sigue que el proceso penal, bajo las reglas de un principio acusatorio que se entienda, en realidad, como la distribución del poder dentro de este proceso, permite la superación del contraste entre sistemas procesales “inquisitivos” y “acusatorios”; y, en este sentido, incidir y virar el foco del estudio hacia los problemas y las contradicciones que se generan a partir de la creación de sistemas procesales penales con influencias tanto del *Civil law* como del *Common Law*.

Ejemplo paradigmático de ello es el proceso penal internacional³⁵; pero, la confluencia de ideas y doctrinas de ambas tradiciones también ha tenido gran impacto en América Latina, lo que en el Perú ha significado la reforma del sistema procesal penal de influencia casi pura del *Civil law*, hacia un sistema procesal con influencia mixta, incorporado instituciones, ideas y hasta mejoras de los procesos penales que se ven influidos por la tradición del *Common law*. Lo cual, claro está, no puede significar considerar necesariamente a los sistemas procesales con base en la primera tradición como “inquisitivos” o propios de épocas en las cuales no se tenía propiamente un proceso penal.

³³ Téngase en cuenta que en la reconstrucción de la contraposición “inquisitivo-acusatorio”, se han obviado algunas características que realmente sólo hacen referencia a los antiguos procedimientos de imposición de penas de manera arbitraria.

³⁴ Sobre la constitucionalización del derecho y del Estado de Derecho, véanse por todos en Ricardo GUASTINI (2016, págs. 277-291); y, en Luis PRIETO SANCHÍS (2014, págs. 17-42).

³⁵ Véase en AMBOS (2005a, págs. 159-211).

Son las ideas de distribución del poder y de búsqueda de la verdad, como caracteres de todo proceso penal, las que sustentan su diseño como una dualidad de posiciones entre dos partes iguales y en contradicción, con un tercero imparcial como director y decisor de la controversia. El Estado, en referencia al (no necesariamente dentro del), proceso penal ostenta y tiene la tarea de distribuir: el poder de investigar, el poder de acusar y el poder de castigar (o, mejor dicho, de declarar la culpabilidad e imponer una pena). Pero, el ejercicio de dichos poderes no sólo implica la asunción del principio acusatorio, sino que también la de un determinado fin para el proceso penal, el que viene a ser, prioritariamente, la averiguación o la búsqueda de la verdad a través de un conocimiento institucional de hechos históricos. En este sentido, es de vital importancia desarrollar estos dos caracteres de manera individual.

2. Caracteres del proceso penal peruano

2.1. El principio acusatorio

El sistema procesal penal de naturaleza o, mejor dicho, de influencia mixta que ha sido diseñado en la justicia penal peruana depende, en buena parte, de la posición de los sujetos procesales a los cuales se les ha otorgado un poder estatal respecto de esta rama del sistema de justicia como un todo. En efecto, en el nuevo sistema procesal penal peruano es imprescindible entender los roles de la parte acusadora, la parte acusada y del juzgador –sin perjuicio de la intervención de los terceros legitimados para ello, como la parte agraviada con el delito–; lo cual, viene determinado por la asunción del principio acusatorio y de cómo este pueda entenderse en la práctica procesal³⁶.

Parece ineludible desarrollar prioritariamente el rol de la parte acusadora para dar contenido al principio acusatorio, principalmente, porque este principio, justamente, “informa aquel proceso que no puede

³⁶ En un trabajo anterior hemos desarrollado el rol del Ministerio Público como sujeto procesal, en Sergio Eduardo DÍAZ CHUNGA (2017, págs. 261-289), investigación a la que se debe el desarrollo adecuado del análisis del sistema procesal penal peruano realizado en el presente marco teórico.

iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del juez (*Nemo iudex sine actore, Wo kein Klager, da Kein Richter*)” (ARMENTA DEU, 1998, pág. 219). Como se venía argumentando, el principio acusatorio defiende la necesidad de distribuir el poder y, por tanto, que sea un sujeto diferente al juzgador, quien tenga la potestad de acusar.

Entonces, podría aludirse al abandono del juez de instrucción como consecuencia práctica de este principio, con lo cual supuestamente se tenía un proceso en donde el órgano jurisdiccional era juez y parte. Sin embargo, la dicotomía planteada entre fiscal investigador y juez instructor no escapa de la lógica del proceso, toda vez que no hay necesidad de que el juez de instrucción y el juez de juzgamiento sean el mismo órgano jurisdiccional; y ello, aún menos, cuando podría encargársele al Ministerio Público la decisión sobre la acusación y su defensa³⁷.

En realidad, la atribución del poder de investigación a un organismo estatal en específico, es una decisión de carácter político que, para cumplir con los principios defendidos por el principio acusatorio, no existe necesidad de que dicho organismo sea el Ministerio Público; ello, debido a que el desarrollo de la investigación conlleva a la aplicación de una determinada política criminal estatal, lo cual no tiene por qué estar en contradicción con el hecho de que quien investigue o quien acuse no pueda juzgar. En este sentido, la distribución de roles y poderes en el proceso penal, un aspecto abanderado del principio acusatorio, no necesariamente se corresponde con el abandono del juez instructor y la adopción del fiscal investigador.

Algo contradictorio con la idea de proceso, como una triada entre un decisor y dos partes iguales en disputa, sería que el juez instructor lleve a cabo el juzgamiento del caso sobre el cual llevó la investigación que impulsó o controló jurídicamente; no que existan varios jueces, uno dotado del poder de investigar y otro del poder de castigar. Entonces, si la figura de juez instructor en un determinado sistema procesal no tuvo éxito, ello no debe implicar la demonización de esta institución que sí puede tenerlo en otros sistemas procesales. Sin embargo, una pregunta

³⁷ En este sentido, también, Teresa ARMENTA DEU (1998, págs. 219-220).

distinta es qué organismo estatal *debería* estar encargado de la investigación “criminal”; pero, esta última pregunta tiene una naturaleza distinta a la de si la figura del juez de instrucción es coherente con el concepto de proceso³⁸.

En el sistema procesal penal peruano, es el Ministerio Público, el organismo encargado de la investigación y la persecución penal; es decir, del poder de investigar los hechos presuntamente delictivos y, por tanto, a las personas que estarían vinculadas con su comisión³⁹. Esta potestad debe diferenciarse del poder de acusar, debido a que no responden a una misma actividad ni a una misma necesidad; por un lado, el poder de investigar se origina debido a que en el sistema de justicia penal – principalmente, en la tradición del *Civil law*–, la búsqueda probatoria es una actividad institucionalizada, esto es, es realizada por un funcionario de manera oficial, excluyendo que otras personas puedan indagar los hechos por su propia cuenta⁴⁰.

El poder de acusar, por otro lado, constituye una decisión jurídica enfocada en “las exigencias relativas a la acusación, a la imparcialidad que garantiza y al hecho de que el acusador no puede acusar, sin más, debiendo ofrecer evidencias suficientes de culpabilidad como para apreciar la existencia de una ‘causa probable’. De ahí que la presunción de inocencia constituya un elemento esencial de la configuración acusatoria. Y paralelamente, que toda investigación previa al juicio se

³⁸ De manera crítica, ARMENTA DEU (2015, pág. 126), sostiene que “ni la transición de las investigaciones judiciales a las fiscales incide sustancialmente en la estructura “inquisitiva” de los procesos, ni es correcto afirmar que la instrucción en manos de los fiscales evidencia una mayor preocupación por los derechos humanos”.

³⁹ De manera expresa y clara, el numeral 4 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú, prescribe que: “Corresponde al Ministerio Público: (...) 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. (...)”, y, en el mismo sentido, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal sostiene que: “1. El Ministerio Público (...). Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. 3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición. (...)”.

⁴⁰ Un análisis comparativo trascendental se encuentra en Mirjan R. DAMAŠKA (2016, págs. 207-217), donde se recuerda que, en los sistemas procesales “adversariales” o, mejor dicho, aquellos primordialmente influenciados por el *Common law*, la búsqueda de pruebas es un método competitivo entre las partes, no existiendo una investigación “oficial”. Una investigación más específica respecto del derecho probatorio y este método de búsqueda probatoria es realizada, por el mismo autor, en DAMAŠKA (2015, págs. 83-127).

limite a fundamentar la acusación, como justificación para iniciar un proceso (...)" (ARMENTA DEU, 2015, pág. 124).

En consecuencia, si bien ambas potestades se encuentran vinculadas de manera indelible, que el Ministerio Público sea el encargado de sostener una acusación como ejercicio de la acción penal al requerir al órgano jurisdiccional la declaración de culpabilidad y, consecuente, imposición de consecuencias jurídicas, constituye la actividad central para la puesta en práctica del principio acusatorio⁴¹.

El principio acusatorio, entonces, puede redefinirse como la asunción plena por el Ministerio Público de la función acusatoria y de los actos pre-jurisdiccionales al proceso; la asunción plena por los órganos jurisdiccionales de la garantía de los derechos fundamentales de las personas implicadas en el proceso, el control del requerimiento acusatorio o de sobreseimiento del fiscal, y del juzgamiento; y, por último, del mantenimiento del imputado como la parte, no objeto procesal, que debe estar en igualdad de armas con el Ministerio Público⁴².

De lo cual no puede seguirse que, si todo proceso penal propiamente dicho es acusatorio, entonces, es perfecto; por el contrario, los modernos sistemas procesales penales pueden tener graves defectos que distorsionen el mismo concepto de proceso penal, pero ello no quiere decir que debemos abandonar dicho concepto, puesto que justamente con él podemos tener una guía para evaluar los distintos procesos penales y tratar que respeten al máximo la configuración constitucional que se les ha dado.

⁴¹ De manera expresa y clara, el numeral 5 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú: "Corresponde al Ministerio Público: (...). 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. (...)"; en el mismo sentido, el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal: "1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. (...)"; y, también, el numeral 1 del artículo 1 del mismo texto normativo procesal: "La acción penal es pública. 1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular. (...)".

⁴² MONTERO AROCA (2008, págs. 84-92), también analiza la posibilidad de salvar el principio acusatorio en un sentido similar al referido en este trabajo; sin embargo, finalmente opta por descartarlo como un principio vacío junto con la contraposición "inquisitivo-acusatorio".

2.2. La búsqueda de la verdad

En este punto es indispensable realizar precisiones sobre la contraposición hecha comúnmente entre los fines del proceso penal⁴³. Por un lado, el fin de resolver conflictos con relevancia penal que sucedan en la sociedad; y, por otro, el fin de averiguación de la verdad de los hechos pasados con relevancia penal. A partir de esto se dice que no es posible que se busque averiguar la verdad en un proceso en el cual cada una de las partes lleva “su verdad” y la busca imponer en el juicio⁴⁴. A esta afirmación de común adscripción a la tradición del *Common law*, se añade la preeminencia (en esta misma tradición) de la justicia penal negociada, esto es, en términos minúsculos, la finalización del proceso penal debido a acuerdos entre la Fiscalía y el imputado, debido a que este último accede a aceptar los cargos en su contra a beneficio de alguna reducción, variación, exención, etc., de la pena a imponérsele⁴⁵.

Estos dos argumentos buscan fundamentar la idea de que el proceso penal no busca la averiguación de la verdad; sino que, se pretende la mejor solución posible para las partes con un ahorro de recursos al Estado, una actividad eficaz y eficiente, en el mayor grado posible. Sin embargo, ello no necesariamente determina que el proceso penal no pueda buscar la consecución de la verdad, más bien puede llegar a la conclusión que el método utilizado por los sistemas procesales influenciados por la tradición del *Common law* no son tan buenos para ello⁴⁶.

La búsqueda de la verdad como fin de todo proceso penal es, en realidad, parte de la idea misma de proceso en un Estado de Derecho. Especialmente, a partir del abandono de la falsa dicotomía entre verdad

⁴³ A pesar de que se hablará primordialmente de uno de los fines del proceso penal (la búsqueda de la verdad), se está de acuerdo con Vicente GIMENO SENDRA (2012, págs. 59-61), sobre la imposibilidad de “reducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal”, añadiendo que éstas son la actuación del *ius puniendi*, la protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima y la rehabilitación del imputado. Sin embargo, a nuestro parecer, y por fundamentos que exceden a este trabajo, sí se puede hablar de un fin primordial del proceso penal: la averiguación o búsqueda de la verdad.

⁴⁴ Un análisis de dicha crítica se encuentra, con más detalle, en Susan HAACK (2014a, págs. 33-39).

⁴⁵ Sobre este segundo aspecto, véase de manera amplia el análisis de derecho procesal comparado en Mercedes HERRERA GUERRERO (2014, págs. 27-69).

⁴⁶ Una muy sincera conclusión en Susan HAACK (2014a, págs. 45-46).

material y verdad formal o procesal⁴⁷; porque, a partir de la Ilustración y de lo que hemos llamado la adopción de *nuestro* concepto de proceso, no cabe castigar a una persona si no es bajo el principio *veritas, non auctoritas facit iudicium*⁴⁸. Es decir, bajo una concepción cognoscitivista del proceso que dé cuenta tanto del aspecto de conocimiento racional de los hechos como el ejercicio del poder en la decisión que se adopta (pero), a través de una justificación de aquello que se decide como probado en tanto ello se adecue a lo que se corresponde con la realidad. En consecuencia, se adopta una concepción que permite legitimar la imposición de una pena en tanto su fundamento fáctico pretende veracidad⁴⁹.

El argumento que respalda la necesidad de que la fijación de los enunciados de hecho en un proceso penal pretenda predicar verdad respecto de estos, viene constituido por la aplicación del principio de legalidad en la jurisdicción. En efecto, si el silogismo jurídico como esquema general de decisión judicial se haya determinado por la subsunción de un enunciado de hecho concreto como un caso particular del supuesto de hecho descrito como enunciado normativo, a fin de aplicarle la consecuencia jurídica prescrita para éste⁵⁰, dicha actividad sólo puede ser válida si el enunciado de hecho realmente es una de las instancias del caso genérico descrito por la disposición normativa; es decir, si realmente ha tenido lugar en el mundo.

En este sentido, Michele TARUFFO (2018, pág. 17), afirma que “es la verdad de la narración fáctica la que constituye una *condición necesaria* para la aplicación de la norma, es decir, –esencialmente– una condición necesaria para obtener una decisión justa”⁵¹. Lo cual, puede

⁴⁷ Al respecto, en Michele TARUFFO (2011, págs. 23-25); y, se detalla con más precisión el rechazo a la distinción entre tipos de verdades en Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 61-68).

⁴⁸ Sobre el uso y defensa de este aforismo, véase en FERRAJOLI (2011a, págs. 44-45); y, en el mismo sentido, también es adoptado como una premisa ideológica por TARUFFO (2011, págs. 69-70).

⁴⁹ Sobre el problema de la búsqueda de la verdad a través del proceso, en base a una concepción cognoscitivista, véase, entre otros, en FERRAJOLI (2011a, págs. 33-90); Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 45-67); y, Michele TARUFFO (2011, págs. 167-240).

⁵⁰ Una defensa eficaz de la decisión jurídica como silogismo práctico y, consecuentemente, como una clase de justificación deductiva en Neil MACCORMICK (2018, págs. 53-86)

⁵¹ Leyendo la obra de FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Michele TARUFFO (2008a, págs. 386-387), también señala la importancia de esta condición necesaria como garantía jurisdiccional para el proceso –lo cual es un punto común en el trabajo de ambos autores–, en el sentido que “la justificación de la decisión judicial no puede dejar de suponer, como condición necesaria (aunque, obviamente, no suficiente), la determinación

ser visto como una consecuencia de entender a la jurisdicción como una actividad en la que, siguiendo a Luigi FERRAJOLI (2011b, pág. 833), “el juicio es prueba del hecho al que se aplica la norma y conjuntamente interpretación operativa de la norma aplicada al hecho: es prueba del acto al que es aplicada la norma violada (...) si es al propio tiempo interpretación operativa de la norma de la que el acto probado es inobservancia (...); y es interpretación operativa de la norma violada si es al mismo tiempo prueba del acto que de dicha norma es inobservancia (...)”.

En todo caso, la concepción que defiende la búsqueda de la verdad como fin del proceso y principio regulativo del mismo ha sido recibida con aceptación en la doctrina del derecho procesal penal. El proceso penal en sí mismo es un mecanismo, método o instrumento para la averiguación de la verdad⁵²; o, dicho de otra forma, “un sistema de justicia penal es primordialmente un *motor epistémico*, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios” (LAUDAN, 2013, pág. 23). Por lo tanto, no es posible negar que el fin primordial del proceso penal es la averiguación de la verdad sobre un hecho histórico, esto es, de un suceso que ha tenido lugar en el pasado; respecto del cual, posteriormente, se busca determinar su relevancia jurídico-penal, de acuerdo con los métodos de interpretación e imputación del derecho⁵³.

Señalar a la averiguación de la verdad como fin primordial del proceso penal no deja de lado los aspectos normativos que deben ser resueltos en el curso del mismo; primero, porque, como ya se ha sostenido, el mismo principio de legalidad y la aplicación de la norma al caso concreto dependen de que los enunciados de hecho que componen

de la verdad de los hechos sujeto de la controversia: como muchos piensan, ninguna decisión puede ser justa si se funda en una reconstrucción errónea de los hechos”.

⁵² En este sentido, José María ASENSIO MELLADO (2006, pág. 235), refiere, sobre el proceso penal, que “su finalidad principal, como método epistemológico es, evidentemente, el descubrimiento y posterior declaración de la verdad de los hechos para, en su caso, imponer al culpable las sanciones que correspondan y dar la correspondiente satisfacción material a los perjudicados”.

⁵³ Justamente, Julio B. MAIER (1996, pág. 847) reconoce que “el procedimiento penal es, en gran medida, un método regulado jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento”; sin embargo, sostiene también que ello simplifica las operaciones realizadas en el proceso penal, principalmente, dejando de lado los aspectos normativos del mismo.

el caso particular se encuentren verificados; y, segundo, porque la resolución del conflicto social (con relevancia jurídico-penal), de manera “justa” o, mejor dicho, de acuerdo con los principios del debido proceso, también requieren que los hechos objeto del proceso penal sean esclarecidos de la mejor manera posible, aún con las limitaciones epistemológicas e institucionales que puedan existir.

Por último, cabe resaltar la relación entre los fines del proceso penal y de la pena; puesto que, si bien la determinación de estos es conceptualmente independiente –afirmar que el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad no implica, necesariamente, tomar partido por algún fin determinado para la pena–, no es político criminalmente adecuado tratar estos tópicos de manera separada. Principalmente, por la aplicación del principio *nulla poena sine iudicio*, por el cual, “para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso” (ARMENTA DEU, 1995, pág. 445). De lo cual, se sigue que el propio ejercicio del *ius puniendi* depende del proceso penal; y, si bien el ejercicio de este poder no es su fin primordial, es el punto en común con el fin de la pena, a través del cual se buscará legitimar su aplicación.

3. Estructura y diseño del sistema procesal penal peruano

El esquema trazado por el (nuevo) Código Procesal Penal peruano en el diseño del sistema de justicia penal es, como se ha dicho, de influencia mixta; se basa en el principio acusatorio, a fin de distribuir roles específicos a los sujetos procesales; y, tiene como fin primordial averiguar la verdad de los hechos o, mejor dicho, del conjunto de enunciados de hecho que son su objeto. A partir de ello, se pueden observar dos macro-etapas bien definidas: una pre-jurisdiccional, bajo la dirección del Ministerio Público, donde se desarrolla una búsqueda probatoria institucionalizada⁵⁴; y, una jurisdiccional,

⁵⁴ La actividad fiscal y, en específico, los actos de dirección del fiscal en la búsqueda probatoria encuentra su legitimidad en la posibilidad realizar un control constitucional y legal respecto de estos; en esta línea, el Tribunal Constitucional da cuenta (en su sentencia recaída en el Expediente N° 01887-2010-PHC/TC), que “la garantía de este derecho fundamental [el debido proceso] no ha de ser solamente entendida como una propia o exclusiva de los trámites jurisdiccionales, sino también frente a aquellos supuestos *pre-*

bajo la dirección del Poder Judicial, donde se desarrollan las típicas etapas procesales de antejuicio y juicio oral.

La etapa pre-jurisdiccional del proceso penal, la investigación preparatoria, es, a su vez, dividida en dos micro-etapas: la investigación preliminar, en la cual se realizan las diligencias de investigación urgentes e inaplazables ante una noticia criminal; y, la investigación preparatoria formalizada, en la cual se realizan los actos de investigación necesarios para recabar la información probatoria de cargo y de descargo que fundamenten un requerimiento fiscal acusatorio o uno de sobreseimiento del caso, según corresponda. Si se ejerce la acción penal a través de un requerimiento acusatorio, inicia la etapa jurisdiccional, primero, con la fase de antejuicio: la etapa intermedia, donde se realiza un control formal y material del mencionado requerimiento; validado ello, en segundo lugar, inicia la fase principal de todo el proceso penal, el juicio oral, donde el órgano jurisdiccional decidirá sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado.

Este breve resumen del proceso penal peruano arquetípico, realizado a partir de las disposiciones normativas del (Nuevo) Código Procesal Penal, es la base desde donde se estructuran, también, los procesos penales especiales y los simplificados; e, inclusive, aquellos en los cuales se archiva o se sobresee el caso contra un imputado. Teniendo en cuenta esto, entonces, es posible desarrollar las líneas principales que estructuran el sistema procesal penal peruano; las cuales, siguiendo en su mayor parte a César SAN MARTÍN CASTRO (2015, págs. 43-48), son específicamente:

A. El Ministerio Público o Fiscalía tiene el señorío en la persecución del delito y la conducción de la investigación penal, con la participación correspondiente de la Policía Nacional⁵⁵. En dicha investigación se encuentran vigentes los principios de oficialidad y de averiguación de la verdad; lo cual, apunta a que ésta debe ser objetiva y con plena efectividad de las garantías constitucionales. A fin de realizar un control de dicha

jurisdiccionales, es decir, en aquellos casos cuya dirección compete al Ministerio Público, con la finalidad de evitar cualquier acto de arbitrariedad que vulnere o amenace la libertad individual o sus derechos conexos”.

⁵⁵ El inciso 2 del artículo 60 del (Nuevo) Código Procesal Penal, establece que: “(...) 2. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”; lo cual, es desarrollado en detalle en los artículos 60 al 66 del citado texto normativo.

actividad y evitar un dominio incontrolado del investigador, se instituye la figura del juez de garantía o el juez de investigación preparatoria, cuya función es tutelar y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas intervinientes y sometidas a la investigación fiscal⁵⁶.

B. El imputado y su defensa, al igual que la víctima, tienen plenas facultades para conocer de las actuaciones de la investigación, proponer solicitudes de investigación y participar en su ejecución; ello, sin perjuicio de que bajo requisitos específicos se puedan realizar actos de investigación “secretos” o una investigación reservada⁵⁷.

C. Las actuaciones de la investigación preparatoria tienen mero carácter preparatorio del juicio, esto es, no tienen carácter jurisdiccional como actos de prueba. En este sentido, existe una separación sustancial entre la investigación y el juicio; sin perjuicio, de la realización de las denominadas pruebas anticipadas y preconstituidas.

D. Existe una etapa intermedia destinada al control de la investigación y, en específico, del requerimiento fiscal (de acusación o de sobreseimiento). Recién en esta etapa, bajo la dirección del órgano jurisdiccional, se adopta con plenitud el contradictorio y la oralidad en las actuaciones procesales; y, en definitiva, la etapa intermedia constituye un control de antejuicio, en donde se trata de evitar juicios inútiles y se preparan los medios de prueba que se actuarán en juicio oral.

E. En el proceso penal se reconoce la iniciativa probatoria de las partes, con lo que se afirma la imparcialidad judicial. El juez no asume en primera persona la responsabilidad de aportar los elementos de prueba necesarios para dictar sentencia; sino que, son las partes acusadora y acusada quienes ofrecen medios de prueba (obtenidos todos mediante la investigación fiscal), y, una vez admitidos, buscan su actuación en juicio oral, para que sean

⁵⁶ El inciso 2 del artículo 323 del (Nuevo) Código Procesal Penal, en este sentido, estipula: “(...) 2. El Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para: a) autorizar la constitución de las partes; b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y -cuando corresponda- las medidas de protección; c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; d) realizar los actos de prueba anticipada; y, e) controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código”. Además de ello, es relevante mencionar que el juez de investigación preparatoria puede tomar conocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales del imputado, a través de una audiencia de tutela de derechos.

⁵⁷ Al respecto véanse, entre otros, los artículos 67, 324 y 341-A del (Nuevo) Código Procesal Penal.

valorados por el juzgador. Ello, claro está, sin perjuicio de la existencia de la prueba de oficio, la cual no puede sustituir a la iniciativa probatoria de las partes.

F. El juicio oral está a cargo de jueces profesionales; y, por su parte, el fiscal está obligado a perseguir el delito. Como el principio de legalidad determina la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (emisión del requerimiento acusatorio cuando se cumplan los requisitos para ello), éste se encuentra sujeto al control judicial; incluso el retiro de la acusación, por parte del fiscal, se encuentra controlado judicialmente⁵⁸.

G. Se tiene la presencia de un juez profesional que interviene tanto en la *quaestio facti* como en la *quaestio iuris* de cada caso en concreto, debiendo motivar su decisión jurídica en ambos aspectos; y, a su vez, aplicar los principios y las garantías procesales reconocidas constitucional y convencionalmente.

H. Existe una correlación entre la acusación (del fiscal), y la sentencia (del juez); la cual, tiene una dimensión tanto objetiva como una subjetiva⁵⁹. En esta última, se determina una correlación entre la persona acusada y la persona a quien le afecta la sentencia; y, en la primera, existe una correlación respecto del hecho presuntamente delictivo imputado, entendiendo a este como el supuesto de hecho que es posible de ser subsumido en una norma penal y es imputado al acusado.

Esta regulación en la estructuración del proceso penal común reafirma la naturaleza mixta del sistema de justicia penal peruano en general, en la cual,

⁵⁸ Ello viene condicionado también con el criterio objetivo al cual se encuentra sometida la actividad del fiscal, regulado en el inciso 1 del artículo 61 del (Nuevo) Código Procesal Penal: "1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación. (...)"; pero, con mayor relevancia, por la tipificación del delito de Omisión de ejercicio de la acción penal en el artículo 424 del Código Penal, en el sentido que: "El Fiscal que omite ejercitar la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años". Por otro lado, el texto normativo procesal penal citado no es claro sobre la terminología sobre la acción penal, utilizando el término como sinónimo de persecución penal; sin embargo, es necesario destacar que sólo el requerimiento acusatorio puede significar el ejercicio de la acción penal.

⁵⁹ El artículo 397 del (Nuevo) Código Procesal Penal, claramente, establece que: "1. La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado. 2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374. 3. El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación".

si bien ha existido una amplia reforma, no es posible negar que la confluencia de rasgos de distintos sistemas procesales se realiza partiendo de una estructura primaria característica de un sistema del *Civil law*. Ello, puede verse de manera más clara en el tratamiento del recurso de apelación contra las sentencias absolutorias; puesto que, en los sistemas procesales penales con influencia de la tradición del *Common law* “constituye un hecho profundamente inquietante, sino enteramente incivilizado, someter a un acusado a un proceso criminal por segunda vez por el mismo acto” (AMBOS, 2005a, pág. 205).

En estos sistemas procesales, se entiende que apelar una sentencia absolutoria consistiría en llevar a cabo una segunda persecución penal vulnerando el principio *ne bis in idem*, lo que llevaría a concluir que la Fiscalía no debe tener la facultad de impugnar si se quiere evitar este *double jeopardy*. Siguiendo este argumento, el Ministerio Público debería tener sólo una oportunidad para conseguir la condena del acusado; por el contrario, el imputado tiene la garantía procesal del de recurrir la sentencia condenatoria, la cual debe entenderse como una garantía constitucionalmente reconocida por el Estado⁶⁰.

Por el contrario, la estructura de los recursos en el proceso penal peruano parte de que el ejercicio de la acción penal (momento genético del poder acusatorio), y la interposición del recurso de apelación no son en ningún sentido equivalentes; éstas no responden a una misma lógica, en el segundo momento se entiende que la acusación ya está dada y ha sido defendida durante todo el proceso penal; sin embargo, el órgano jurisdiccional no la ha amparado por razones probatorias o normativas; las cuales, a juicio del fiscal (en caso apele), no serían razones suficientes para concluir con una absolución

En similar sentido, el juicio oral tampoco puede ser equiparado con el procedimiento de apelación; mediante este último no se genera un segundo juicio, sino que se realiza un control del primero con muchas más limitaciones (como los principios de prohibición de *reformatio in peius* o de *tantum*

⁶⁰ Este punto de vista es sostenido en Julio B. J. MAIER (1996, págs. 632-639); quien plantea asimilar esta práctica de la tradición del *Common law* a los sistemas procesales penales que tienen una influencia primigenia del *Civil law*, como el peruano.

apellatum quantum devolutum); que, obviamente, implica un “enjuiciamiento” pero limitado a lo que se ha impugnado⁶¹. En este sentido, no existe una renovación de lo que se ha actuado en primera instancia, más bien lo que se busca es observar los errores que se cometieron en ésta y determinar si, observado el error, se debe decidir de manera diferente. En definitiva, la naturaleza del razonamiento judicial a realizar por el órgano de juzgamiento es distinto al que debe realizar el órgano de apelación; por lo que, no habría vulneración alguna al ejercer una potestad impugnativa en estos casos⁶².

En consecuencia, la posibilidad de “continuar” el proceso penal peruano en una etapa impugnatoria constituye un rasgo característico del mismo, el cual es de suma importancia para el control de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de las decisiones judiciales emitidas en el marco del sistema de justicia penal. Asimismo, con todo ello es posible establecer con mayor claridad la distribución de las potestades públicas en el proceso penal peruano; por un lado, el fiscal tiene en exclusividad las potestades de investigar, acusar e impugnar; y, por otro, el juez tiene en exclusividad la potestad de control sobre las actuaciones procesales, de declarar la culpabilidad del acusado y de imponerle una pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias a ello.

TÍTULO II

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1. Teorías o modelos de la prueba

En apartados anteriores se ha hablado del progresivo abandono histórico de los reales procesos inquisitivos y, en consecuencia, de los métodos de búsqueda de pruebas que, comúnmente, ahora se agrupan con la denominación de ordalías. Es evidente que estos avances no resolvieron definitivamente los problemas inherentes a la estructura de los sistemas probatorios en las sociedades occidentales; sino que, los diferentes sistemas procesales atravesaron una difícil transformación en la cual debieron afrontar,

⁶¹ Al respecto, véase en Mercedes HERRERA GUERRERO (2017, págs. 99-105).

⁶² Véase, de manera más amplia, en Sergio Eduardo DÍAZ CHUNGA (2017, págs. 282-289).

desde distintos enfoques, la superación de un sistema de pruebas legales o tasadas por uno de libre convicción del juez, para el conocimiento de los hechos en el derecho procesal⁶³.

De acuerdo con Luigi FERRAJOLI (2011a, pág. 139), “el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la ‘libre convicción’, que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales”.

En efecto, la sustitución de la prueba tasada por el criterio de la íntima convicción del juez llevó a la construcción de sistemas probatorios sin posiciones epistemológicas claras sobre el conocimiento judicial de los hechos⁶⁴; en consecuencia, desde un esquema en extremo legalista se llegó a otro de carácter prácticamente arbitrario. La prueba tasada alegaba ser un sistema que aportaba a la seguridad jurídica en materia probatoria, dejando de lado la racionalidad práctica de la investigación sobre los hechos; pero, la libérrima convicción del juez, al tratar de crear un sistema flexible, termina por acabar con todo rasgo de seguridad jurídica e, inclusive, también de la racionalidad controlable de las decisiones en materia de hechos.

Sobre la resolución de este problema se erigen dos modelos o teorías sobre el conocimiento judicial de los hechos que, en pocas palabras, implican dos enfoques para afrontar el escenario del abandono (hoy en día, acabado), de la prueba legal o tasada. Tal como afirma Michele TARUFFO (2011, pág. 396), “cuando cae (en los límites en que lo hace) el sistema de la prueba legal, éste no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío (...). El ámbito de la libre convicción resulta, entonces, un espacio en el que

⁶³ Sobre el progresivo abandono de los sistemas de prueba legal por los de libre convicción del juez, véase en Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 136-141); y, en Michele TARUFFO (2011, págs. 387-403).

⁶⁴ De esta manera, Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 34), sostiene que “la libre convicción se convirtió en una especie de ‘momento místico’ (...) capaz de suplantarse a las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible”.

circulan fórmulas difundidas, pero de significado cuanto menos incierto”. Entonces, los modelos propuestos tratan, de alguna u otra forma, de llenar dicho vacío desde enfoques epistemológicos distintos y, hasta, excluyentes.

1.1. El modelo decisionista del conocimiento judicial de los hechos

Luigi FERRAJOLI (2011a), sostiene de manera crítica que, en la justicia penal, “el decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social (...), se manifiesta también en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho”; en este sentido, concluye que los modelos decisionistas se basan en epistemologías antigarantistas del derecho.

En esta línea, se pueden agrupar, como defensoras de un modelo decisionista del conocimiento judicial de los hechos, a las teorías que entienden a la prueba (resultado de una actividad de indagación sobre los hechos en un proceso) como una decisión obtenida a través de la convicción subjetiva del juez; implicando, con ello, que el resultado probatorio se encuentra enmarcado en un ámbito de discrecionalidad libre del juzgador, quien al declarar como probados un conjunto de enunciados de hecho estaría efectuando sólo un acto de poder o de decisión propio de la actividad jurisdiccional.

Esta conclusión puede ser deducida, no necesariamente de la ausencia de una posición epistemológica, sino que de la adopción de una epistemología escéptica o relativista; según la cual, por ejemplo, se sostenga que no es posible obtener un conocimiento de los hechos no contaminado en ningún ámbito, debido a que siempre existirá una carga teórica o conceptual desde donde se hará la observación o investigación de los hechos. En un sentido más extremo, se afirmarían que es el

observador quien determina los hechos a través de la formulación de enunciados verdaderos y no al contrario⁶⁵.

En efecto, si no es posible un conocimiento racional de los hechos en un ámbito científico o general, entonces, no tiene sentido buscarlo en un proceso judicial; de esto se seguiría que, en todos los casos, la fijación de los enunciados de hecho en un proceso no es más que una decisión en base a argumentos de mayor o menor convencimiento vertidos por las partes. Entonces, esta posición epistemológica permite defender una concepción de la prueba como persuasión, según la cual lo único que importa en la determinación de los hechos en el proceso son las versiones sobre estos que llevan consigo las partes, pero no lo que *realmente* ocurrió en el pasado.

De esta manera, Jerome FRANK (2016, pág. 281), sostiene que los enunciados de hecho declarados como probados por el juez son sólo conjeturas, pues “los hechos como realmente ocurrieron pasan por un doble filtro, primero por los testigos, y segundo por aquéllos quienes deben ‘encontrar’ dichos hechos. Las reacciones del juez de un juez o del jurado a un testimonio están permeadas de subjetividad. Luego, nos encontramos con subjetividad sobre subjetividad. En definitiva, los hechos ‘encontrados por el tribunal’, y que a la postre son aquéllos declarados como ocurridos y por ende causantes de efectos jurídicos, son subjetivos”⁶⁶.

Siguiendo esta línea de pensamiento, los jueces serían quienes determinan qué son los hechos del caso y, en ningún sentido, el mundo

⁶⁵ Estas teorías han sido desarrolladas a partir de los aportes en epistemología de, entre otros, Thomas S. KUHN (2006, pág. 212), quien afirma que “los cambios de paradigma hacen que los científicos vean de un modo distinto el mundo al que se aplica su investigación. En la medida en que su único acceso a dicho mundo es a través de lo que ven y hacen, podemos estar dispuestos a afirmar que tras una revolución los científicos responden a un mundo distinto”; en consecuencia, sería el paradigma como aparato conceptual previo lo que determina el conocimiento de los hechos y no los hechos lo que determina lo que, en realidad, conocemos. En un sentido similar, véase también en Norwood R. HANSON (1971); y, en Paul FEYERABEND (1992).

⁶⁶ En el mismo sentido, véase de manera más amplia en Jerome FRANK (2009, págs. 108-126), donde el autor llega a sostener: “*No one can know in advance what a judge will believe to be the ‘facts’ of a case. (...) The judge, in arrive at his hunch, does not nicely separate his belief as to the ‘facts’ from his conclusion as to the ‘law’; his general hunch is more integral and composite, and affects his report-both to himself and to the public-concerning the facts. Only a superficial thinker will assume that the facts as they occurred and as they later appear to the judge (and as he reports them) will invariably-or indeed often-correspond. The judge’s decision is determined by a hunch arrived at long after the event on the basis of his reaction to fallible testimony. It is, in every sense of the word, ex post facto.*”

o la realidad. Esta es una posición ampliamente difundida y asimilada al ámbito del *adversarial system* de los sistemas procesales influenciados por la tradición del *Common law*⁶⁷; pues, se entendería que el contradictorio pleno entre partes adversarias sólo tendría como finalidad la resolución de un conflicto, inclusive respecto de la determinación (retórica) sobre las versiones de los hechos vertidas en juicio⁶⁸.

Por otro lado, una posición matizada respecto de la prueba como persuasión, es sostenida por Diego DEI VECCHI (2016, pág. 283), pues “por definición, la persuasión implica algún criterio de corrección. Y como consecuencia de ello, no cualquier cosa, no cualquier causa, podrían llevar a la persuasión del juez, sino tan solo aquellas que fundamenten su juicio de conformidad con ese criterio (...). En este sentido, la convicción producto de la persuasión y la creencia constituyente del conocimiento tienen la misma dirección de ajuste, *i. e.* ambas tienden a adecuarse a la realidad”; aunque, con ello, el autor llegue a cuestionar una concepción de la prueba como conocimiento y negar su factibilidad.

1.2. El modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos

De acuerdo con Luigi FERRAJOLI (2011a, pág. 36), el modelo cognoscitivista de la prueba, prevé un “*principio de estricta jurisdiccionalidad*, que a su vez exige dos condiciones: la *verificabilidad* o *refutabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su *prueba empírica* en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación (...). Para que estos mismos principios resulten satisfechos es necesario además que no sólo la ley, sino también el juicio penal, carezcan de carácter ‘constitutivo’ y tengan

⁶⁷ Al respecto, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 39-40); y, en Michele TARUFFO (2011, págs. 352-357), quien señala que, a pesar de las constataciones históricas, esta posición no llega a tener un dominio total sobre la práctica y la teoría de la prueba en los sistemas procesales del *Common law*. Dentro de la misma, la teoría de la *probabilidad* era planteada e inspirada en una óptica *subjetiva*. Por lo demás, en el Título anterior, se señaló que la búsqueda de la verdad era el fin del proceso penal; y, si bien en los procesos penales adversariales se discutía ello, por cómo estos se encontraban contruidos, de ello se seguía que tales procesos resultaban menos idóneos para alcanzar el fin mencionado, pero no que no se tuviera tal fin.

⁶⁸ En similar sentido, Giulio UBERTIS (2017, págs. 15-18) identifica a esta teoría con la concepción argumentativa de la prueba, la cual “reconocía al juicio sobre el obrar humano una referencia ineludible a las categorías de la verosimilitud, la opinabilidad, la hipoteticidad.

carácter 'recognoscitivo' de las normas y 'cognoscitivo' de los hechos regulados por ellas".

Al respecto, no es posible negar que la prueba (tal como alegan los defensores de la concepción decisionista), en una de sus acepciones, parta de la actividad que realizan las partes para "dar fuerza" a los enunciados que afirman como verdaderos dentro de un proceso; y, estos enunciados irán a fundamentar, o hasta conformar, una hipótesis fáctica que reconstruirá el juez. Pero, debe tenerse en cuenta que esto se realizará a través de un silogismo práctico, que tenga a la prescripción normativa y a la hipótesis fáctica como premisas y, a la decisión misma, como la conclusión de éste; en este sentido, se podrá diferenciar entre dos momentos o cuestiones de una decisión judicial: una normativa (premisa mayor) y otra fáctica (premisa menor).

Sin embargo, de acuerdo con Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 45-46), la "premisa fáctica no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento. Es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir; y esta operación de calificación jurídica de los hechos tiene naturaleza normativa. Ahora bien, esto no desvirtúa el carácter (también) fáctico de la premisa, que se asienta necesariamente sobre hechos: precisamente aquellos que se califican"⁶⁹.

Es decir, la naturaleza de la premisa menor permanece siendo fáctica, puesto que la calificación jurídica sólo otorga la dirección sobre qué hecho debe ser probado y si éste es una clase individual de la clase genérica a la que se refiere una norma jurídica; pero, no prueba que ese hecho sucedió. Por lo tanto, siempre queda la cuestión fáctica de realizar la tarea probatoria: la averiguación y el esclarecimiento de qué es lo que

⁶⁹ Si bien es posible y necesaria la separación entre la verificación de los hechos y la calificación jurídica de los mismos, ello puede resultar problemático; al respecto, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005b, págs. 41-52), donde concluye que "en muchas ocasiones el proceso de prueba no sólo consiste en la verificación de hechos externos, sino en la configuración de una determinada interpretación de los mismos (previa a la calificación). (...). En ocasiones estas interpretaciones pretenden descubrir alguna propiedad del hecho (por ejemplo, si hubo intención o no). Entonces podemos hablar de interpretaciones descriptivas y de una actividad propiamente cognoscitiva, en el sentido que para determinar la presencia o no de tal propiedad debemos 'mirar al mundo'. En otras ocasiones la interpretación pretende la imputación de alguna propiedad (...). En este contexto podemos hablar de interpretaciones adscriptivas".

sucedió, a fin de conformar un enunciado de hecho del cual pueda predicarse verdad o falsedad.

Si siempre es necesaria la prueba de los hechos y no una mera conjetura sobre su veracidad –sólo concentrándose en cuestiones normativas–, entonces, es necesario establecer cómo se podrán conocer estos hechos dentro de un proceso. El modelo cognoscitivista entiende, como respuesta a esto último, que “los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación judicial de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye ‘existencia independiente’” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 49).

De esta manera, el modelo cognoscitivo se encuentra comprometido con algún tipo de realismo u objetivismo respecto de la posibilidad del conocimiento de los hechos. Puesto que, si los enunciados de hecho que se declaran probados en un proceso pretenden ser verdaderos o, dicho de otra manera, si la prueba de los enunciados de hecho tiene como fin descubrir si estos son verdaderos; entonces, con ello se busca reconstruir la realidad pasada, en forma de un esquema de enunciados de hecho que conformaría la premisa menor o fáctica del silogismo práctico judicial, con una dirección del derecho hacia el mundo real.

El escepticismo frente al conocimiento de los hechos, que se vio en el apartado anterior, es el punto de partida para la construcción de una epistemología realista plausible, pues tiene la bondad de recordarnos que siempre utilizamos un aparato conceptual para observar e investigar el mundo real; sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que sea el observador quien crea el mundo al conocerlo. Puesto que, ello nos llevaría a un insostenible solipsismo, es decir, a la aceptación de la idea

de que lo único que existe o de lo que podemos estar seguros de que existe es nosotros mismos y nuestras propias ideas⁷⁰.

En pocas palabras, el escepticismo es contraintuitivo⁷¹; y, si miramos a nuestro alrededor, tenemos contacto con las otras personas y cosas a través de un conocimiento más o menos seguro de cómo es el mundo, pues si falláramos continuamente en ello, no podríamos tener comunicación ni actuar en éste. De esta manera, es necesario adoptar un tipo de realismo compatible o no derrotado por un sentido débil del relativismo conceptual; es decir, que acepté la posibilidad de un conocimiento verdadero sobre los hechos a través de un aparato conceptual previo en el sujeto cognoscente. Una de las teorías mejor desarrolladas al respecto es el *realismo interno* de Hilary PUTNAM, que se caracteriza por compatibilizar realismo y relatividad conceptual⁷².

De acuerdo con el *relativismo interno* de Hilary PUTNAM (1994, págs. 82-87), “hay ‘hechos externos’, y podemos *decir cuáles son*. Lo que no podemos decir –porque no tiene sentido– es que los hechos sean *independientes de todas las elecciones conceptuales*. (...) Podemos y debemos insistir en que algunos hechos están ahí para ser descubiertos y no para ser legislados por nosotros, aunque eso sea algo que hay que decir una vez que se ha adoptado una manera de hablar, un lenguaje, un ‘esquema conceptual’”. En este sentido, existen hechos que pueden ser descubiertos, pero ello debe hacerse mediante algún esquema conceptual (al menos mediante el lenguaje), lo que no implica que los

⁷⁰ Una crítica en este sentido, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 26-27); y, una breve crítica general al solipsismo y a los escepticismos fuertes sobre la existencia del mundo exterior a nosotros (y, de la posibilidad de conocerlo), en John SEARLE (2006, págs. 34-38).

⁷¹ Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005b, págs. 37-41), defiende un objetivismo crítico en epistemología partiendo de un argumento similar; es decir, basándose en que “la intuición de que conocemos parte de la realidad por medio de nuestros sentidos (...) está tan arraigada en nosotros, en nuestra manera de pensar, de actuar, de relacionarnos con los demás, de comunicarnos, de construir nuestras instituciones, etc. que no sería posible imaginar un mundo en que esa tesis [el realismo o el objetivismo] fuera completamente rechazada”. El argumento debe su formulación primigenia a la defensa del libre albedrío, a través de tal intuición, por Peter F. STRAWSON (1995). Para otros puntos de vista, que niegan las consecuencias extremas del escepticismo o el relativismo, véase en Susan HAACK (1997, págs. 134-190); y, en Jürgen HABERMAS (2002a, págs. 9-62).

⁷² En este sentido, Hilary PUTNAM (1994, pág. 61): “El realismo interno es, en el fondo, únicamente la insistencia en que el realismo *no* es incompatible con la relatividad conceptual. Se puede ser *al mismo tiempo* un realista y un relativista conceptual”.

hechos no sean externos y distintos del lenguaje; pues, estos hechos siguen siendo la categoría u objeto existente al cual nos referimos⁷³.

Teniendo esto en cuenta, entonces, podemos afirmar que la prueba en el derecho (y en el proceso), puede ser vista como un caso específico de la prueba empírica en general (vista epistemológicamente); dicho de otra manera, el conocimiento judicial de los hechos es un caso específico del conocimiento de los hechos que se realiza tanto en las ciencias como en la vida diaria⁷⁴. En el marco de un modelo cognoscitivo de la prueba en el derecho, ésta termina siendo una forma contrastación empírica de una hipótesis; pero, no sólo bajo limitaciones epistemológicas, sino que también bajo una serie de limitaciones institucionales reguladas en disposiciones normativas. En efecto, el conocimiento judicial de los hechos es institucionalizado⁷⁵.

En definitiva, mediante la prueba se busca afirmar que unos enunciados fácticos son verdaderos, lo cual significa que los hechos descritos por tales enunciados han tenido lugar. Sin embargo, esta concepción de la prueba no soluciona todos los problemas, siguiendo a Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 49-50), “primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que acreditar. Segundo, porque la verdad de los enunciados ha de ser obtenida siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos (...). Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse a través de unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente) impiden la consecución de este objetivo”.

De esta manera, es necesario contar con un concepto de verdad en el marco del derecho y del proceso; y, una concepción del razonamiento inductivo en relación con la argumentación y el

⁷³ En un sentido similar, véase también en Hilary PUTNAM (1988, págs. 59-82).

⁷⁴ Sin embargo, sobre las diferencias entre la investigación en la ciencia y en el derecho, véase por ejemplo en Susan HAACK (2014b, págs. 78-103). Sobre la prueba en general y la prueba jurídica, en sentido similar al aquí sostenido, véase en Cristian CONTRERAS ROJAS (2015, págs. 27-30).

⁷⁵ Al respecto, véase en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 47-49); en Larry LAUDAN (2013, págs. 21-33); y, en Jordi FERRER BELTRÁN (2007, págs. 29-41).

razonamiento jurídicos. Puesto que, la cognoscibilidad de los hechos a través del proceso, como se decía, permite predicar verdad de los enunciados sobre estos hechos; pero, de ello no se tiene una concepción dada de la verdad, si bien ésta debe encontrarse necesariamente relacionada con la realidad; y, tampoco, se tiene una forma dada de llegar a tal verdad, aunque ya se deba aceptar que ésta tiene que ser probable y nunca radicalmente absoluta. En especial, teniendo en cuenta las limitaciones institucionales a la averiguación de la verdad en el derecho procesal.

En todo caso, debe resaltarse la mayor plausibilidad y legitimidad del modelo cognoscitivista; en el sentido de “un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo (...). Invirtiendo a propósito de la jurisdicción la máxima hobbesiana sobre la legislación, se dirá que *Veritas, non auctoritas facit iudicium*” (2011a, pág. 37). En efecto, tal como anteriormente ya se sostenía, es la verdad y no la imposición autoritativa la que determina la corrección del juicio sobre los hechos en el proceso; lo cual, implica el cumplimiento de los principios de estricta legalidad (en su ámbito procesal), y del debido proceso⁷⁶.

⁷⁶ En el mismo sentido, Michele TARUFFO (2011, pág. 69), sostiene que “no por casualidad, se ha dicho que *veritas, non auctoritas, facit iudicium* para precisar que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicio sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una ‘justicia sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales”. En sentidos similares, Juan Carlos BAYÓN MOHINO (2010, págs. 8-9), asume la concepción cognoscitiva o racional de la prueba, en el sentido que “hoy en día nadie mínimamente informado puede poner en tela de juicio las ideas maestras de una concepción racionalista del juicio de hecho ni sus implicaciones más evidentes para la práctica jurisdiccional (...) todo ello se ha de sostener a la luz de dos ideas auténticamente centrales. La primera, que el proceso se orienta a la búsqueda de la verdad, si bien la naturaleza inductiva de los razonamientos probatorios hace que el resultado de la prueba no garantice la certeza absoluta. La segunda, que, aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al derecho no le interesa sólo la averiguación de la verdad, sino también la consecución de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria”; también, William TWINING (2006, pág. 66), asume la tradición racionalista sobre la prueba, afirmando que: “*It is generally recognized that the administration of justice in modern democratic society requires the ascertainment of truth as an essential means of implementing the law*”; y, véase, también, en Jordi NIEVA FENOLL (2010, págs. 145-149), quien sostiene: “no se aparte nunca al juez de que el objetivo final es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible”.

2. Prueba y verdad en el derecho procesal penal

Teniendo en cuenta la necesidad de la adopción de un modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos, en seguida, se requiere establecer cuál es la concepción de verdad adoptada por tal modelo; y, con ello, indagar sobre cuál es la relación entre prueba y verdad en el marco de los sistemas procesales. Sólo a través de la indagación sobre estos conceptos es posible obtener una teoría cognoscitiva de la prueba capaz de distinguir entre afirmar que un enunciado de hecho esté probado y afirmar que éste mismo enunciado sea verdadero; y, a partir de ello, dar respuesta a las concepciones que ven a la prueba distanciada de toda verdad propiamente dicha⁷⁷.

2.1. Prueba y teorías de la verdad

Si bien hasta ahora se ha aceptado que es posible predicar verdad o falsedad de enunciados de hecho justificadamente, en ámbitos como la ciencia y el proceso judicial, ello no responde inmediatamente la pregunta sobre qué es la verdad. Sin embargo, sí es posible delimitar las teorías de la verdad que pueden pretender ser adoptadas en el marco de una concepción cognoscitiva del conocimiento judicial de los hechos. Principalmente, éstas pueden encontrarse en el grupo de las teorías semánticas de la verdad como correspondencia, la cual hace depender la predicación de la verdad a la correspondencia entre el enunciado y la realidad.

De acuerdo con Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 51), la teoría de la verdad como correspondencia sostiene que la verdad de un enunciado consiste en su adecuación con la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos⁷⁸. Esta teoría asume completamente los postulados del realismo epistemológico, del cual ya se ha hablado en el apartado anterior. Por el contrario, existen

⁷⁷ Sobre las razones alegadas para la negación de la verdad en el proceso, en sentido crítico, véase en Michele TARUFFO (2011, págs. 27-56); y, para una defensa de esta *verifobia*, en Bruno CAVALLONE (2012, págs. 11-52).

⁷⁸ Estas teorías parten de la reconstrucción del concepto de verdad de ARISTÓTELES (2008, págs. 139 [IV, 7, 1011b25]), según el cual "decir del Ser que no es y del No Ser que es, es falso, mientras que decir del Ser que es y del No ser que no es, es verdadero".

dos grupos de teorías de la verdad que, de alguna manera, cuestionan la posibilidad del conocimiento (aunque imperfecto) del mundo real.

Primero, las teorías sintácticas de la verdad como coherencia, según las cuales la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados⁷⁹; y, segundo, las teorías pragmatistas de la verdad, para las cuales la verdad de un enunciado se concibe en términos de aceptabilidad justificada, pues un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin o porque es aceptado⁸⁰. Es necesario desarrollar los alcances de estos dos grupos de teorías en tanto pretendan ser compatibles con algún tipo de realismo mínimo; dejando de lado, como ya se estableció, aquellas concepciones que desembocan en un escepticismo extremo o radical.

Las teorías coherentistas de la verdad ponen como cuestión principal la distinción entre los criterios de verdad y el concepto de verdad; pues, es necesario establecer qué debe cumplir un enunciado para ser verdadero y, luego de ello, indicar qué significa que dicho enunciado sea verdadero. No existe discusión en que la coherencia es un criterio de verdad; es decir, uno de los criterios para establecer que un enunciado sea verdadero es que sea coherente en el marco de otros enunciados verdaderos⁸¹. Sin embargo, de ello no se sigue que la coherencia sea lo que define la verdad; pero, los coherentistas entienden que del criterio de coherencia a la definición de la verdad hay un continuo, lo que implica que la verdad se defina a través del criterio de la coherencia.

⁷⁹ Por ejemplo, Nicholas RESCHER (1997, págs. 496-497), sostenía que “por fortuna para los defensores del coherentismo, es posible demostrar rigurosamente que la verdad equivale a la coherencia ideal (esto es, que la verdad de una proposición equivale de hecho a la coherencia óptima de ésta con una base de datos ideal). (...) si se contempla la coherencia bajo una perspectiva *idealizada* (esto es, como coherencia *óptima* con una base de datos *perfecta*, y no como coherencia aparente con los datos imperfectos de que disponemos de hecho), entonces se pone de manifiesto el vínculo esencial entre la verdad y la coherencia”.

⁸⁰ Por ejemplo, William JAMES (2011 [1909], págs. 9-10), sostenía que “la verdad (...) es una propiedad algunas de nuestras ideas. Significa su acuerdo con la realidad, así como la realidad significa su desacuerdo con ella (...) *las ideas verdaderas son las que podemos asimilar, validar, corroborar y verificar. Las ideas falsas son las que no* (...). [la verdad de una idea] es de hecho un acontecimiento, un proceso, a saber: el propio proceso de verificarse, su *verificación*”.

⁸¹ De acuerdo con Michele TARUFFO (2010, págs. 82-87), pueden existir narraciones procesales coherentes que sean absolutamente falsas; si bien, es preferible que una narración sea buena (coherente) y verdadera, en realidad, una narración es verdadera sólo cuando todos los enunciados relativos a los hechos son verdaderos, esto es, se corresponden con la realidad de los acontecimientos descritos”.

En esta línea, el coherentismo tiene el problema inherente de elevar a estatus de definición a uno de entre varios criterios que permiten afirmar que un enunciado es verdadero. Si se tiene en cuenta sólo lo coherencia entre enunciados de un conjunto cerrado, sin tener en cuenta ningún tipo de contrastación empírica *exterior*, entonces, se podría llegar a afirmar que cualquier relato que sea no contradictorio y coherente tendría que ser verdad, con lo cual se tomarían por verdaderos conjuntos de enunciados que no tienen nada que ver con la realidad. Es decir, llevando a la teoría coherentista a sus últimas consecuencias, se pierde todo anclaje empírico⁸².

Por otro lado, las teorías pragmatistas de la verdad no apelan a un solo criterio o condición de verdad; sino que, obviando la crítica contra el coherentismo, asimilan a (todos) los criterios de verdad con la definición de verdad⁸³. En consecuencia, un enunciado es verdadero si cumple con las condiciones que se exijan para ello; esto es, si se encuentra justificado decir que el enunciado es verdadero, con la cual la verdad es la aceptación justificada de un enunciado. Nuevamente, entonces, con ello se pierde una referencia con el mundo exterior, pues la verdad dependería sólo de las razones o los argumentos que se tienen para aceptar el enunciado como verdadero.

Esto muestra, en todos los casos, que no es posible reducir el significado de la verdad a sus criterios, esto es, a la coherencia de los enunciados ni a la aceptabilidad justificada de los mismos; estos pueden ser condiciones de verdad, pero siempre hay algo más que es necesario para señalar que algo es verdadero. Se necesita una referencia al mundo exterior, aunque ésta se encuentre contaminada con el lenguaje o algún

⁸² Véase en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 52-54); y, en Michele TARUFFO (2008b, págs. 26-28), donde el autor equipara a la teoría coherentista de la verdad con la concepción persuasiva de la prueba, es decir, que esta última concepción asumiría una teoría coherentista en donde sólo importa la coherencia de las narraciones vertidas en un proceso y no su correspondencia con la realidad.

⁸³ En esta línea, por ejemplo, Jürgen HABERMAS (2002b, pág. 238), sostenía que “esto no significa que la coherencia sea suficiente para explicar el significado del concepto de verdad (...). Ciertamente que, dentro del paradigma lingüístico, la verdad de un enunciado ya no puede concebirse como la correspondencia con algo en el mundo, pues entonces tendríamos que poder ‘salirnos del lenguaje’ con el lenguaje (...). Mientras que las afirmaciones bien justificadas pueden acabar mostrándose falsas, entendemos la verdad como una propiedad que los enunciados nunca pueden perder. La coherencia depende de prácticas de justificación que pueden guiarse por un criterio después de otro”. Sin embargo, el autor también afirma que no es posible reducir el significado de la verdad a la coherencia ni a la aseverabilidad justificada, aunque exista una relación intrínseca entre verdad y justificación.

esquema conceptual. En esta línea, se puede afirmar que “entre la multiplicidad de teorías filosóficas sobre la verdad, las más plausibles son, en intento o en efecto, generalizaciones de la intuición aristotélica ‘decir de lo que no es que no es o de lo que es que es, es verdadero” (HAACK, 2012, pág. 574).

Entonces, es posible aceptar un concepto de verdad como el formulado por F. P. RAMSEY –citado por Susan HAACK (2012, pág. 575)–, de acuerdo con el cual “*la creencia que p... es verdadera si y sólo si p; por ejemplo, la creencia que Smith es o un mentiroso o un tonto es verdadera si Smith es un mentiroso o un tonto y no de otro modo*”⁸⁴. Esta noción intuitiva de la verdad es completada por una definición de verdad de acuerdo con una postura epistemológica realista (como la del realismo interno); y, por la formulación de criterios de verdad como modelo de adquisición de conocimiento del mundo real (como el de contrastación empírica). Como consecuencia, un enunciado sobre hechos es verdadero sólo si estos se corresponden con la realidad; pero, claro está, no de manera perfecta, absoluta o ideal.

A partir de ello, siguiendo a Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 62), adoptar esta teoría de la verdad en cuestiones de prueba, resulta conceptualmente adecuado porque el concepto de verdad como correspondencia (...), es el que más se adecua a las instituciones de los hablantes y, por supuesto, también a las de quienes participan de un modo u otro en el procedimiento judicial: cuando en el proceso se pide a un testigo que diga la verdad no se le está pidiendo que diga lo que estima útil o que sea coherente, sino que describa los hechos, tal y como sucedieron”⁸⁵.

⁸⁴ Además, siguiendo a Susan HAACK (2012, pág. 575), “la simple formulación inicial de RAMSEY basta para articular (...): Que aunque hay muchas y variadas proposiciones verdaderas, sólo hay una verdad. Que aunque algunas proposiciones verdaderas versan sobre cosas que dependen de nosotros, la verdad es objetiva. Que aunque algunas proposiciones cobran sentido sólo si se entienden como relativas a un sitio, tiempo, cultura, sistema jurídico, etc., la verdad no es relativa. Que aunque algunas proposiciones verdaderas son vagas, la verdad no es gradual. Que aunque algunas proposiciones sólo son parcialmente verdaderas, la verdad no se descompone en partes”. Véase, en similar sentido, también en Susan HAACK (2016, págs. 312-318).

⁸⁵ En esta línea, resumiendo la concepción racionalista de la prueba, también William TWINING (2006, pág. 78), sostiene: “*The characteristic assumptions of discourse about evidence within the Rationalist Tradition can be succinctly restated as follows: epistemology is cognitivist rather than sceptical; a correspondence theory of truth is generally preferred to a coherence theory of truth; the mode of decision making is seen as ‘rational’, as contrasted with ‘irrational’ modes such as battle, compurgation, or ordeal; the characteristic*

2.2. La relación teleológica entre prueba y verdad

Ahora bien, es necesario determinar qué tipo de relación tiene la verdad (como correspondencia), con el concepto de prueba en el proceso. Puesto que, debe partirse de la idea de que cuando decimos que un enunciado está probado no implica lo mismo que decir, sin más, que éste es verdadero. Entonces, para indagar sobre la relación entre estos dos conceptos a utilizar en el marco de un modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos, previamente es necesario determinar qué hacemos y qué decimos cuando afirmamos “está probado que p ”, donde p es un enunciado sobre los hechos materia de un proceso judicial.

En este sentido, primero, es necesario distinguir entre la fuerza y el sentido de un enunciado. De acuerdo con Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 19-20), “el sentido está relacionado con aquello que se dice al emitir un enunciado; en cambio, la fuerza tiene que ver con aquello que se hace al emitirlo”⁸⁶. Entonces, es necesario determinar qué es lo que un juez dice al emitir el enunciado “está probado que p ” en la construcción de su decisión judicial; y, de igual manera, qué es lo que hace al emitir tal enunciado, en específico, si está describiendo o constituyendo los hechos.

De manera general, es posible afirmar que el enunciado “está probado que p ”, respecto de su fuerza, es un enunciado descriptivo; es decir, mediante la emisión de enunciados como éste, el juez expresa proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia de un determinado hecho en una realidad externa al proceso⁸⁷. Esta caracterización, claramente, deriva de los presupuestos adoptados anteriormente; es decir, de un realismo interno o mínimo respecto de la posibilidad del

mode of reasoning is induction; the pursuit of truth as a means to justice under the law commands a high, but not necessarily an overriding, priority as a social value”.

⁸⁶ Véase, entre otros, en John R. SEARLE (2017a, págs. 37-50).

⁸⁷ En este sentido, principalmente, Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 25-27); y, también, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 68-69), quien sostiene que “los enunciados sobre hechos (...) que después han de ser calificados jurídicamente tienen un status meramente fáctico o descriptivo, de manera que de ellos puede predicarse la verdad, si los hechos que describen han tenido lugar, o falsedad, si los hechos descritos no han sucedido”.

conocimiento de los hechos, incluso a través del proceso, y de un concepto de verdad como correspondencia o adecuación con la realidad.

En efecto, si el enunciado “está probado que *p*” fuera un enunciado constitutivo, entonces, se caería en una concepción decisionista de la prueba; según la cual, el juez es quien establece o constituye cuáles son los hechos a través de su decisión⁸⁸. En consecuencia, los jueces serían quienes establecen los hechos y no la realidad o algo externo al proceso; y, ello, conllevaría a la infalibilidad de las decisiones judiciales en cuestiones de hecho. Puesto que, si el juez constituye los hechos, no es posible predicar verdad o falsedad de los enunciados que emite; por lo tanto, el juez no podría equivocarse sobre cuáles son los hechos del caso.

Sin embargo, esto no contradice que la decisión sobre la cuestión fáctica sea, en todo caso, de acuerdo con Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN (1991, pág. 311), un “*acto revestido de autoridad en el proceso judicial*. El juez no sólo no sólo está autorizado para decidir si un determinado enunciado empírico ha sido probado, sino que tiene el deber de hacerlo y su decisión es *final* en el sentido de que pone fin a la controversia y a la posibilidad de discutir la verdad del enunciado *dentro* del proceso. (¡Pero poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado!)”.

De esta manera, que el enunciado “está probado que *p*” tenga fuerza descriptiva permite distinguir entre la definitividad y la infalibilidad de algunas decisiones sobre cuestiones de hecho. Es decir, algunas decisiones sobre hechos pueden ser definitivas y, por ello, poner fin a la

⁸⁸ Hans KELSEN (1979, págs. 248-249), por ejemplo, sostenía que “la verificación del hecho delictivo es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal. Cuando el orden jurídico enlaza un hecho determinado, como condición de determinada consecuencia, tiene que determinar también el órgano que comprobará la existencia del hecho condicionante en el caso concreto, así como el procedimiento (...). No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico”. Según Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 20-21), si bien KELSEN no define qué quiere decir exactamente con una función constitutiva, es posible atribuirle una defensa a la asignación de fuerza constitutiva al enunciado “está probado que *p*”; sin embargo, Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 41), interpreta los argumentos de KELSEN en el sentido de atribuirle la defensa de una diferencia entre el carácter falible de la decisión judicial sobre hechos y su carácter autoritativo, pues, en todos los casos, ésta puede constituir una decisión final sobre los hechos, sin requerir con ello que el enunciado probado equivalga conceptualmente a la verdad.

discusión sobre si los enunciados de hecho declarados probados refieren a lo que realmente ocurrió; sin embargo, de esto no se sigue que los enunciados de hecho probados sean siempre verdaderos, esto es, que el juez no se haya podido equivocar⁸⁹. La decisión del juzgador puede ser última y definitiva, pero puede ser, a la vez, errónea o falsa.

Si el enunciado “está probado que p ” no significa que p sea, necesariamente, un enunciado verdadero, entonces, debe determinarse cuál es el sentido del primer enunciado. En esta línea, Jordi FERRER BELTRÁN (2005, pág. 35), respecto del sentido del enunciado “está probado que p ”, sostiene que “la prueba de una proposición tiene que ver con los elementos de juicio disponibles como corroboración de la hipótesis sobre los hechos que aquélla expresa (...). Que la proposición p está probada, en este sentido, significa que ese conjunto de elementos de juicio aporta apoyo suficiente para p ”.

En consecuencia, “está probado que p ” no es sinónimo de “es verdad que p ”; sino que, es sinónimo de “hay elementos de juicio suficientes a favor de p ”. Esta concepción de la prueba permite abarcar sus dos ámbitos; por un lado, su caracterización como prueba empírica, en el sentido de que la prueba en el proceso tiene como sustento evidencia e investigación para la averiguación de la verdad; y, por otro lado, que la prueba tiene un contexto institucional, en el cual tiene limitaciones, procedimientos y reglas preestablecidas, en el marco del cual se busca la averiguación de la verdad, pero sometida al respeto de los derechos fundamentales de las personas⁹⁰.

Ahora bien, teniendo en cuenta esto, se puede establecer que entre prueba y verdad no existe una relación conceptual; es decir, la verdad de una proposición p no es una condición necesaria para que el juez pueda declarar que p esté probada. Por el contrario, “la relación existente entre

⁸⁹ Véase, también, en Michele TARUFFO (2010, págs. 219-222); y, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 40-42).

⁹⁰ En este sentido, Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 540-541), sostiene que, en una concepción cognoscitivista de la prueba, “las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una *verdad mínima* en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación”.

prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no se adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera como el objetivo último de la actividad probatoria” (FERRER BELTRÁN , 2005, pág. 56). Es decir, la verdad no es parte de la definición de la prueba, pero sí le da sentido a ésta, pues es su principal objetivo; por lo que, carece de sentido una actividad probatoria sin búsqueda de la verdad⁹¹.

Esto tiene como consecuencia, que la legitimidad de la decisión de dar por probado un enunciado de hecho radique en su *pretensión de veracidad*, en la aplicación del –ya mencionado– principio *veritas non, auctoritas facit iudicium*; de modo que, se deba decidir bajo una concepción cognoscitivista del proceso, que dé cuenta tanto del aspecto de conocimiento racional de los hechos, como del ejercicio del poder en la decisión que se adopta. Pero, a través de una justificación de aquello que se decide como probado, a partir de los elementos de juicio, pretendiendo o buscando que los enunciados probados se adecuen o se correspondan con la realidad.

En este sentido, “el modelo cognoscitivo del proceso penal, (...), confiere, a su vez, un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la *verdad*, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos para cuya adquisición resulta idóneo y que asume en concreto como base de sus pronunciamientos” (FERRAJOLI, 2011a, pág. 542)⁹².

Por otro lado, el entendimiento de una relación teleológica entre verdad y prueba permite la crítica frente a decisiones judiciales finales erróneas, esto es, explica por qué podemos cuestionar las decisiones

⁹¹ En el mismo sentido, también en Jordi FERRER BELTRÁN (2007, págs. 29-32), donde se precisa que el objetivo institucional de la prueba es la verdad; en Carmen VÁZQUEZ ROJAS (2015, págs. 58-70), donde se describen los principales rasgos de una epistemología jurídico-procesal, incluyendo el objetivo institucional de la verdad; y, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2003, págs. 46-47), quien afirma que “el concepto de *verdad* (o de ‘enunciado verdadero’) traduce, en relación con el de prueba (o de ‘enunciado probado’), un *ideal*, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de *poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece* a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido (...), la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter *autorizado, pero falible* de la declaración de hechos de la sentencia”.

⁹² Sobre las relaciones entre verdad y justicia, véase en Michele TARUFFO (2010, págs. 114-140); y, sobre la necesidad de la verdad para una decisión justa, en Giulio UBERTIS (2017, págs. 11-13).

judiciales cuando dan por probados enunciados de hecho que no se adecuan con la realidad, que no son verdaderos. De esta manera, un sistema probatorio tendrá éxito cuanto, en éste, mayor sea la conformidad entre los enunciados “está probado que p ” y “es verdad que p ”; es decir, cuando sea posible afirmar que esté probado y sea verdad que p . Por el contrario, un sistema probatorio será defectuoso cuanto mayor sea la correlación entre los enunciados “está probado que p ” y “no es verdad que p ”⁹³.

2.3. La distinción entre verdad procesal y verdad material

De manera breve, también, es necesario hacer alusión a la consecuencia necesaria de rechazar la distinción entre verdad procesal y verdad material en el derecho probatorio; pues, si se adopta una concepción cognoscitiva de la prueba, en donde la declaración de los enunciados de hecho probados tiene fuerza descriptiva, entonces, carece de sentido seguir aludiendo a una verdad procesal o únicamente interna al proceso. No debe olvidarse que la decisión de que un enunciado está probado implica que el juez se encuentre describiendo hechos que han sucedido en la realidad; y, respecto de tal enunciado se puede predicar verdad o falsedad, de manera probable y aproximativa.

La consecuencia de adoptar una concepción cognoscitivista de la prueba y un concepto de verdad como correspondencia o adecuación a la realidad, entonces, es la de reafirmar que sólo existe una verdad. Una verdad objetiva, aunque imperfecta y nunca absoluta. Desde esta concepción de la verdad, es posible cuestionar y criticar la prueba como resultado, esto es, las declaraciones de enunciados de hecho probados emitidas por un juez; y, con ello, afirmar, por ejemplo, que los enunciados de hecho declarados como probados en un caso, en realidad, no son verdaderos y, por tanto, la decisión judicial es errónea.

⁹³ Justamente, la epistemología jurídico-procesal, parte de una epistemología aplicada, que “es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que le permita generar creencias verdaderas acerca del mundo” (LAUDAN, 2013, pág. 23).

Por el contrario, hablar de una verdad procesal, esto es, la verdad determinada dentro del proceso por el juez, nuevamente, excluye a la realidad de la determinación de la verdad; e, implicaría, que los enunciados probados siempre serían verdaderos *procesalmente*. La necesidad de un parámetro externo al proceso para determinar la corrección de la decisión judicial sobre los hechos es incompatible con la noción de verdad procesal; por lo tanto, es necesario abandonar esta última, a fin de poder mantener la posibilidad de cuestionar las decisiones judiciales sobre hechos, según una única noción de verdad (objetiva, real, material, etc.)⁹⁴.

Por otro lado, es necesario explicar por qué que un enunciado probado es tratado como verdadero dentro de un proceso, sin recurrir a la noción de verdad procesal. Al respecto, Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 90-94), alude a la vinculación entre el enunciado “está probado que p ” y a la aceptación de p por parte del juez, sosteniendo que “si se reconstruye la fórmula ‘Está probado que p ’ de forma que suponga la actitud proposicional del juzgador consistente en aceptar que p , entonces resulta posible seguir preguntando acerca de las razones, la justificación, de esa aceptación (...). La dependencia del contexto propia de la aceptación es, pues (...), particularmente apropiada para dar cuenta de las decisiones judiciales sobre hechos. Ello es así porque permite traducir, en términos de actitud proposicional, una característica importante de los enunciados que declaran hechos probados: su relatividad respecto de los elementos de prueba incorporados en el expediente judicial”.

En definitiva, el enunciado “está probado que p ” emitido por un juez, también, implica la aceptación de p , por su parte, y la posibilidad de su utilización en el razonamiento práctico que conformará la decisión judicial. De esta manera, es posible entender cómo el juez puede estar equivocado, no sólo respecto a que el enunciado fáctico probado es verdadero, cuando no lo es; sino que, también, cuando da por probados

⁹⁴ En este sentido, principalmente, Jordi FERRER BELTRÁN (2005, págs. 61-68); y, también, en Michele TARUFFO (2010, págs. 100-101). Por el contrario, sostienen la viabilidad de mantener la noción de verdad procesal, Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 40-41), y Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 45-51).

enunciados de hecho cuando no estaba justificada tal decisión, de acuerdo con los elementos de prueba. Es decir, el juez también puede errar al aceptar como probado p , cuando dicha aceptación no se encontraba justificada; en consecuencia, la aceptación justificada de p es un criterio necesario para su prueba y, para lograr, el objetivo último de llegar a la verdad como adecuación con la realidad.

3. La naturaleza inductiva del conocimiento judicial de los hechos y los tipos de prueba

Como consecuencia de lo desarrollado hasta ahora, se puede afirmar que la prueba en el derecho procesal es el resultado probatorio de una actividad o procedimiento, que parte de los elementos de juicio, hacia la formulación de enunciados fácticos cuya verificación es racionalmente aceptable; y, en este sentido, la prueba se vincula a la relación entre evidencia (los elementos de prueba) e investigación (el procedimiento probatorio), como conceptos epistemológicos. Esto hace de la prueba en el derecho una instancia de la prueba en general (no sólo en la ciencia, sino que también en la vida diaria y en distintas formas de conocimiento inductivo); que, puede buscar analogías en la historia, como ciencia que busca averiguar y describir los hechos pasados⁹⁵, o en la medicina que, en su aplicación, investiga sobre las posibles enfermedades que tiene un paciente, a través de hipótesis⁹⁶.

Además, debe recordarse que adoptado un realismo interno (o algún otro realismo mínimo o disminuido), como postura epistemológica, se abandona cualquier tipo de fe absoluta en nuestros sentidos o nuestros métodos de conocimiento de los hechos en el mundo. Es decir, la forma en cómo descubrimos el mundo, al estar mediada por un esquema conceptual y, según el caso, por otras formas o instrumentos de conocimiento, no parece poder ser directa o deductiva; “máxime cuando se trata de experiencias mediatas, como sucede en el conocimiento judicial de los hechos o en cualquier conocimiento de hechos pasados. Y es que en estos casos nos enfrentamos

⁹⁵ La analogía entre el juzgador y el historiador es desarrollada, en el marco del estudio de conocimiento judicial de hechos como discurso “ideográfico”, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 105-107).

⁹⁶ La analogía entre el juzgador y el médico, que toma decisiones clínicas, es desarrollada en Jordi FERRER BELTRÁN (2007, págs. 49-52).

con un problema adicional (...): el del *status* epistemológico del conocimiento inductivo, que no va más allá de la simple probabilidad” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 27).

En efecto, el juez de los hechos, normalmente, va a tratar de descubrir o conocer hechos que han ocurrido en el pasado; y, en consecuencia, no puede obtener información de estos si no es a través de la actuación de los elementos de prueba. Pero, se encontraría en una situación similar, cuando trate de conocer los hechos –piénsese en los casos de inspecciones judiciales o intervenciones en flagrancia delictiva–, de manera inmediata al momento de su ocurrencia; pues, su propia forma de descubrirlos ya se encuentra mediada por sus sentidos y por el conjunto de creencias previas desde las cuales reconstruirá el suceso. Si nos tomamos en serio las objeciones del escepticismo, no se puede caer en la ingenuidad de creer en la obtención de un conocimiento puro, directo o no mediado⁹⁷.

De esta manera, de acuerdo con Marina GASCÓN ABELLÁN (2014a, págs. 150-151), la caracterización más correcta “del razonamiento probatorio es la que entiende que éste constituye una forma de inducción; o más exactamente, una *inducción probabilística* o *en sentido amplio*, o *explicación probabilística* en terminología de Hempel⁹⁸. A diferencia de la deducción, la inducción probabilística es un tipo de inferencia en el que las reglas generales de las que se parte (que son el resultado de una inducción ampliativa) no son universales sino sólo probabilísticas, y por consiguiente no garantizan [no aseguran] la verdad del resultado sino sólo su probabilidad”⁹⁹.

En este sentido, el conocimiento judicial de los hechos se caracteriza por la reconstrucción de enunciados de hecho (a probar), a través de inferencias

⁹⁷ Esta afirmación, también, es parte de adoptar un objetivismo crítico, en el sentido afirmado por Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005b, pág. 39): “Los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial. Pero como nuestras capacidades y limitaciones de percepción son compartidas, son características de nuestra especie, podemos convertir ese defecto en virtud y hablar, no de subjetividad, sino de intersubjetividad”.

⁹⁸ Véase en Carl G. HEMPEL (1973, págs. 91-106; 1979, págs. 375-387).

⁹⁹ En este sentido, también Michele TARUFFO (2011, págs. 225-240; 2010, págs. 106-108), siendo relevante la distinción que hace, en la segunda cita, entre los conceptos de verdad y probabilidad; pues, “la verdad de un enunciado depende de la realidad del acontecimiento al que el enunciado se refiere. En cambio, un enunciado es probable si se dispone de informaciones que justifican considerarlo verdadero. En síntesis, la probabilidad es función de la justificación que se atribuye a un enunciado, sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles”. También, Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, pág. 37), afirma que “en una inducción siempre hay un ‘salto’ de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera”.

que se realizan partiendo de otros enunciados probatorios. Por ejemplo, la actuación de testigos en un juicio oral implica la construcción de enunciados probatorios del tipo “A, B y C afirmaron ver que X mató a Y”; y, si no se tienen motivos para restar credibilidad a las afirmaciones de A, B y C, entonces, se tienen razones para declarar probado el enunciado “X mató a Y”; pero, del primer enunciado probatorio no se sigue, necesariamente, la verificación del segundo enunciado¹⁰⁰.

Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, pág. 35), traza un esquema que estructura una imagen prácticamente completa de cómo podría configurarse la inferencia probatoria, estableciendo que “los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia y las presunciones que autorizan a los jueces a pasar de las razones a la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía”.

Es posible afirmar que en todo proceso no puede haber un enunciado de hecho a probar sin, al menos, un enunciado probatorio con su respectiva garantía (*warrant*¹⁰¹); en consecuencia, la denominada prueba indirecta –de la cual se hablará más adelante–, constituye el arquetipo de la prueba en el proceso. Entonces, el conocimiento judicial de los hechos tiene marcada naturaleza inductiva, haciendo referencia a la inducción en sentido amplio; es decir, como se decía anteriormente, al tipo de razonamiento en el cual las premisas (aun siendo verdaderas), no ofrecen argumentos para afirmar concluyentemente que la conclusión es verdadera. Reduccionistamente, se puede decir que la inducción, en este sentido, se sostiene en una falacia de generalización racionalmente justificada.

Por otro lado, se discute si la lógica del descubrimiento para la prueba recae no en el razonamiento inductivo, sino que en el razonamiento

¹⁰⁰ En esta línea, véase en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 92-93), recalcando que en este tipo de casos será necesario, además, acreditar que los testigos no mienten, no sufrieron algún tipo de error de percepción o presentan algún tipo de reducción o defecto en la memoria.

¹⁰¹ Al respecto, es valioso el concepto de garantía, aval o *warrant* para entender la probabilidad inductiva; pues, permite utilizar un concepto de probabilidad no matemático. Según Susan HAACK (2013, págs. 65-66), el cálculo matemático de probabilidades está perfectamente en su lugar, pero ese lugar tiene límites. En particular, el cálculo matemático no puede ser la columna vertebral de una teoría epistemológica seria, dado que no arroja luz sobre el concepto crucial que Russell llama ‘credibilidad racional’ y yo ‘aval’. Véase, también, en Michele TARUFFO (2010, págs. 234-237); y, en Bertrand RUSSELL (1940, págs. 384-410).

abductivo¹⁰². Sin embargo, “para dar cuenta del procedimiento de prueba indirecta tanto da que se hable de inducción o de abducción, pues el razonamiento que se sigue en ambos casos es sustancialmente el mismo: partir de pruebas (o, más propiamente, enunciados probatorios) y de ciertas regularidades causales (a menos simples máximas de la experiencia) se reconstruye una hipótesis sobre los hechos que explique esas pruebas mejor que cualquier otra hipótesis” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 104).

Ahora bien, esto no quiere decir que el conocimiento judicial de los hechos no tenga por objetivo institucional y último la averiguación de la verdad; por el contrario, los conceptos de inducción y probabilidad en el razonamiento probatorio permiten entender que, tanto en el ámbito general del conocimiento como en el derecho procesal, no es posible hablar de verdad como certeza absoluta. Se reafirma, entonces, que el conocimiento de los hechos y la obtención de la verdad es posible, pero delimitando al concepto de verdad en el sentido que sólo podemos pretender alcanzarlo de manera aproximativa¹⁰³.

Esto tiene consecuencias importantes para la determinación de cuándo un enunciado de hecho está probado; puesto que, si no tiene sentido hablar de certeza en sentido estricto, entonces, es posible entender mejor cómo la declaración, como probados, de enunciados de hecho no depende de una incuestionable seguridad sobre las hipótesis que contienen¹⁰⁴. En lugar de ello, es necesario contar con estándares de prueba objetivos que deben ser alcanzados, a fin de cumplir con garantías tanto epistemológicas como institucionales (entiéndase, también, el cumplimiento de la pretensión de verdad y el respeto de la presunción de inocencia).

¹⁰² Sostiene ello, por ejemplo, Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ (2014, págs. 163-187).

¹⁰³ De esta manera, Juan Carlos BAYÓN MOHINO (2010, pág. 17), sostiene que “nadie discute seriamente que el razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva, que eso implica que a través de él no puede alcanzarse la certeza absoluta acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanza tras el proceso de valoración de la prueba sólo puede expresarse en términos de probabilidad”; y, Michele TARUFFO (2008b, pág. 26), señala que “en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa”.

¹⁰⁴ En esta línea, Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 104), sostiene que si la hipótesis explicativa de los hechos tiene carácter de probabilidad. Muy simplemente, la declaración de hechos probados no es infalible. En sentido estricto lo más que puede decirse es que la prueba indirecta concluye con la construcción de un *supuesto*, es decir, de ‘un enunciado que consideramos verdadero aun cuando no sabemos si lo es o no’”.

3.1. Prueba directa y prueba indirecta

Si el conocimiento judicial de los hechos es de naturaleza inductiva y, por tanto, la prueba arquetípicamente es indirecta; entonces, cabe replantearse si la distinción entre prueba directa y prueba indirecta continúa siendo relevante para el derecho procesal¹⁰⁵. De acuerdo con Michele TARUFFO (2008b, pág. 60), “el elemento esencial de esta distinción es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba. Cuando los dos enunciados (...) tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas, puesto que atañen directamente a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de prueba. Cuando, por el contrario, los medios de prueba versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante, entonces, las pruebas son indirectas o circunstanciales”.

Es decir, cuando el enunciado fáctico a probar y el enunciado probatorio, hacen referencia al mismo hecho, entonces se puede hablar de prueba directa; y, cuando el enunciado probatorio haga referencia a hechos distintos a los que, por su parte, hace referencia el enunciado fáctico a probar, se puede hablar de prueba indirecta. Entonces, la relación directa o indirecta a la que refiere esta distinción, tomada en el sentido señalado, no contradice la naturaleza inductiva del conocimiento judicial¹⁰⁶; pues, la distinción sólo sería de un grado cuantitativo sobre la cercanía de los enunciados probatorios a la probanza de un enunciado sobre los hechos principales materia del proceso¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Esta es la distinción más importante entre tipos de prueba y, tal vez, la única que tenga relevancia epistemológica; para una tipología completa de las pruebas (en sus distintas acepciones), véase en Michele TARUFFO (2011, págs. 451-468); y, también, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 76-88).

¹⁰⁶ Por el contrario, si la distinción se funda en el carácter mediato o inmediato de del conocimiento de los hechos, entonces, toda la prueba es prueba indirecta y, en consecuencia, la distinción pierde sentido; véase en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 79-80). En efecto, como ya se ha establecido, el conocimiento de los hechos, a través de prueba empírica, siempre resulta mediado o indirecto.

¹⁰⁷ En este sentido, Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, pág. 45), sostiene que “la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de experiencia. Por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez [de la inferencia probatoria] rigen tanto para la prueba directa como para la indirecta”.

Entonces, también, en la prueba directa se debe hacer una inferencia desde un enunciado probatorio hacia un enunciado a probar; pero, su característica específica es una mayor cercanía y, por tanto, menos pasos inferenciales, para llegar al enunciado a probar, en tanto que ambos enunciados hacen referencia a los mismos hechos. En cambio, en la prueba indirecta se construye la inferencia a través de enunciados probatorios que hacen referencia a hechos secundarios; desde los cuales, se realizará un “salto” para confirmar la hipótesis que conforma el enunciado de hecho a probar.

En este sentido, “el criterio en el que se asienta la distinción es, pues, la diferente estructura de los procedimientos probatorios, en cuanto procedimiento de verificación de los enunciados fácticos” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 84). Esta distinción, de acuerdo con los criterios señalados, permite realizar una evaluación de los procedimientos probatorio en relación con el número y la calidad de las inferencias realizadas para llegar a dar por confirmada, en un grado determinado, una hipótesis dentro de un proceso judicial, por parte del juez; pues, justamente, a mayor número de pasos inferenciales, mayor deben ser las precauciones para verificar si se ha realizado un razonamiento válido¹⁰⁸.

En esta línea, se puede explicar por qué, en principio (aunque injustificadamente), se confía más en la prueba directa que en la prueba indirecta; puesto que, si se han necesitado menos pasos inferenciales para llegar a la conclusión probatoria, entonces, mayor solidez tendrá el razonamiento en concreto. Sin embargo, esto no quiere decir que no podamos confiar en la prueba indirecta; por el contrario, dando cuenta que, en el mayor de los casos, el razonamiento sobre los hechos deberá realizarse como una prueba indirecta, el “problema” del mayor número de pasos inferenciales puede ser y es contrarrestado con criterios de solidez

¹⁰⁸ En este punto, además, debe tenerse claro el concepto de inferencia, en base al de inducción. Según Irving M. COPI & Carl COHEN (2013, págs. 7-16), “la inferencia es el proceso que puede ligar a un conjunto de proposiciones. Algunas inferencias son justificadas o correctas, otras no. Para determinar si una inferencia es correcta o no, el lógico examina las proposiciones con las que inicia y termina el proceso y las relaciones entre estas proposiciones. Este conjunto proposiciones constituye un *argumento*. Los argumentos son el principal objeto de estudio de la lógica”; y, “un *argumento inductivo* es aquel que establece que su conclusión se sigue de las premisas sólo con cierta probabilidad, esta probabilidad es cuestión de grado y depende de cualquier otra cosa que sea el caso”.

de la inferencia probatoria, que permiten justificar la conclusión del razonamiento¹⁰⁹.

No se debe sobrevalorar la prueba directa ni infravalorar la prueba indirecta; pues, en todos los casos, la corrección del razonamiento no dependerá *a priori* del tipo de prueba que se pueda utilizar, sino que del mayor o menor grado de justificación o de corroboración que se logre, a través de cualquiera de los dos tipos de prueba, teniendo en cuenta que mediante ambos no se podrá llegar nunca a una verdad indiscutible, pero sí a una verdad imperfecta y, a la vez, objetiva¹¹⁰. Para lograr ello, será necesario junto con los criterios de solidez de la inferencia probatoria o de la contrastación empírica de la hipótesis, reglas epistemológicas o garantías de verdad que tengan vigencia en un sistema procesal.

De esta manera, Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 104), señala las siguientes reglas epistemológicas: “i) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta. ii) Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse. iii) Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados. iv) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y por lo tanto debería ser admitida. v) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad). vii) Si a la vista de nuevas pruebas pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de un enunciado, debe hacerse”.

Por último, resulta necesario aludir a los criterios de contrastación de la hipótesis (enunciado de hecho a probar), en el proceso. Siguiendo a Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, págs. 43-45), para dar por probado una hipótesis, ya sea mediante prueba directa o prueba indirecta, ésta

¹⁰⁹ Sobre los criterios de solidez de la inferencia probatoria, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, págs. 41-45); y, respecto de los criterios de credibilidad de los medios de prueba, en específico, véase en Terence ANDERSON, David SCHUM & William TWINING (2015, págs. 93-107).

¹¹⁰ En todos los casos, dada la forma en que se verifican los enunciados de hecho a probar, tiene vigencia lo afirmado por Bertrand RUSSELL (1940, pág. 399): “*Factual premisses may not be certain, but there is nothing more certain by which they can be shown to be false*”.

debe cumplir con los requisitos de: i) No refutación; ii) Confirmación de las hipótesis derivadas de la hipótesis principal; iii) Eliminación de las hipótesis alternativas relevantes; iv) La coherencia de la hipótesis en su marco interno y externo; y, v) La simplicidad respecto del número de presuposiciones utilizadas¹¹¹.

3.2. Prueba indirecta y prueba indiciaria en el proceso penal

La prueba indiciaria o prueba por indicios, comúnmente, constituye la forma aplicativa de la prueba indirecta en el proceso penal¹¹². Como ya se ha establecido, es razonable requerir una mayor rigurosidad del razonamiento mediante prueba indirecta, pues al existir mayor número de pasos inferenciales se tiene mayor riesgo de errar en la conclusión; normalmente, en el proceso penal, a la prueba indiciaria se le exige el cumplimiento de requisitos preestablecidos normativamente. Sin embargo, de esto no se sigue que los requisitos o exigencias a la prueba indiciaria deban ser excesivos o invadan el espacio necesario para la libre valoración probatoria.

La positivización de los criterios de valoración en la prueba indiciaria puede resultar problemático; por ejemplo, cuando se alega que por el no cumplimiento de un requisito preestablecido (epistemológicamente no sustancial), la prueba indiciaria ya no puede

¹¹¹ Véanse metodologías de la corroboración de la hipótesis, entre otros, también, en Jordi FERRER BELTRÁN (2007, págs. 126-138); en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 154-167); y, en Michele TARUFFO (2010, págs. 232-240). Sobre los distintos esquemas inferenciales en el razonamiento probatorio, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, págs. 35-36) y, en Terence ANDERSON, David SCHUM & William TWINING (2015, págs. 127-151).

¹¹² Esto no quiere decir que la prueba por indicios no sea –y, menos, que no pueda ser–, de aplicación en el proceso civil; sino que, tradicionalmente, la prueba indiciaria tiene un lugar ganado dentro de la doctrina y la legislación sobre el proceso penal. Por ejemplo, el Código Procesal Penal peruano regula expresamente la prueba por indicios en su artículo 158 –véase el marco normativo del presente trabajo–; en cambio, el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil peruano, en el marco de los *sucedáneos* de los medios probatorios, en su artículo 276 sólo establece que el indicio es “el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”. En la doctrina procesal penal, Miguel FENECH (1960, pág. 605), por ejemplo, sostiene que “la trascendencia de la prueba de indicios en el proceso penal, conocida en el Derecho anglosajón como prueba circunstancial, resulta evidente si se tiene en cuenta que, en multitud de casos, es la que determina el contenido de la sentencia condenatoria, ya que fuera de los casos de aprehensión en flagrante delito, o en otros en que directamente pueda probarse el hecho que se reputa punible, los actos de prueba tienen como objeto circunstancias fácticas que no son más que indicios por los que puede llegar a tenerse como probado aquel hecho y la persona de su autor (...). La llamada prueba indirecta por indicios es la más frecuentemente utilizada en el proceso que ahora nos ocupa, ya que la prueba directa puede utilizarse rara vez para convencer al juzgador de la verdad de la comisión de un hecho punible.”

alcanzar el grado de confirmación suficiente para declarar por probada una hipótesis. Esto no deja espacio para poder moldear las exigencias a la prueba (ya sea directa o indirecta), en el marco del establecimiento de criterios racionales de valoración; por lo tanto, debe preferirse la no positivización rigurosa de criterios ni de límites innecesarios, como requisitos formales o exigencias que caigan el prejuicio de entender a la prueba indiciara como una prueba secundaria o de menor valor¹¹³.

Debe recordarse que, en muchos casos, los enunciados de hecho no sólo no podrán probarse mediante prueba directa; sino que, la utilización de la prueba indirecta será más eficaz para llegar al grado de confirmación de la hipótesis requerido, que el uso de la prueba directa. En efecto, menos pasos inferenciales en el razonamiento, tampoco, implican necesariamente un mayor grado de solidez; pues, ello constituye uno entre varios criterios para determinar la solidez del razonamiento inductivo. Contar con un conjunto coherente de enunciados de hecho indiciarios desde los cuales se pueda justificar una hipótesis resulta más satisfactorio que contar con enunciados probatorios directos, pero cuya fuente de prueba dependa de testigos sin credibilidad¹¹⁴.

Entonces, tanto en la prueba directa como en la prueba indiciaria, “el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos (...), un modelo cognoscitivista lleva implícita la exigencia de suministrar reglas o criterios ‘científicos’ de valoración de la prueba, o sea, *reglas o criterios racionales* de la verdad de los hechos de la causa” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 144). La prueba indiciaria, entonces, (en sentido estricto) no tiene más criterios o exigencias que la prueba directa; sino que, su procedimiento probatorio tenderá a ser más

¹¹³ Juan IGARTUA SALAVERRÍA (2009, pág. 499), va más lejos, y sostiene que “el hecho de que la doctrina jurisprudencial (...) haya levantado exclusivamente en derredor de la prueba indiciaria una lista de condiciones a cumplir (quebrando así la unidad de trato –el de la libre valoración– que debiera dispensarse tanto a las pruebas directas como indirectas), es síntoma que aún pervive la ancestral reserva con la que se acogía todo lo emparentado con indicios”.

¹¹⁴ En la doctrina procesal penal peruana, aceptan estas tesis, por ejemplo, César SAN MARTÍN CASTRO (2015, págs. 598-601); y, Mercedes HERRERA GUERRERO (2009, págs. 142-143). En sentido contrario y, en contra de lo hasta aquí desarrollado, Percy GARCÍA CAVERO (2010, págs. 43-44), mantiene a la prueba indiciaria en un estatus de subsidiariedad frente a la prueba directa.

exhaustivo o riguroso, por la necesidad de validar un mayor número de inferencias a realizar, pero no más.

En este sentido, las exigencias que normativa o jurisprudencialmente se le requieren a la prueba indiciaria, normalmente, son criterios de valoración que son de aplicabilidad necesaria tanto a la prueba directa como a la prueba indirecta¹¹⁵. Por ejemplo¹¹⁶, *primero*, la pluralidad de enunciados de hechos indiciarios es un requisito derivado del criterio de completitud en la conformación de los elementos de prueba que se utilizarán en la valoración probatoria; es decir, mientras más completo sea el material probatorio por utilizar, mayor será la fiabilidad en las conclusiones del razonamiento inductivo¹¹⁷.

Pero, esto no debe ser entendido sólo respecto de la cantidad de los medios de prueba obtenidos, sino que también a la calidad y relevancia de estos, respecto del enunciado de hecho a probar. En efecto, “las distintas pruebas o elementos de juicio deben cumplir una función corroboradora de los diversos aspectos que integran la hipótesis fáctica que se pretenda probar. Por ello, se puede decir (...), que la hipótesis no resultará finalmente probada si falta la prueba de alguno de sus elementos integrantes” (2007, pág. 86). De esta manera, *segundo*, se deriva la exigencia de que el enunciado de hecho indiciario se encuentre, también, corroborado; lo cual, es extensible a todo enunciado probatorio que, mediante prueba directa o indirecta, servirá para corroborar la hipótesis principal¹¹⁸.

¹¹⁵ En esta línea, Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003b, pág. 44), sostiene que “los requisitos, establecidos jurisprudencialmente [para la prueba indiciaria], vienen a coincidir o aproximarse (como no podía ser menos) a algunos de los que he señalado como criterios de solidez de la inferencia probatoria. Así, se exige que los indicios estén plenamente acreditados (*fiabilidad*), que concurra una pluralidad de indicios (*cantidad*), que tengan relación con el hecho criminal y su agente (*pertinencia*), que tengan armonía o concordancia (*coherencia*), que el enlace entre los indicios y los hechos constitutivos del delito se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia (*garantía bien fundada*), de manera que se eliminen posibilidades alternativas (*eliminación de hipótesis alternativas*), que no existan contraindicios (*no refutación*), etc.”

¹¹⁶ Siguiendo los requisitos del ya mencionado artículo 158 del Código Procesal Penal peruano y los que se recogen en la jurisprudencia española de acuerdo con, en este último punto, Juan IGUARTUA SALAVERRÍA (2009, págs. 499-507).

¹¹⁷ De esta manera, el principio de relevancia constituye un pilar en la valoración probatoria, es decir, la regla general por la cual todos los medios de prueba relevantes respecto del enunciado de hecho a probar deben ser tomados en cuenta en la valoración probatoria; véase, en Jordi FERRER BELTRÁN (2007, págs. 68-86); y, en Larry LAUDAN (2013, págs. 174-183).

¹¹⁸ En este sentido, la prueba indiciaria es una actividad que tiene como materia prima a un conjunto de indicios que son valorados conjuntamente y puestos a prueba por un razonamiento argumentativo riguroso; de tal manera que, de éste se pueda predicar la verdad o falsedad del enunciado fáctico a probar.

Tercero, que la prueba indiciaria deba basarse en las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, sólo hace explícito que todo enunciado probatorio, ya sea uno con relación directa con el enunciado fáctico a probar o un enunciado de hecho indiciario, debe estar respaldado por una garantía, aval o *warrant*. En esta línea, la aplicación (y, por tanto, construcción), de máximas de la experiencia en la doctrina y en la jurisprudencia, a través de casos tipo y estudios de casos individuales, es indispensable para poder implementar una forma más segura y creíble de garantizar la fiabilidad de los elementos de juicio aportados como indicios o como medios de prueba “directos”.

Y, *cuarto*, si bien se rechazó el concepto de verdad como coherencia, anteriormente se señaló que la coherencia sí era un criterio de verdad; y, por ello mismo, también es un criterio para determinar la solidez del razonamiento probatorio. Por lo tanto, en la prueba indiciaria se exige que los enunciados de hecho indiciarios son coherentes entre sí y entre estos y el enunciado de hecho a probar; en otra terminología, se exige que los “indicios sean concordantes y convergentes”. Pero, nuevamente, esto debe exigirse tanto en la prueba directa como en la prueba indirecta; puesto que, en ambos casos, se quiere que entre los enunciados probatorios y el enunciado de hecho a probar se debe mantener la coherencia y la no contradicción¹¹⁹.

En definitiva, la prueba indiciaria y los indicios deben ser tomados en serio; puesto que, “en mayor o menor grado todas las pruebas son ‘indiciarias’ pese a que se restrinja ese calificativo para designar a las pruebas ‘indirectas’ (que, ciertamente, lo son y por partida doble: sirven de indicio para probar un hecho secundario, y el hecho secundario se erige después para probar el hecho principal)” (IGARTUA SALAVERRÍA, 2009, pág. 495). En consecuencia, ya no tienen sentido algunos problemas, como el de si la prueba indiciaria es compatible con la presunción de inocencia, no hay otra respuesta posible más que sí.

¹¹⁹ Véase, ampliamente, sobre la aplicación de estos criterios en una teoría epistemológica que utiliza el criterio de coherencia en conjunción con los de fundamentación empírica (en base a la experiencia), para poder obtener determinados grados de justificación de una hipótesis, en Susan HAACK (1997, págs. 105-133).

4. Estándares de prueba objetivos para el proceso penal

Los estudios –más o menos–, recientes sobre el estándar de prueba (el parámetro establecido sobre cuándo dar por probado un enunciado de hecho), han dado cuenta de la necesidad de reconfigurar la formulación del mismo, dejando de lado sus construcciones subjetivistas, en favor de una objetivación del estándar¹²⁰; es decir, se sostiene que el estándar de prueba ya no puede equiparse, sin más, a un estado mental o psicológico del juzgador, en el sentido que este debe dar por probado los enunciados de hecho en cuestión cuando tenga una íntima convicción de que, por ejemplo, los agentes sí han cometido el delito en concreto y, por ello, les condene.

Por el contrario, el estándar de prueba objetivo funciona de manera que el juzgador alcance la convicción racional (como actitud proposicional, esto es, la aceptación justificada de la hipótesis), sobre su decisión sólo después de que, dados los elementos de prueba existentes, se ha dado por satisfecho este estándar de prueba. Y, esto último se da cuando existe un vínculo inferencial entre la valoración de los elementos o medios de prueba y los enunciados de hecho en tanto hipótesis a probar; del modo que sea ésta –la hipótesis–, la explicación a la existencia de los medios de prueba, en contra de su tesis negativa u otras tesis alternativas¹²¹.

Es prácticamente obvio que en el transcurso de un proceso penal se deben tomar una serie de decisiones y que, en éstas, consecuentemente, los operadores jurídicos deben dar por acreditados enunciados de hecho, justificando estas decisiones en tanto cuestiones fácticas¹²². Sin embargo, éstas pueden ser tan disimiles entre sí, como se da en el contraste entre la decisión de dar por probado o no una hipótesis condenatoria y, por ejemplo,

¹²⁰ Véanse los trabajos publicados en la sección “Racionalidad y estándares de prueba” de la edición número 28 de la revista “Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho”, especialmente: Larry LAUDAN (2005, págs. 95-113), y Marina GASCÓN ABELLÁN (2005, págs. 127-139); pues, en ambos trabajos se argumenta en favor de la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos.

¹²¹ Sobre estas posiciones véase, entre otros, en Larry LAUDAN (2013, págs. 103-136). Al respecto, es relevante la pregunta que se hace Jordi FERRER BELTRÁN (2016, pág. 235): “¿es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal que no sea dependiente de las creencias subjetivas del juzgador, resulte por ello controlable intersubjetivamente e incorpore en una versión no subjetivista el principio *in dubio pro reo*?”; resumiendo lo que se quiere de un estándar de prueba objetivo en materia penal y, luego, dando una respuesta afirmativa a la pregunta.

¹²² En este sentido, Larry LAUDAN (2013, págs. 133-135); Jordi FERRER BELTRÁN (2016, págs. 218-223); y, Terence ANDERSON, David SCHUM & William TWINING (2015, págs. 284-285).

la de determinar si existen suficientes indicios para formalizar una investigación preparatoria (en un proceso penal peruano). Las diferencias, normalmente, se dan en que: (i) los errores que pueden devenir de las decisiones son distintos, (ii) los costos de los errores son radicalmente diferentes, y (iii) la distribución de los errores, en tanto (i) y (ii), no pueden ser iguales.

Los errores que deben distribuirse pueden ser, en la decisión final del proceso penal, la condena de un inocente o la absolución de un culpable (materialmente hablando), los cuales conllevan un gran daño social si ocurren, especialmente, en el caso de la condena del inocente que, de una u otra manera, se prefiere evitar al costo de absolver culpables¹²³. En cambio, en las decisiones no finales, se pueden cometer errores como el de, por ejemplo, someter a prisión preventiva a una persona que, en realidad, no presentaba suficientes y graves elementos de convicción sobre el hecho que se le imputa o sobre la peligrosidad de su fuga; o, al contrario, de no someter a una persona a prisión preventiva, a una persona que se fugará u obstaculizará la realización normal del proceso penal.

También es posible la existencia de estándares de prueba según el contenido de la decisión; en el sentido de que, aunque se tenga que tomar un mismo tipo de decisión, no siempre los errores que pueden aparecer en éste tienen el mismo costo, por ejemplo, no es lo mismo condenar a una persona a 35 años de pena privativa de libertad que a 4 años de la misma pena; con lo cual para estos dos casos se pueden aplicar estándares diferentes. Por lo tanto, hasta en un mismo tipo de decisión se pueden aplicar más de un estándar de decisión; lo importante, entonces, radica en determinar los errores que se pueden cometer y los costos de estos errores, para luego empezar a formular el estándar en cuestión¹²⁴.

¹²³ Al respecto, véase ampliamente en Larry LAUDAN (2013, págs. 21-55); en este sentido, es vital reconocer que el sistema procesal penal, como toda construcción humana, comete errores, por lo que la decisión (política) de que error se debe evitar a costa del otro es trascendental en la formulación del estándar de prueba. Esto, porque un estándar mientras más exigente, más ayudará a evitar condenas de inocentes, pero también tendrá como consecuencia el aumento de las absoluciones de culpables; véase la demostración en términos de probabilidad en Larry LAUDAN (2013, págs. 103-117), y el de argumento que este aspecto de la formulación del estándar es primordialmente político-valorativa en Marina GASCÓN ABELLÁN (2005, págs. 128-131).

¹²⁴ En esta línea, principalmente, Larry LAUDAN (2013, págs. 93-94).

En el caso de la principal decisión a tomar en un proceso penal, esto es, la de absolver o condenar a un imputado, se ha hablado comúnmente del estándar *más allá de toda duda razonable*; sin embargo, no es posible mantener un estándar de prueba que mantenga su delimitación en un aspecto subjetivo del juzgador, en si éste le quedan dudas razonables respecto de la acreditación del enunciado de hecho a probar. Por lo tanto, es necesario reformular el estándar de prueba a uno de carácter objetivo, según el cual se pueda determinar cuándo el enunciado de hecho se encuentra probado –o cuándo está justificado aceptar una hipótesis–, sin necesidad de recurrir a un estado mental del juzgador.

Marina GASCÓN ABELLÁN (2005, pág. 137), formula los siguientes estándares de prueba objetivos (SP) que cumplen con la exigencia, en el proceso penal, de requerir un grado de confirmación alto y sólido para una hipótesis de culpabilidad (Hc), pero que se diferencia en el distinto nivel de tolerancia en la confirmación de una hipótesis de inocencia (Hi):

- Un SP que es *tolerante con la existencia de pruebas que confirmen (incluso sólidamente) la Hi*. Por tanto, conforme a este SP se puede condenar, aunque existan pruebas que *sólo* puedan explicarse si Hi fuera verdadera; o sea, pruebas que no son compatibles con Hc o que sería muy difícil explicar si Hc fuera verdadera.
- Un SP que *exige que no existan pruebas que confirmen sólidamente la Hi pero es tolerante con la existencia de pruebas que confirmen débilmente Hi*. Por lo tanto, según este SP se puede condenar, aunque existan pruebas que sean compatibles con Hi (o que se puedan explicar si Hi fuera verdadera) pero que no son incompatibles con Hc.
- Un SP que *exige que no existan pruebas que confirmen ni sólida ni débilmente la Hi*. Por tanto, conforme a este SP sólo se puede condenar cuando la Hi no goce de ningún grado de confirmación. Por el contrario, no se puede condenar si existen pruebas que apoyen o confirmen Hi aunque sea en grado mínimo; es decir, pruebas que puedan explicarse por (o sean compatibles con) la Hi. Este último estándar de prueba es el que, en mayor medida, normalmente se requiere para condenar a un imputado en un proceso penal; sin

embargo, debe recordarse que ello es no sólo una cuestión teórica, sino que también político-valorativa.

En similar sentido, Jordi FERRER BELTRÁN (2013, pág. 36), propone de manera convincente, como estándar de prueba para considerar probada la hipótesis de culpabilidad, el cumplimiento de las siguientes condiciones: “1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc”.

TÍTULO III

TEORÍAS NORMATIVAS DEL DELITO

1. La dogmática jurídico-penal de tradición europeo-continental

La dogmática penal en la tradición jurídica europeo-continental se jacta de tener naturaleza sistemática, en el sentido de constituir un sistema teórico abierto –capaz de evolucionar de acuerdo con el contexto social dinámico–, que puede desarrollar y explicar criterios de interpretación de la ley y de imputación de la responsabilidad a partir de ordenamientos penales particulares¹²⁵. En este sentido, se alega que “el razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional” (SCHÜNEMANN, 1991, pág. 42); pero, reconociendo que no deben sobrevalorarse los logros obtenidos por la sistematización y, por el contrario, los nuevos problemas siempre pueden provocar una reformulación del sistema desarrollado.

Por otro lado, la teoría del derecho penal de tradición angloamericana, si bien no es asistemática o carente de una “verdadera teoría del delito”, utiliza un método y una estructuración distinta para el análisis de los delitos (*criminal*

¹²⁵ En esta línea, Percy GARCÍA CAVERO (2012a, pág. 313), señala que “la dogmática penal es precisamente la disciplina que se ocupa de sistematizar de forma coherente estos criterios de imputación [de responsabilidad] a partir del Derecho positivo”. Véase de manera más amplia en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, págs. 61-66); y, en Bernd SCHÜNEMANN (1991, págs. 31-43).

offences o *wrongdoings*); de manera evidente, el establecimiento expositivo de los elementos de *actus reus* y *mens rea*, junto con la distinción dual del análisis de las ofensas y defensas, en todo delito, se distingue de las categorías analíticas (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), de la teoría del delito típicamente germana¹²⁶. En resumen, se caracterizan, la primera tradición mencionada, por partir de un enfoque “intuicionista”; mientras que la segunda, de un enfoque “conceptualista”¹²⁷.

A pesar de estas diferencias, aún es plausible la tesis asumida por George P. FLETCHER (1998, pág. 4), respecto de que, en realidad, “existe mucha más unidad entre los sistemas de justicia penal de lo que comúnmente nos damos cuenta. Para poder percibir esta unidad subyacente, tenemos que dejar atrás los detalles y las variaciones lingüísticas de los códigos penales. La unidad emergente no está en la superficie de los textos normativos ni en las decisiones jurisprudenciales, sino en los debates que de hecho ocurren en todas las culturas jurídicas”¹²⁸. Por lo tanto, existiría una “estructura profunda” o una “gramática universal” del derecho penal, que se muestra en, y a la vez posibilita, confrontar los mismos problemas en distintos sistemas jurídicos y desde distintos puntos de vista¹²⁹.

Por estas razones es matizable la afirmación cierta de que la dogmática penal y la teoría del delito, que parten del sistema de justicia penal peruano, se encuentran sumamente influenciadas por la dogmática penal española que, a su vez, ha seguido el desarrollo de la doctrina penal alemana. Es decir, si bien no es posible desconocer el dominio teórico que la doctrina penal alemana y española ejercen sobre la teoría y práctica del derecho en el sistema jurídico penal peruano; sin embargo, no existe realmente una

¹²⁶ Al respecto en R. A. DUFF (2007, págs. 202-207), donde se reconoce que “tal vez” sería mejor seguir la estructura analítica alemana del delito, en lugar del análisis expositivo y no necesariamente analítico de la distinción entre *actus reus* y *mens rea*.

¹²⁷ Véase de manera amplia en Carlos Santiago NINO (1980, págs. 37-194).

¹²⁸ Traducción del autor a partir del texto de la cita realizada: “(...) *there is already much greater unity among diverse systems of criminal justice than we commonly realize. In order to perceive this underlying unity, we must take a step back from the details and the linguistic variations of the criminal codes. The unity that emerges is not on the surface of statutory rules and case law decisions but in the debates that recur in fact in every legal culture. (...)*”.

¹²⁹ Esta afirmación puede ser defendida sin ninguna presuposición metafísica de cómo se regula la conducta humana por sistemas normativos y sin asumir alguna posición en la teoría del derecho natural; puesto que, simplemente, se basa en la constatación común de que las distintas sociedades que han existido o existen han creado un mecanismo de punición estatal o de castigos estatales con rasgos estructurales afines, lo cual inclusive se ha dado más allá del ámbito de las sociedades occidentales. En definitiva, la afirmación aludida debe ser entendida como una premisa sociológica y no metafísica.

contradicción o error teórico al indagar en la teoría del delito de otra tradición jurídica para un mayor desarrollo de una dogmática jurídica “local”.

Esta influencia, justamente, puede explicar con mejores argumentos la incorporación de delitos cuya formulación o creación se remonta a otros sistemas de justicia penal. Sin embargo, ello no implica el abandono de la teoría del delito de influencia germana, la cual ha logrado una sistematización teórica del derecho penal que es válida más allá de un ámbito localista. En efecto, la teoría del delito de la cual se partirá puede haber o no sido desarrollada mayormente por autores alemanes; pero, dicha teoría pretende ser un producto científico y no un mero análisis de los textos normativos de un determinado país, por lo que dicha dogmática penal tiene un alcance supranacional y de necesario desarrollo para el esclarecimiento del derecho penal¹³⁰.

Ahora bien, la dogmática penal de tradición europeo-continental ha tenido una evolución teórica bastante clara. Los trabajos en esta línea suelen remontarse a los fundamentos de la filosofía del idealismo alemán, es decir, en la influencia que produjeron las obras de Immanuel Kant y de Georg W. H. Hegel¹³¹ en los primeros años de la búsqueda de una teoría del derecho penal. A partir de ello, el método embrionario de la dogmática penal no se distinguía claramente de los criterios de la imputación por la responsabilidad moral¹³²; por el contrario, esta teoría del delito se basaba en el iusnaturalismo racionalista que provenía de la teoría del derecho natural modificada por la influencia de la ilustración¹³³.

¹³⁰ En este sentido, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2007, págs. 46-55); sin embargo, no compartimos la asunción de que la dogmática penal alemana es necesariamente superior en método, teoría y práctica a una teoría del delito de cuño anglosajón. Este es un punto en común en la doctrina de esta tradición que, a nuestro parecer, es causada sólo por una falta de comunicación entre los dos sistemas teóricos mencionados.

¹³¹ Respecto de la posición histórica de la filosofía del idealismo alemán y, en especial, de los dos autores mencionados, véase en Hans Joachim STÖRIG (2012, págs. 430-521); debiendo destacar, por otro lado, que por idealismo alemán se entiende a la forma de pensamiento que parte de un enfoque kantiano centrado en la conciencia creadora de la persona, de la cual nace el mundo, a través de la libertad que se realiza en la historia (en resumen por la línea consecutiva del “yo creador-libertad-historia”); esta forma de pensamiento fue consecutivamente desarrollada por filósofos como Fichte y Schelling, hasta llegar a Hegel, quien construyó un sistema de filosofía idealista que llegó a fundamentar la posibilidad de derivar la realidad empírica desde el pensamiento mismo. Una mirada mucho más crítica sobre esta línea de pensamiento puede verse en Bertrand RUSSELL (2004, págs. 637-673).

¹³² Al respecto, en Percy GARCÍA CAVERO (2012a, págs. 316-318). La fundamentación de esta doctrina penal iusnaturalista puede verse en Georg W. H. HEGEL (1999 [1821]).

¹³³ Sobre la evolución del iusnaturalismo jurídico, entre otros, véase en Mauro BARBERIS (2015, págs. 21-27).

La reacción positivista al estado de la teoría del derecho en general y de la teoría del delito, en particular, de tendencia iusnaturalista, progresó hasta la formulación del “sistema clásico del delito” influenciado por el método del positivismo naturalista o clásico. La traslación hacia una ciencia del derecho penal implicó, en dicho momento, la incorporación de métodos que imitaran o se asimilaran lo mayor posible a los de las ciencias naturales¹³⁴. En esta línea, el delito se constituía como una secuencia causal de elementos, desde una manifestación de voluntad, pasando por la realización de la acción, hasta la realización del resultado (modificación del mundo exterior).

La visión mecanicista del positivismo clásico fue necesariamente abandonada; lo cual, tuvo como consecuencia el predominio del neokantismo, método que “no es puramente formalista, sino que, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal. Para ello es preciso tomar en cuenta la dimensión valorativa de lo jurídico” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, pág. 55). Si bien el carácter normativo del derecho penal implicaba la necesidad de introducir la dimensión valorativa mencionada; sin embargo, el método neokantiano traía consigo el subjetivismo y el relativismo propio de la filosofía idealista (de cuño alemán)¹³⁵.

Ante esto, surgió la construcción de un nuevo sistema del delito centrado en el método finalista. Este método parte de asumir la existencia de estructuras lógico-objetivas que vinculan a la función legislativa en la tipificación de las conductas como delitos¹³⁶; de esta manera, las principales estructuras para la configuración de los delitos serían el concepto de acción y la idea del poder actuar de otro modo. Por ello, se diseñó una doctrina de la acción finalista, según la cual “la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un ‘acontecer final’ y no solamente ‘causal’” (WELZEL, 2002, pág. 41). Y, por otro lado, se reconstruyó la culpabilidad como el conocimiento del carácter antijurídico del hecho cometido; es decir,

¹³⁴ Sobre el positivismo naturalista y su influencia en la teoría clásica del delito, véase en Santiago MIR PUIG (2003, págs. 196-206).

¹³⁵ En similar sentido, Jesús María SILVA SÁNCHEZ (1992, págs. 55-57); y, de manera más amplia, véase en Bernd SCHÜNEMANN (1991, págs. 47-53).

¹³⁶ Al respecto, Hans WELZEL (2002, págs. 31-35).

como “la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de la voluntad *antijurídica* (...) una resolución de voluntad *conforme* con la norma” (WELZEL, 2002, pág. 126).

Los presupuestos platonistas del método finalista han sido eficazmente sometidos a continuas críticas¹³⁷, hasta el entendimiento que el sistema jurídico-penal no puede vincularse estrictamente a realidades ontológicas previas (o prejurídicas). Por el contrario, las tendencias modernas en el derecho penal buscan fundamentar el sistema del delito en los fines mismos del derecho penal, abandonando cualquier asunción a una estructura ontológica prejurídica; predominantemente se han establecido, por un lado, un sistema de orientación teleológico-político criminal¹³⁸ y, por otro, uno de orientación a los fines de la pena.

Esto último, también, ha llevado a la normativización de la dogmática jurídico-penal; es decir, a la construcción del sistema del delito exclusivamente a partir de conceptos normativos. Las tendencias actuales confrontan posiciones entre el ontologismo y el normativismo, desde un regreso al finalismo de las estructuras ónticas hasta posturas radicales sobre la normativización del derecho penal independiente de cualquier referencia a una realidad empírica¹³⁹. Esto ha conllevado a que el desarrollo del derecho penal se encuentre en peligro de caer tanto en una falacia naturalista como en una falacia normativista, en el marco de su misma construcción; a pesar de que, claro está, se acuerde la necesidad de construir sistema del delito en base a estructuras normativas.

2. El sistema dogmático normativo de orientación político criminal

El sistema dogmático teleológico-político criminal fue propuesto y desarrollado por Claus ROXIN como un programa que, a diferencia de las doctrinas causalistas y finalistas, pudiera partir de una concepción normativa,

¹³⁷ Véase al respecto en Bernd SCHÜNEMANN (1991, págs. 54-63); y, una defensa a las mencionadas críticas en Hans WELZEL (2006, págs. 1-16).

¹³⁸ Véase en Claus ROXIN (1997, págs. 216-231), quien ha desarrollado un sistema de orientación valorativa de acuerdo con el diseño previo de políticas criminales; y, en Günther JAKOBS (1995, págs. 8-19), quien ha desarrollado un sistema normativista del derecho penal orientado hacia el fin preventivo general positivo de la pena.

¹³⁹ Una crítica al normativismo libre de cualquier tipo de empirismo, en Bernd SCHÜNEMANN (2009b, págs. 189-200).

que orientara el sistema del derecho penal a través de valoraciones rectoras de carácter político-criminal; un aspecto de suma importancia para esta construcción dogmática es la teoría de la imputación objetiva, desde la cual el injusto típico no implica un suceso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito (o, del fin de protección), del tipo penal respectivo¹⁴⁰.

La concepción normativa teleológica, por tanto, parte de un método distinto a los vistos anteriormente; aunque, es un continuo en el pensamiento sistemático típico de la tradición europeo-continental. En este sentido, Claus ROXIN (1997, pág. 217) señala que “se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida”¹⁴¹.

Ahora bien, si las finalidades valorativas que constituyen el sistema del derecho penal son de carácter político criminal, entonces, las categorías del sistema constituirían en si mismas instrumentos de valoración político criminal. En este sentido, siguiendo a Claus ROXIN (1997, págs. 218-223), en la determinación de las categorías del delito según el sistema propuesto¹⁴², la acción implica una valoración del contenido imputable a persona como su conducta o como una omisión suya; y, por el contrario, valorar algo como no-acción implica excluirlo de poder ser encuadrado en lo jurídicamente obligado o prohibido.

¹⁴⁰ En este sentido, Claus ROXIN (2000a, págs. 7-8); y, justamente, el libro citado *Política criminal y sistema del derecho penal* (cuya primera edición alemana fue publicada en 1970), fue el texto inicial del programa planteado por ROXIN.

¹⁴¹ De igual manera, “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal. (...). La unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal, que, en mi opinión también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito, es, por tanto, sólo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores”. (ROXIN, 2000a, págs. 49-51).

¹⁴² Una crítica al desarrollo de las categorías dogmáticas que a continuación se realiza, en Knut AMELUNG (1991, págs. 94-107).

Siguiendo ello, el tipo implica la valoración de la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir, la acción se declara *prima facie* punible sin tener en cuenta la persona del autor ni la situación concreta en que se realizó la conducta; y, en este nivel el fin político criminal sería uno preventivo general, motivar al individuo a que omita o realice la conducta típica (según sea en delitos comisivos u omisivos, respectivamente). Asimismo, el tipo implica la realización del principio *nullum crimen sine lege*, desde el cual también debe partir la estructuración dogmática penal¹⁴³.

En este ámbito, el principio de culpabilidad también impregna el tipo; pues, en base a ésta, justamente, la teoría de la imputación objetiva excluye el tipo objetivo, y las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*. Luego, ante una acción típica concreta, la categoría del injusto implica su enjuiciamiento incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforma a los criterios de permisión o prohibición. Claus ROXIN, respecto de ello, señala que no debería hablarse de antijuricidad, sino de injusto; puesto que, éste ya incluye acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser un injusto penal¹⁴⁴.

En la categoría de la responsabilidad, se trata de establecer si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado; y, la culpabilidad es un presupuesto de la responsabilidad, junto con la necesidad preventiva de punición. Por tanto, la responsabilidad se encuentra en la determinación de la punibilidad como realización dogmática de la teoría político criminal de los fines de la pena. Dentro de este marco de construcción dogmática, Claus ROXIN estableció las bases para su formulación de una teoría del delito más completa, donde como se ha dicho resalta el planteamiento de una teoría de la imputación objetiva; desde la cual, pueden analizarse mejor las consecuencias de la normativización del derecho penal.

El punto de partida lo constituye el paso desde las teorías de la causalidad (naturalística) como determinante del tipo objetivo, hacia una teoría de la imputación normativa de la conducta al tipo objetivo; la cual, tendría por primer cometido “indicar las circunstancias que hacen de una causación

¹⁴³ En este sentido, también en Claus ROXIN (2000a, pág. 58).

¹⁴⁴ Sobre la categorización del injusto penal, véase en Claus ROXIN (2000b, págs. 44-50).

(como límite extremo de la posible imputación) una acción típica” (ROXIN, 1997, pág. 363). En breves líneas, teniendo en cuenta el abandono de cualquier estructura ontológica para la fundamentación o la configuración del delito, se entiende necesario establecer criterios de imputación que sean generales y susceptibles de concreción en cuanto a su contenido, a fin de realizar la tarea de una atribución concreta¹⁴⁵.

En esta línea, Claus ROXIN (1997, págs. 363-365), propone dos principios sucesivamente estructurados para la imputación objetiva; primero, que “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”; y, segundo, que “si un resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance al tipo no alcanza la evitación de tales peligros y sus repercusiones”¹⁴⁶.

De esta manera, es posible extraer resumidamente tres criterios de imputación objetiva: a) la creación de un riesgo no permitido; b) la realización de dicho peligro en el resultado concreto; y, c) que el riesgo no permitido se encuentre dentro del alcance del tipo. Como puede observarse, estos criterios se centran en la problemática de la atribución de un resultado a un autor determinado; es decir, predominantemente constituyen criterios de imputación objetiva del resultado en delitos de lesión. Por otro lado, en tanto la imputación objetiva también tiene la función de excluir el cumplimiento del tipo objetivo, la aplicación de estos criterios generales lleva a la necesidad de establecer su ámbito de aplicación a través de subsecuentes parámetros.

Para determinar la creación de un riesgo no permitido, Claus ROXIN (1997, págs. 365-386), propone los siguientes casos de exclusión del mismo:

¹⁴⁵ En esta línea, Claus ROXIN (1976, págs. 128-131), donde el autor también reconoce que la teoría de la imputación objetiva nace a partir de las ideas desarrolladas por Richard HONIG, quien estableció como cuestión jurídica primordial el establecimiento de los criterios conforme a los cuales debemos imputar determinados resultados a una persona. Sobre esta contribución véase también en Wolfgang FRISCH (2000, págs. 22-26).

¹⁴⁶ Este es considerado el punto de partida de la moderna teoría de la imputación objetiva, la cual viene determinada por el “principio del riesgo” como determinante para la imputación al tipo objetivo; al respecto, en Manuel CANCIO MELIÁ (2010c, págs. 59-68), y, en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, págs. 422-426).

a.1) la disminución del riesgo, cuando “el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejor la situación del objeto de la acción”; a.2), la falta de aumento del riesgo, cuando si bien el autor no disminuye el riesgo, tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente relevante; y, a.3), la creación de un riesgo permitido, cuando se crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general se encuentra permitido. En similar sentido, también se excluye de la imputación los casos de b.1) falta de realización del riesgo no permitido; y, de b.2) cuando los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma.

Este último caso de exclusión se enlaza con el criterio del alcance del tipo; en el cual, como se ha dicho, se analiza si el riesgo no permitido realizado en un resultado se encuentra comprendido por el fin de protección de la norma, esto es, si el tipo que la contiene está destinado o no a impedir que ello suceda. Ahora bien, todos estos criterios, al partir de la determinación de la creación de un riesgo no permitido o un riesgo jurídicamente desaprobado, cuyo resultado pueda ser imputado a un agente, dejan de lado el predominio de la búsqueda de la causalidad como nexo entre conducta y resultado; y, por el contrario, terminan por adentrarse en el ámbito social de la posibilidad de atribución de un resultado a una persona por el riesgo creado por ésta.

Entonces, estos criterios generales de imputación objetiva pueden ser entendidos como normativos en el sentido que son construcciones para la imputación normativa de la conducta y su resultado, y no para la verificación de la causalidad dada entre una conducta y un resultado posterior (como causa y efecto). A partir de ello, se evidencia cómo se plasma la concepción normativa del delito para la determinación de su configuración; teniendo, como consecuencia, el abandono del tipo objetivo como la simple constatación de un nexo causal entre distintos elementos típicos que describen la conducta¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Al respecto, “la reducción tradicional del tipo a una causalidad entendida en el sentido de la teoría de la equivalencia ha creado –desde un principio– un amplio margen de responsabilidad, que tampoco puede ser reducido en una medida compatible con el Estado de Derecho por las características de la previsibilidad y de la evitabilidad. Abstractamente previsible y evitable lo es, en efecto, casi todo. La extensión de lo que, bajo la amenaza de una pena, se está obligado a prever y a evitar es en verdad mucho más pequeña y debe determinarse por deberes de conductas constatables. Instituciones jurídicas como el riesgo permitido o el principio de confianza, que se han desarrollado al margen de las categorías sistemáticas, muestran el

La cuestión problemática para el programa de construcción normativa del sistema dogmático orientada a los fines político-criminales, de manera general, es la posición de los límites planteados para la normativización misma¹⁴⁸. En este punto se establece el nivel de relevancia de lo “ontológico” dentro del marco del sistema dogmático normativo; pues, para Claus ROXIN, los datos empíricos efectivamente limitan la forma como se construye el sistema y como éste es aplicado a casos concretos. En esta línea, esta construcción dogmática no prescinde, por ejemplo, de la causalidad como condición para la imputación, aunque ésta no sea suficiente para realizarla; pues, en todo caso, imputación de la responsabilidad se vea limitada por los hechos¹⁴⁹. Por ello, el postulado defendido lo constituye la “toma en consideración los datos empíricos si bien naturalmente siempre analizados desde un punto de vista normativo, y aquí reside la diferencia principal e irreconciliable con la concepción de Jakobs” (ROXIN, 2000c, págs. 79-80).

3. El sistema dogmático normativista con base en la función de la pena

El sistema dogmático funcionalista del derecho penal ha sido propuesto y desarrollado por Günther JAKOBS, como un nuevo sistema que, a pesar de compartir la idea de abandonar las estructuras ontológicas por el establecimiento de conceptos normativos, junto con el sistema dogmático teleológico de Claus ROXIN, realiza un salto mayor hacia la eliminación de cualquier limitación ontológica a la normativización de los mencionados conceptos¹⁵⁰. La normativización de la dogmática penal se convierte, entonces, en una tarea a realizarse de manera absoluta; lo cual, claramente requiere de presupuestos distintos para la fundamentación del sistema.

De esta manera, Günther JAKOBS (1995, pág. IX), parte de que “la Dogmática penal ontologista se quiebra (...). No sólo los conceptos de

camino obligado para la tipificación de los deberes cuya elaboración sistemática únicamente puede dar a los tipos culposos la firme estructura que nos es evidente en los delitos dolosos” (ROXIN, 2000a, págs. 71-72).

¹⁴⁸ Sobre las limitaciones empíricas de su construcción normativa, Claus ROXIN (2000c, págs. 78-89).

¹⁴⁹ Un análisis de ello en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2000, págs. 206-212).

¹⁵⁰ Véan comparaciones de este tipo en Percy GARCÍA CAVERO (2012a, págs. 329-330); y, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992, págs. 69-70), quien señala que entre los dos sistemas dogmáticos analizados “existe una divergencia que radica en la absolutización por JAKOBS del criterio funcional y el consiguiente rechazo de toda limitación al referido principio funcional de atribución que pueda provenir de la esfera ontológica o incluso del sentido ordinario del lenguaje”.

culpabilidad y acción (y muchos otros situados a inferior nivel de abstracción), a los que la Dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o –más descoloridamente– una estructura (lógico-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión [o función] del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional. (...). Si se parte de la misión [o función] del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos”.

En este sentido, es la función social del derecho penal la que da fundamento a la imputación de la responsabilidad contra un sujeto de derecho. Esta función está ligada con el fin específico que es establecido para la pena, en el ámbito de una teoría social de la comunicación; es decir, entendiendo a la pena como una reacción comunicativa ante la acción delictiva como expresión de sentido¹⁵¹. Entonces, si se normativizan los conceptos jurídico-penales como el delito y la pena, entonces, sólo podrían ser analizados a través de una perspectiva sociológica, desde la cual el objeto de estudio sea la comunicación social, y no la realidad empírica contrastable¹⁵².

Por ello, según Günther JAKOBS (1996a, pág. 15), “el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”. La función del derecho penal consistiría en la confirmación de la identidad normativa de la sociedad al mantener la vigencia de las normas jurídicas; y, de esta manera, la pena es el mantenimiento mismo de la sociedad a través del derecho penal. Cada vez que una norma es infringida, la pena reestablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de

¹⁵¹ De manera concreta, “el Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos, y así pues, la expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta” (JAKOBS, 2004a, pág. 75).

¹⁵² La perspectiva sociológica de más influencia para el funcionalismo penal es la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, véase expresamente en Günther JAKOBS (1996a, pág. 16); asimismo, sobre los tipos de comunicación relevantes para el derecho penal, en Günther JAKOBS (1996a, págs. 69-85).

dicha norma; es decir, niega que la defraudación de la expectativa normativa (regulada por la norma) correspondiente sea válida en el ámbito de la configuración social¹⁵³.

La función del derecho penal implica, en consecuencia, el mantenimiento o la confirmación de las expectativas normativas reguladas por disposiciones normativas penalmente sancionadas (aquellas imprescindibles para posibilitar los contactos sociales)¹⁵⁴. Ahora bien, la legitimación de la pena y del derecho penal desde esta perspectiva, se construye en base a una teoría de la prevención general positiva de la pena; según la cual, la pena no determina ninguna reparación del daño, sino que sólo es la reafirmación de la norma como el modelo válido de orientación para los contactos sociales. Por lo tanto, la pena protege las condiciones de la interacción social, siendo su función preventiva el reafirmar la confianza en el cumplimiento de las expectativas normativas; es decir, busca ejercitar la confianza hacia la norma y, en consecuencia, la fidelidad al derecho¹⁵⁵.

Como puede observarse, la normativización de la dogmática penal pretendida por Günther JAKOBS se apoya en una teoría sociológica concreta, la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann¹⁵⁶; pero, también, en métodos de la filosofía del idealismo alemán, principalmente con referencias a las doctrinas de Immanuel Kant y de Georg W. H. Hegel¹⁵⁷. Si

¹⁵³ Según Günther JAKOBS (1995, pág. 243), “las normas penalmente sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la regularidad de las expectativas”.

¹⁵⁴ De esta manera, más ampliamente, en Miguel POLAINO-ORTS (2010, págs. 59-64); y, en Günther JAKOBS (2015, págs. 73-92); (1995, págs. 9-11).

¹⁵⁵ Véase en Günther JAKOBS (1995, págs. 9-19; 1998, págs. 15-33).

¹⁵⁶ Sobre la teoría de los sistemas sociales autopoieticos como base teórica para la dogmática jurídico-penal, véase en Günther JAKOBS (1996a, págs. 17-24); en Shikara VÁSQUEZ SHIMAJUKO (2013, págs. 131-199); y, en Niklas LUHMANN (2007, págs. 99-118). Por otro lado, existe una postura crítica a la posibilidad de construir una dogmática penal sistémica, por ejemplo, en Juan Antonio GARCÍA AMADO (2000, págs. 248-263); quien sostiene que “una aplicación consecuente de los postulados luhmannianos de partida tendría que llevar a Jakobs y sus seguidores a hablar el lenguaje de la dogmática con plena y explícita conciencia de que tal lenguaje no describe ni se basa en un mundo ‘real’ de hechos y datos sino que contribuye a conformar una ficción que sólo tiene de realidad lo que corresponde a la operatividad efectiva de un sistema, el jurídico-penal, que construye sus conceptos y categorías no para reflejar el mundo de los sujetos y los acontecimientos tal como son, sino tal como deben suponerse para que el sistema funcione y cumpla con su labor de reducción de complejidad. (...). Pero el dogmático penal tiene que hablar de la acción libre, la imputabilidad, la culpabilidad, etc. haciendo como si no hablara de una invención del propio sistema para cumplir su cometido, sino de un dato que se muestra en su ser al propio sistema”.

¹⁵⁷ De manera expresa, por ejemplo, en Günther JAKOBS (2003, págs. 15-18), donde toma, para desarrollar la idea de normativización del derecho penal, “un punto de partida formalmente equivalente (pero sólo formalmente) al camino de KANT, distinguiendo en términos de teoría de los sistemas entre los distintos individuos con su ‘propia’ conciencia y la sociedad como sistema de la comunicación”; es decir, adopta la teoría del sujeto de Immanuel Kant en un lenguaje de la teoría de los sistemas sociales. Por otro lado, también, adopta una visión de la teoría penal en base al método dialéctico hegeliano; pues, Günther

bien la utilización de estas teorías en la construcción dogmática funcionalista ha implicado críticas a su viabilidad, también ha dotado al sistema funcionalista de una estructura conceptual capaz de fundamentar una transformación “radical” en la teoría del derecho penal; desde la cual, podría ser posible la total normativización de los conceptos jurídico-penales.

El principal concepto jurídico penal objeto de reformulación normativista es el de *persona*; pues, para Günther JAKOBS (1996a, págs. 50-51), la imputación personal parte de “los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”. El derecho penal, en consecuencia, no trata con individuos, sino con personas jurídicamente construidas desde el punto de vista del derecho: de acuerdo con roles generales (de ciudadanos) o específicos¹⁵⁸.

Situación similar ocurre con las típicas categorías dogmáticas de la teoría del delito, a las cuales se les asigna una función dependiente de la función única del derecho penal. De esta manera, el concepto jurídico-penal de acción tiene la función de determinar el sentido comunicativo de la defraudación de expectativas normativas, por lo que se encuentra vinculado ya al tipo penal y no es una categoría previa a otras, sino el significado social global del delito¹⁵⁹. Por tanto, se abandonan las concepciones causal y finalista de la acción, por un concepto puramente social de la acción; pues, lo que es relevante para el derecho penal sólo sería su sentido comunicativo, como perturbación de la vigencia de una norma jurídica necesaria para el contacto social.

JAKOBS (1996a, pág. 17), señala que “la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males”.

¹⁵⁸ Al respecto, también, en Günther JAKOBS (2004b, págs. 51-58). Por otro lado, Luigi FERRAJOLI (2011a, pág. 275), critica esta concepción en el sentido que “al reducir al individuo a ‘subsistema físico-psíquico’ funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona”.

¹⁵⁹ Véase en Günther JAKOBS (1997a, págs. 101-125; 1995, págs. 156-160).

A partir de la normativización de los referidos conceptos, también se propone una reformulación de la teoría de la imputación objetiva. Dentro del sistema funcionalista, ésta se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales del comportamiento imputable; es decir, del establecimiento de criterios objetivos de la atribución de la conducta, y en su caso de su resultado, a una persona (según la infracción de un rol social preestablecido)¹⁶⁰. En este sentido, “la teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante” (JAKOBS, 1996b, pág. 24).

En cierta medida, todas las modernas teorías de la imputación objetiva parten de la necesidad de constatar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para imputar una conducta, tal como Claus ROXIN propuso¹⁶¹. Por tanto, en el sistema funcionalista del delito, la determinación de si existe una expresión de sentido típica, se realiza a través de un juicio de tipicidad del comportamiento que inicia con el criterio del riesgo permitido; mediante éste, se busca excluir de la tipicidad objetiva los supuestos normales de interacción social, manteniendo el *status quo* de la actuación de las personas en un determinado ámbito de libertad¹⁶².

El segundo criterio que permite la exclusión de la tipicidad objetiva lo constituye el principio de confianza; dentro de éste, es relevante analizar la competencia de actuación de otros sujetos en la realización del comportamiento, lo cual permite establecer cuándo se puede confiar lícitamente en el actuar de otro¹⁶³. El tercer criterio consiste en la prohibición de regreso, que excluye de la tipicidad objetiva aquellos casos en el que un comportamiento, si bien puede favorecer a la comisión de un delito, no forma

¹⁶⁰ Sobre la teoría de la imputación objetiva en el sistema funcionalista, véase de manera amplia en Günther JAKOBS (1995, págs. 223-307).

¹⁶¹ Si bien la dogmática jurídico-penal pretende crear una teoría de la imputación objetiva, no se debe perder de vista que existen más de dos propuestas de cómo se configura dicha teoría y de qué criterios deben adoptarse en ésta; véase un análisis más completo, incluyendo su evolución desde las teorías de Karl Larenz y Richard Honig, hasta las de Wolfgang Frisch y Günther Jakobs, en Manuel CANCIO MELIÁ (2004, págs. 29-62). Sobre la imposibilidad de renunciar a los requisitos de la creación de un peligro desaprobado y de la realización de dicho peligro en el resultado, véase en Wolfgang FRISCH (2000, págs. 45-49).

¹⁶² De manera amplia en Günther JAKOBS (1996b, págs. 43-68).

¹⁶³ Véase en Günther JAKOBS (1996b, págs. 29-31), donde se argumenta que “cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. *Existe un principio de confianza*”.

parte de la expresión de sentido típica por ser estereotipado e inocuo¹⁶⁴. Y, por último, el cuarto criterio objetivo es la institución de la imputación al ámbito de competencia de la víctima, donde la propia intervención de ésta última le hace imputable la lesión contra ella¹⁶⁵.

Del análisis de la normativización de los principales conceptos jurídico-penales, puede verse que la construcción dogmática planteada por Günther JAKOBS da un giro hacia un modelo sociológico (funcionalista “radical”) para el derecho penal¹⁶⁶. El desarrollo de las categorías dogmáticas si bien ya no dependen de estructuras lógico-objetivas, ahora dependerían únicamente de funciones sociales, por tanto, de la configuración de la sociedad en determinados contextos sociohistóricos; lo cual, conlleva indeseadamente al abandono de la concreción de principios correctores para el sistema del derecho penal y de la posibilidad de asumir algún fin valorativo de política criminal en la función del sistema del delito¹⁶⁷. En todo caso, el sistema funcionalista ha terminado por concretizar la normativización de la dogmática penal, constituyendo una nueva dirección dominante para su evolución.

4. Los límites del normativismo en el derecho penal

En los anteriores apartados se han sintetizado algunos de los principales rasgos de la actual sistematización de la dogmática jurídico-penal normativa, la cual se ha establecido como la doctrina penal dominante en el ámbito alemán, español y latinoamericano. Existiendo un consenso –obviamente no aceptado por todos–, sobre el abandono de las estructuras ontológicas para la construcción del sistema del delito, y su sustitución por conceptos jurídicos normativizados¹⁶⁸. Sin embargo, esto no significa, en principio, un abandono

¹⁶⁴ De manera amplia en Günther JAKOBS (1996b, págs. 71-96).

¹⁶⁵ Véase en Günther JAKOBS (1996b, págs. 34-37), donde se alude que “puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. *Existe, por tanto, una competencia de la víctima*”.

¹⁶⁶ Véase en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992, pág. 70).

¹⁶⁷ Sobre la posibilidad de construir vínculos entre la dogmática penal funcionalista y la política criminal –no necesariamente refiriéndose a la postura de Günther Jakobs–, véase en Laura ZUÑIGA RODRÍGUEZ (2018, págs. 47-92).

¹⁶⁸ Claus ROXIN (2012, pág. 13), reconoce que su doctrina, junto con la de Günther JAKOBS, parten de un mismo principio normativo y rechazan la dogmática penal de corte ontológico; sin embargo, mientras el primero basa su construcción del sistema en finalidades político-criminales, por el contrario Günther JAKOBS, renunciando a ello, ve como único fin del derecho penal la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de los sistemas sociales. Inclusive, una crítica al sustancialismo en

total de cualquier relevancia de lo “naturalístico” o de lo “ontológico” para el derecho penal; puesto que, como se ha visto, ello dependerá de los límites que se le imponga a la normativización.

Una teoría del derecho penal platonista basada en estructuras lógico-objetivas del mundo fracasa cuando, simplemente, se rechaza una concepción esencialista de los conceptos jurídicos relevantes; por ejemplo, que exista alguna estructura inmanente de la acción humana con independencia de las convenciones sociales¹⁶⁹. Pero, de rechazar ello no se sigue necesariamente que lo fáctico no tenga ninguna relevancia para el derecho penal; puede, como se ha visto, ser una pretensión de la dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs abandonar todos los límites ontológicos para la construcción del sistema del delito, pero ésta es una entre varias posibilidades que nacen del rechazo a la doctrina finalista.

Santiago MIR PUIG (2005, págs. 7-8), por el contrario, sostiene que “junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo, y lo fáctico tampoco se agota en lo naturalístico-causal, ni en su dimensión subjetiva. Pero no cabe negar tampoco la necesidad de una base empírica en los hechos relevantes para el Derecho penal ni la necesidad de respetar los condicionamientos de la realidad para que los principios normativos del Derecho penal puedan influir adecuadamente en la realidad”¹⁷⁰. Este problema trae consigo un sin número de malentendidos y conflictos de carácter metateórico y filosófico; principalmente, derivados de la forma de diferenciar los estatutos ontológicos de lo jurídico, lo social, lo objetivo y lo subjetivo.

En efecto, muchas veces se habla de lo natural y de lo social como existiendo de manera distinta; sin embargo, ello deja de lado que la realidad sobre la cual nos referimos (cuando se teoriza sobre derecho penal) es una

el derecho penal puede encontrarse en Luigi FERRAJOLI (2011a, págs. 484-487), quien sostiene que el ontologismo (específicamente, la doctrina del finalismo), conllevaría a la restauración de un derecho penal del autor, donde se busca criminalizar la desviación subjetiva y moral de la persona y no su conducta externa.

¹⁶⁹ Una crítica de este tipo en Carlos Santiago NINO (1980, págs. 88-91).

¹⁷⁰ Sobre el establecimiento de límites ontológicos al normativismo en derecho penal, en un sentido más fuerte que el citado, véase en Bernd SCHÜNEMANN (2009b, págs. 203-217), quien sostiene que “en una aplicación correcta de la dogmática jurídico penal, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente”.

sola, los fenómenos sociales están en el mismo mundo que en donde se crea un pensamiento, o en donde suceden los fenómenos gravitacionales. Estos son fenómenos diversos que parten de la existencia de hechos brutos o básicos, que se distinguen por sus cualidades de existencia (ontológica) distinta; es decir, lo social también es ontológico, pero se construye de otra manera. Una cuestión distinta, es el estatus epistemológico de estos fenómenos, lo cual implica la pregunta de cómo los conocemos y estudiamos, algo que pocas veces es correctamente diferenciado¹⁷¹.

Los fundamentos de la sistematización de la dogmática jurídico penal deben lograr dar cuenta de la relación entre lo fáctico y lo normativo, de acuerdo con teorías que se alejen del esencialismo, pero que tampoco caigan en un relativismo extremo. Un injustificado escepticismo epistemológico sobre el conocimiento de lo fáctico parecer encontrarse en la raíz del rechazo a los límites externos para el “mundo normativo”¹⁷²; sin embargo, el desarrollo de una base (limitadora) empírica para la construcción de la dogmática penal no puede obviarse cuando inevitablemente se utiliza contenido descriptivo (objetivo y subjetivo), en la concreción del sistema.

Sobre esto último, Ingeborg PUPPE (2014a, pág. 163), sostiene que “los enunciados generales de la dogmática jurídico-penal normativista no pueden determinar la decisión de un problema concreto o un caso concreto porque, como meras ‘formas de valoración’ que son, no tienen ningún sentido descriptivo. Por ello, no definen el material fáctico que debe ser subsumido en ellas y valorado según sus criterios”. No pudiendo abandonar el material fáctico ni el contenido descriptivo del sistema del delito, en consecuencia, se tendría que justificar normativamente la forma de tratar las formulaciones descriptivas en la dogmática penal; pero, ello dependerá de qué tan arbitrarios e imposibles de conocer creamos que son los hechos básicos¹⁷³.

¹⁷¹ Al respecto, en John R. SEARLE (2017b, págs. 17-37; 1997, págs. 21-47); y, en Santiago MIR PUIG (2005, págs. 7-10), donde parte de la teoría de John R. SEARLE para una crítica al normativismo radical.

¹⁷² Véase en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2000, págs. 204-212); y, en Ingeborg PUPPE (2014a, págs. 137-156).

¹⁷³ Una propuesta teórica para la fundamentación de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en base al análisis de los hechos brutos, en Urs KUNDHÄUSER (2014, págs. 1-24), quien sostiene que “tanto en los juicios teóricos como en los prácticos se infiere de la presencia de hechos brutos, con ayuda de una regla, la presencia de una propiedad natural o convencional. (...) los elementos descriptivos del tipo se refieren a propiedades naturales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios teóricos. Los elementos normativos del tipo se refieren a propiedades convencionales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios prácticos. Tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos del tipo

Ésta es una problemática abierta en la dogmática penal; sin embargo, debe observarse que tienen que existir límites fácticos a la normativización-valorativa en el derecho penal, si este último busca tratar con material fáctico-descriptivo que pueda ser objeto de valoración normativa, material que tiene referencia tanto a lo objetivo como a lo subjetivo en la realidad. Además, tampoco puede olvidarse que la normativización de los elementos del delito no exime que una determinada descripción de éste (un conjunto de enunciados fácticos), tenga que ser objeto de prueba en un proceso penal.

TÍTULO IV

EL DOLO Y LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. La imputación subjetiva en la dogmática jurídico-penal de tradición europeo-continental

El principio de culpabilidad constituye un rasgo común para todos los sistemas penales de las sociedades occidentales; pues, si bien es entendido de manera distinta según la teoría y el sistema de que se trate, existiendo variaciones respecto de su estricto contenido, siempre se entiende que su cumplimiento exige la determinación de un aspecto o lado subjetivo del hecho delictivo¹⁷⁴. Por ello, este principio se haya vinculado con la proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho penal, y con la función de la categoría dogmática de la culpabilidad como reprochabilidad personal por el injusto penal cometido¹⁷⁵.

De esta manera, en la tradición jurídica europeo-continental, “tradicionalmente se incluyen en él [el principio de culpabilidad] dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que se requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo o imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado

pueden, respectivamente, servir a la función de clasificar, comparar o graduar. Los elementos normativos del tipo son usados valorativamente cuando sirven a la función de comparar o graduar”.

¹⁷⁴ En este sentido, George P. FLETCHER (1998, pág. 84), afirma: “*My claim is that all cultures of criminal law posit theories both of wrongdoing and attribution. They may not use this precise language, but the theories are implicit in the doctrines they use. Take, for example, the common law’s reliance on the maxim: Actus non facit reus nisi mens sit rea. [There can be no criminal liability without the joinder of actus reus and mens rea.] In this formula the actus reus stands for the wrongful act, and mens rea for the criteria of attribution. In other words: there can no criminal liability without culpable (or blameworthy) wrongdoing*”.

¹⁷⁵ Al respecto, entre otros, en Guillermo J. YACOBUCCI (2002, págs. 315-318).

de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad” (MIR PUIG, 2003, pág. 136). Sin embargo –como se ha visto anteriormente–, la primera exigencia, conteniendo las categorías del dolo y la culpa (o imprudencia), ya no se encuentra sistemáticamente en la categoría de la culpabilidad, sino que en el de la tipicidad, constituyendo formas de imputación subjetiva.

En este sentido, el principio de culpabilidad también impregna la configuración del injusto penal, dando pie al requerimiento de una imputación subjetiva en la tipicidad, dentro de la cual no sólo se encuentran el dolo y la imprudencia; sino que, también, se ubican sistemáticamente los elementos subjetivos específicos del tipo. Por tanto, dentro del sistema del delito europeo-continental, se entiende que la imputación de responsabilidad no puede realizarse si no se cumple con la imputación subjetiva del dolo o la imprudencia y, en su caso, de los elementos subjetivos especiales que pueden encontrarse tipificados en los concretos tipos penales.

En la tradición jurídica anglosajona, la parte subjetiva del hecho constituye, tradicionalmente, el requerimiento de *mens rea* para la configuración de un delito¹⁷⁶. Este requerimiento general es individualizado de manera distinta en los diferentes sistemas penales que se encuentran bajo la influencia de la mencionada tradición jurídica; sin embargo, puede señalarse que los elementos de la imputación subjetiva no se hayan encuadrados en categorías como el dolo y la culpa, sino que existe una diversificación de elementos subjetivos generales, junto con otros más específicos para algunos delitos. Por ejemplo, el *Model Penal Code* (1962)

¹⁷⁶ Por ejemplo, según John GARDNER (2012, págs. 62-63), respecto de los delitos de responsabilidad por *versari in re illicita*, “el principio relevante del derecho inglés es *actus non facit reum nisi mens sit rea*: no existe un acto culpable sin una mente culpable”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el derecho penal de influencia anglosajona no se tiene un afán sistematizador de las categorías del delito; por ello, Rupert CROSS –citado por Carlos Santiago NINO (1980, pág. 107)–, sostiene que “no sólo la máxima *actus non facit reum, nisi mens sit rea* sirve al objetivo importante de enfatizar dos requerimientos básicos de responsabilidad penal, sino que sugiere también un esquema útil para analizar las definiciones de delitos específicos (...). Es, sin embargo, sumamente importante que no se deje que esta máxima se convierta en el dueño en vez de ser la herramienta del jurista penal. Una explicación perfectamente coherente del derecho penal puede darse sin ella, y algunas veces se pierde tiempo en la consideración de preguntas sin sentido concernientes al rubro bajo el cual deben discutirse incontrovertibles requisitos o excepciones de responsabilidad penal”.

estadounidense reformó el requerimiento de *mens rea* reduciéndolo a cuatro elementos subjetivos: propósito, conocimiento, indiferencia e imprudencia¹⁷⁷.

A pesar de estas diferencias, un aspecto común en las tradiciones jurídicas occidentales consiste en que de los elementos subjetivos dependerá la mayor o menor gravedad de la responsabilidad por el hecho y, en consecuencia, de la graduación de la pena. Una pregunta central en el derecho penal de la tradición europeo-continental trata sobre porqué el delito doloso es castigado más gravosamente que el delito culposo¹⁷⁸; y, en el derecho penal de la tradición anglosajona se discute ampliamente qué casos pueden abarcarse en los elementos subjetivos de máxima gravedad como el de “intención” o “propósito”¹⁷⁹.

En todo caso, “la teoría continental del delito y la doctrina jurídica inglesa coinciden en que el máximo grado de responsabilidad para la comisión de ciertos delitos es atribuible al agente que obró con intención. Hay, sin embargo, en ambos contextos una importante controversia acerca de qué estados psíquicos constituyen intención y acerca de si el mismo grado de responsabilidad no puede también imputarse en casos en que la acción no fue intencional sino objeto de otra clase de actitudes que podrían equivaler a la intención” (NINO, 1980, pág. 130).

No debe entenderse este problema como uno de carácter sólo terminológico, por el contrario, como se verá más adelante en el marco del sistema del delito europeo continental, el progresivo abandono de la concepción psicológica de los elementos subjetivos del tipo ha conllevado a una redefinición completa del dolo y de la imprudencia como conceptos

¹⁷⁷ Véase de manera amplia en Larry ALEXANDER & Kimberly KESSLER FERZAN (2009, págs. 23-68), donde se señala que “*The Model Penal Code revolutionized mens rea by reducing mental-state terminology to four concepts: purpose, knowledge, recklessness, and negligence*”. Por otro lado, para un estudio de la imputación subjetiva en los sistemas penales de Estados Unidos y del Reino Unido, véase en Nicolás OXMAN (2013, págs. 139-194).

¹⁷⁸ Algunas respuestas respecto de ello son desarrolladas en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 32-43), quien concluye que la fundamentación del mayor castigo en los delitos dolosos se encuentra en el fin preventivo general de la pena, pues “la diferencia entra la realización dolosa y al imprudente de un hecho es el basado en la negación de la vigencia de la norma como sentido expresado por la realización dolosa y en la pena como réplica a dicha negación”; siguiendo, en esta línea, la posición en Günther JAKOBS (1997b, págs. 127-146).

¹⁷⁹ Véase, de manera amplia, en Carlos Santiago NINO (1980, págs. 130-152), quien concluye que “hay que buscar una fundamentación general del requisito de *mens rea* o de culpabilidad en el contexto de la justificación de la pena (...), la controversia sobre qué actitudes subjetivas deben exigirse para la responsabilidad penal no puede ser racionalmente decidida sin recurrir a una concepción general de índole valorativa acerca de las condiciones en que la imposición de una pena puede justificarse”.

jurídico-normativos. En efecto, la normativización del sistema del delito alcanza no sólo a la imputación objetiva –que, como se ha visto en el título anterior, es donde ha tenido mayor predominancia–, sino que también a la imputación subjetiva; ello, a través del intento de construir criterios objetivos que individualicen el contenido de los elementos subjetivos según los fines del derecho penal.

Como se ha venido repitiendo, el sistema penal peruano se encuentra influenciado predominantemente por la tradición jurídica europeo-continental y, en especial, por el desarrollo de la dogmática penal alemana. Por esta razón, en los siguientes apartados se hará un desarrollo de la teoría de la imputación subjetiva desde la dogmática penal de la mencionada tradición, la cual actualmente parte de los avances logrados por las teorías normativas del derecho penal analizadas en el título anterior. Sin perjuicio de ello, no debe dejarse de lado la relevancia de la doctrina penal anglosajona para la imputación subjetiva, de acuerdo con las breves referencias que aquí se han hecho sobre ésta.

2. La normativización del tipo subjetivo

El problema central para la normativización del tipo subjetivo ha consistido en la búsqueda de una diferenciación clara entre las imputaciones dolosas y las imprudentes. Este problema es en parte lingüístico, en relación con el uso del lenguaje sobre lo subjetivo en contraste con el lenguaje técnico-dogmático, además de por la variada terminología que se utiliza para encuadrar los elementos subjetivos¹⁸⁰; pero, de manera más relevante, ha implicado la necesidad de construir criterios normativos para la imputación subjetiva, desde los cuales pueda establecerse una concreta forma de imputación.

Esto es necesario, con mayor razón, cuando en el sistema normativo penal peruano la regulación sobre el contenido del dolo y de la culpa es trasladada a la doctrina y a la jurisprudencia, pues sólo se establece que los delitos de la parte especial son dolosos, a menos que expresamente se

¹⁸⁰ Al respecto, Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 25-27).

estipule la posibilidad de una imputación imprudente¹⁸¹. Por lo tanto, una conducta imprudente es atípica si no se encuentra expresamente estipulado que ésta pueda ser imputada por culpa; de esto, se sigue la relevancia de distinguir claramente cuál es el contenido del dolo y su límite respecto de la imprudencia: muchas veces la no posibilidad de imputar por dolo significará la exclusión de la responsabilidad penal¹⁸².

En el presente trabajo, teniendo en cuenta el problema de investigación inicial y los objetivos que se han planteado para su resolución, el desarrollo de los distintos tópicos sobre la imputación subjetiva se hará alrededor de la figura del dolo y de los elementos subjetivos adicionales a la imputación dolosa. Para ubicar, con ello, el centro de análisis en la teoría del dolo a partir de un sistema del delito normativizado.

2.1. La distinción entre dolo e imprudencia

Es común la distinción y clasificación tripartita del dolo en la doctrina penal, según la cual el elemento subjetivo general del dolo tiene como contenido tres clases de dolo: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado (o dolo indirecto), y dolo eventual¹⁸³ – sobre las cuales se hablará más adelante–. Y, de similar manera, la imprudencia o culpa tiene como contenido las clases de culpa consciente y culpa inconsciente; si bien en ambas existe un comportamiento contrario a un deber de cuidado, en el primer elemento mencionado, el autor tiene la conciencia o el conocimiento de la posible lesividad de su conducta¹⁸⁴.

Siguiendo estas clasificaciones, la distinción entre dolo y culpa dependería de la determinación del límite entre el dolo eventual y la culpa consciente; puesto que, frente a la definición ya dada de este último elemento subjetivo, se tiene que el primero tradicionalmente abarca los

¹⁸¹ El artículo 12 del Código Penal peruano prescribe: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

¹⁸² En este sentido, también en el derecho penal alemán, de acuerdo con Claus ROXIN (1997, pág. 308), “si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito (...), no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo: desde ese punto de vista unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes (impunes en Derecho alemán)”.

¹⁸³ Véase, entre otros, en Claus ROXIN (1997, pág. 415); y, en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 44-52).

¹⁸⁴ Al respecto, Percy GARCÍA CAVERO (2012b, pág. 22); y, véase también en Claus ROXIN (1997, págs. 1018-1021).

casos en los que el autor no persigue el resultado lesivo, pero puede preverlo¹⁸⁵. Este problema teórico resulta de suma relevancia, pues “los resultados a los que se llegue en el análisis de los límites inferiores de tal concepto [del dolo] necesariamente deberán repercutir en su definición general. El debate sobre el dolo eventual es, por tanto, el debate sobre el concepto global de dolo” (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pág. 51).

Existen varias propuestas teóricas que buscan resolver el problema de los límites inferiores del dolo; sin embargo, tradicionalmente pueden agruparse en dos líneas de pensamiento: las teorías de la voluntad y las teorías de la representación. El primer grupo de teorías se basa en la idea de que el dolo necesariamente presenta un elemento volitivo, por lo que todas sus formas lo presentan, inclusive los casos del dolo eventual al ser merecedores de la pena establecida por el delito doloso; por el contrario, el segundo grupo de teorías deja de lado la presunción de que el dolo siempre debe significar voluntad, y busca los presupuestos según los cuales puede considerarse que una conducta merezca la pena prevista para el delito doloso¹⁸⁶.

La teoría de la voluntad implica, entonces, que el dolo mantiene siempre su clásica definición como la conjunción de conocimiento (del hecho) y de voluntad (respecto del resultado); pero, ello parece contradecir la forma en que se configuran los casos de dolo eventual, pues lo predominante en estos es la determinación de un grado de conocimiento sobre el actuar. Ante ello, se busca una “compensación” por la falta de la búsqueda del resultado en los casos de dolo eventual; por ejemplo, mediante una normativización del elemento volitivo, con “la expresión ‘decisión contraria al bien jurídico’: selección entre alternativas de comportamiento realizada con algo más que el mero conocimiento y que, además, justifican la imposición de una sanción de mayor gravedad” (DÍAZ PITA, 2006, pág. 67)¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Véase en Claus ROXIN (1997, pág. 416).

¹⁸⁶ Al respecto, puede verse con mayor amplitud en Percy GARCÍA CAVERO (2012b, págs. 23-25); en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 53-81); y, en SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO (2018a, págs. 440-448).

¹⁸⁷ En similar sentido, también Tomás Salvador VIVES ANTÓN –citado por María del Mar DÍAZ PITA (2006, pág. 67)–, entiende “el ‘elemento volitivo’ del dolo, no naturalísticamente, como un proceso psicológico, sino normativamente, como un compromiso de actuar, se esclarece su concepto y comienzan a cobrar un

Por el contrario, la teoría de la representación, no se encuentra comprometida con mantener el elemento volitivo como parte del dolo; y, en este sentido, sitúa la distinción entre dolo y culpa en el elemento cognitivo: el conocimiento de la posible realización del resultado determina la imputación dolosa¹⁸⁸. Sin embargo, con ello se corre el riesgo de ampliar excesivamente el ámbito de casos que podrían ser imputables a título de dolo; justamente, de manera opuesta a lo que ocurre con la teoría de la voluntad, la cual lleva al riesgo de limitar en demasía los casos que deberían ser considerados bajo la imputación dolosa.

2.2. El criterio normativo de evitabilidad individual y la delimitación del dolo

Para poder superar los problemas de *sobre* o *infra* extensión que conllevan las teorías tradicionales de la voluntad y de la representación, se ha propuesto el criterio de la evitabilidad, el cual podría otorgar contenido normativo a la imputación subjetiva y, a su vez, posibilitar la diferenciación entre dolo e imprudencia. Según este criterio, “la pena sólo puede ser impuesta si el autor hubiese podido y debido evitar la realización del tipo penal, de haber sido lo suficientemente fiel al Derecho en la medida garantizada por la pena” (KINDHÄUSER, 2005, pág. 39).

En este sentido, se parte de lo que el dolo y la imprudencia tienen en común, ambos se refieren a comportamientos evitables¹⁸⁹. Es necesario determinar que el comportamiento del autor haya sido evitable para poder imputarle subjetivamente su actuación; puesto que, “en la

sentido no paradójico los criterios que usamos para identificarlo. Así, la ‘decisión contraria al bien jurídico’ no es sino aquella que materializa ese compromiso con la lesión que no se da en la culpa y que nos permite afirmar que quien actúa con dolo eventual actúa intencionalmente o, lo que es lo mismo, que el dolo eventual es dolo o, más precisa y modestamente, nos permite entender que, en nuestros ordenamientos continentales se opere con la idea de dolo en supuestos en los que falta el propósito”.

¹⁸⁸ Sobre ello, por ejemplo, Eberhard STRUENSEE (2009, pág. 10), sostiene que “un presupuesto mínimo que tiene que estar presente entre las representaciones propias del dolo es el tener por posible un resultado o una circunstancia típica. Esta condición representa, además, una magnitud graduable o cuantificable. El autor puede estimar un resultado típico u otra circunstancia de hecho como más o menos cercana o lejana”.

¹⁸⁹ Al respecto, en Günther JAKOBS (1997c, págs. 154-155); de igual manera, el autor sostiene que un “presupuesto mínimo de una atribución más amplia que la del rol es, pues, la evitabilidad individual, siendo así que la individualización no debe ir referida a la disposición a esforzarse en la evitación, sino solo a la capacidad de rendimiento basada en la disposición, de hecho o supuesta. Lo cual, en este sentido, es inevitable. Con otras palabras: lo que no se ha realizado dolosa ni imprudentemente, no comporta responsabilidad” (JAKOBS, 1989, pág. 640).

medida que las consecuencias de los sucesos resultan en gran medida calculables, las personas tienen cierta capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación (...). Por el contrario, lo que es subjetivamente imprevisible resulta inevitable para el autor, por lo que no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado” (GARCÍA CAVERO, 2012b, pág. 26)¹⁹⁰.

En este punto, los resultados de asumir el criterio de evitabilidad individual dependerán de si se decide abandonar el elemento volitivo como criterio identificar del dolo; y, en lugar de ello, centrar la distinción entre dolo e imprudencia en el elemento cognitivo. En este sentido, el deber de evitar la contradicción a la vigencia de la norma, tanto en los comportamientos dolosos como en los imprudentes, dependerá sólo del conocimiento sobre la ocurrencia (más o menos) probable del hecho (conducta y, en su caso, resultado).

De esta manera, podría afirmarse que el dolo es el conocimiento de la realización de un tipo penal a través de una conducta que era evitable para el autor; sin embargo, nuevamente –como en el caso de las teorías de la representación–, nace la pregunta de en qué grado de probabilidad sobre el conocimiento hace del comportamiento uno pasible de imputación dolosa. Percy GARCÍA CAVERO (2012b, pág. 27), al respecto, sostiene que “tanto el dolo como la culpa implican conocimiento, pero en grados distintos que provocan niveles diferenciados de evitabilidad”.

Sin embargo, es más preciso partir, de acuerdo con Urs KINDHÄUSER (2008, pág. 5), en que “un autor actúa dolosamente si él, en atención a las circunstancias objetivas del hecho relevantes, obra con el grado de conocimiento, y *dado el caso con la disposición volitiva*, que requiere la definición objetiva de dolo que ha de ser aplicada” [las cursivas son nuestras]. Puesto que, si bien el elemento cognitivo es la base para toda forma de imputación subjetiva, y es el punto de referencia para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente (ambos de carácter sólo cognitivo); sin embargo, de ello no se sigue que otras

¹⁹⁰ Véase, también, en Urs KINDHÄUSER (2008, págs. 5-9; 2012, págs. 10-11).

formas de dolo y otros elementos subjetivos específicos no puedan definirse a través de un elemento volitivo normativizado¹⁹¹.

Teniendo esto en cuenta, en todo caso, la distinción entre el dolo (con sus límites inferiores en el dolo eventual), y la culpa debe determinarse en una “medición” adecuada del grado de conocimiento imputable. Esta determinación es un problema abierto en la dogmática jurídico-penal, pues depende de los criterios específicos que se tomen para realizar la delimitación. Al respecto, siguiendo a Armando SÁNCHEZ-MALAGA CARRILLO (2018a, págs. 440-442), se han propuesto cuatro criterios normativos para la distinción entre la imputación dolosa y la imprudente.

Primero, el criterio del deber infringido, según el cual la distinción se encuentra en función de la clase de deber que ha sido infringido por el autor (a los deberes de mayor valor les corresponde la imputación dolosa); segundo, el criterio de la norma infringida, según el cual la distinción depende de la clase de norma que ha sido contravenida por la conducta, si una prohibición expresa (dolo), o una norma objetiva de cuidado (imprudencia); tercero, el criterio de la actitud expuesta, según el cual de acuerdo con la intensidad de la actitud objetivada se realiza una mayor (dolo), o menor (imprudencia), desvaloración de la misma; y, cuarto, el criterio del riesgo creado, según el cual el dolo tendría como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan el pronóstico del resultado.

A pesar de estos esfuerzos, probablemente, no pueda realizarse una distinción total en abstracto entre los límites inferiores del dolo y los límites superiores de la imprudencia; pues, si bien se pueden formular criterios que permitan una fundamentación que justifique la distinción entre distintas formas de imputación subjetiva, su diferenciación en algún punto siempre resultará difusa¹⁹². Se entiende ello, al basarse en una diferenciación gradual, lo cual no implica que no exista distinción correcta

¹⁹¹ En esta línea, también, Urs KINDHÄUSER (2012, págs. 15-16); y, Gabriel PÉREZ BARBERÁ (2011, págs. 686-691), quien define al dolo eventual como dolo básico y, al dolo directo, como un caso de dolo calificado.

¹⁹² Al respecto, en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2005, págs. 691-708).

entre las categorías de la imputación subjetiva, sino que ésta dependerá de una aplicación concreta de los criterios normativos de imputación¹⁹³.

3. Las formas de dolo y sus fundamentos

Como se mencionó anteriormente, en el sistema del delito europeo-continental, el dolo tradicionalmente tiene una clasificación tripartita: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual¹⁹⁴. Se debe tener en cuenta que el sistema normativo penal peruano no contiene una definición de dolo ni señala sus clases, tal como sí lo hace la doctrina; esto, por un lado, permite la evolución de la dogmática según la construcción preferente de una teoría del delito. Sin embargo, por otro lado, ahonda la grave incertidumbre en la que se encuentran algunos puntos de la imputación subjetiva, como se ha visto en los apartados anteriores, como la distinción entre dolo e imprudencia, o los casos en los que se puede requerir un elemento subjetivo volitivo.

A pesar de esto último, siguiendo a Claus ROXIN (1997, pág. 415), “la distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada ‘intención (o propósito)’ (...) o utiliza expresiones equivalentes (‘para...’), y en otros casos, mediante el requisito de ‘actuar a sabiendas’ (...) o de actuar ‘de mala fe’, al menos excluye el dolo eventual”. En este sentido, se puede adelantar que los tipos penales de la parte especial frecuentemente tipifican la clase de dolo que requiere para su comisión típica; pudiendo hablar, por ejemplo, de casos de dolo directo o dolo indirecto tipificados.

Siguiendo esta línea, es posible agrupar las clases de dolo, entre aquellas en las que puede requerirse un elemento volitivo en un sentido fuerte: dolo

¹⁹³ Por otro lado, también es necesario tener en cuenta las posturas que eliminan la distinción entre dolo eventual y culpa consciente; por ejemplo, en María Laura MANRIQUE PÉREZ (2012, págs. 107-135), quien sostiene que “el conocimiento no marca diferencias específicas en ausencia de una acción. Un agente que no actúa puede conocer exactamente lo mismo que aquel que decide ejecutar una acción. En este sentido, el conocimiento *no* es dolo. Más aún, el conocimiento es completamente inerte para producir una acción en ausencia de otras intenciones específicas”. En esta línea, el dolo siempre tendría un elemento volitivo y, en consecuencia, el “dolo eventual” no sería un caso de dolo; por lo que, una solución posible sería la creación de una tercera forma de imputación subjetiva.

¹⁹⁴ Sin embargo, muchos autores que han optado por abandonar el elemento volitivo para la definición básica del dolo y, en específico, del dolo eventual, han extendido dicha conclusión hacia la construcción de un concepto unitario del dolo, abandonando la distinción entre formas o clases de éste; véase, respecto de ello, en Ingeborg PUPPE (2014b, págs. 300-316); en Ramón RAGUÉS I VALLÉS (1999, págs. 177-186); y, en Luis GRECO (2017, págs. 11-32).

directo y dolo indirecto; y, con ello, separarlas del dolo eventual, forma en la cual no existe un elemento volitivo o –según la teoría escogida–, sólo podría existir uno en sentido débil. Ello es relevante para poder determinar la clase de dolo específico que será posible imputar cuando los tipos penales requieran un elemento volitivo de mayor o menor vaguedad, pudiendo con ello delimitar la extensión de las formas de dolo entre éstas mismas y no sólo respecto de la imprudencia.

3.1. El dolo directo

El dolo directo, tradicionalmente, es la persecución de la realización del hecho delictivo y, en su caso, la puesta en marcha de una conducta con el propósito de conseguir el resultado típico¹⁹⁵. No es exigible que el autor se represente la producción de tal resultado como necesaria o segura, sino que como la consecución probable de su actuación. De similar manera, el propósito del autor no abarca los motivos y deseos que fundamentaron la formación de su conducta intencional; por el contrario, sólo se requiere que la “intención típica” se dirija a lograr el resultado buscado.

En esta línea, en principio, los móviles no forman parte del dolo directo. No importa qué fines ulteriores haya tenido el autor para realizar la conducta persiguiendo el resultado típico, siendo posible que, junto con el propósito típico, el autor haya buscado otros fines debido a distintos tipos de motivaciones¹⁹⁶. Siguiendo a Claus ROXIN (1997, págs. 420-421), los delitos de intención o de dolo directo pueden situarse en dos grupos de casos específicos¹⁹⁷; en el primero, se encuentran la clase de delitos en los cuales se requiere un perjuicio ajeno consciente e

¹⁹⁵ Al respecto, entre otros, en Claus ROXIN (1997, pág. 417); en Santiago MIR PUIG (2008, pág. 261); y, en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 438).

¹⁹⁶ Véase en Claus ROXIN (1997, págs. 418-419); en Harro OTTO (2017, págs. 141-42); y, en Rafael BERRUEZO (2012, págs. 1140-141).

¹⁹⁷ En el derecho penal alemán se utiliza la expresión *Abischt* para hacer referencia a lo que en la doctrina penal de lengua española se ha denominado dolo directo de primer grado, pero es traducida directamente como “intención o propósito”; véase la nota del traductor en Claus ROXIN (1997, pág. 415). Véase el análisis de los dos grupos de casos, también, en Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, págs. 438-439).

intencional, como cuando se tipifica la intención de lucrar mediante el engaño o la de apropiarse de un bien ajeno¹⁹⁸.

En el segundo grupo de casos, se encontrarán aquellos que se caracterizan sólo por una lesión típica de bienes jurídicos, como cuando el legislador requiere que se realice una conducta intencionalmente; con lo cual, no se modifica la figura del delito, sino que se exceptúa de poderse imputada mediante dolo eventual. No siendo relevante, en oposición a lo que sucede en el primer grupo de casos, que el perjuicio ocasionado sea directamente buscado por el autor, entrando con ello también la posibilidad en ciertos casos de una imputación por dolo indirecto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el elemento cognitivo es la base para todas las formas de dolo, éste no puede ser eliminado del dolo directo; por lo tanto, este último no puede ser imputado sólo mediante la determinación de un elemento volitivo (de intención o propósito). En esta línea, Urs KINDÄUSER (2012, pág. 16), señala que “el autor actuará con intención respecto del resultado siempre que, considerándola como una consecuencia posible –en el sentido de un riesgo concreto– de la conducta deseada, persiga la realización de dicho resultado”. Siendo, la determinación las posibles consecuencias, el elemento cognitivo del dolo directo.

En similar sentido, Harro OTTO (2017, pág. 142), define el dolo directo de la siguiente manera: “actúa intencionalmente el autor que es consciente del riesgo inmediato y concreto de lesión de un bien jurídico y que quiere realizarlo porque lo que le importa a él, como meta de su acción, es que se realice ese riesgo en la lesión del bien jurídico (resultado)”. Si bien estas dos últimas definiciones se acercan más a una normativización del dolo directo como forma de imputación subjetiva; sin embargo, continúan utilizando un lenguaje mental para hacer referencia

¹⁹⁸ Sin embargo, ello dependerá de cómo se encuentre construido cada tipo penal en concreto, en tanto debe haber una diferenciación entre los casos con dolo directo tipificado y los que cuentan con un elemento subjetivo adicional al dolo. En esta línea, Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, pág. 137), sostienen: “Las intenciones especiales mencionadas en los preceptos penales individuales (...) no son idénticas a la intención como forma de dolo. Aquellas constituyen elementos subjetivos del tipo con carácter independiente”.

al elemento subjetivo normativo, debiendo tener en cuenta que la imputación al dolo siempre es un juicio de valor.

3.2. El dolo indirecto

El dolo indirecto, tradicionalmente, se refiere a la realización de una conducta cuyas consecuencias o circunstancias no tienen lugar intencionadamente, pero su producción u ocurrencia eran seguras para el sujeto, quien las ocasiona conscientemente¹⁹⁹. En este sentido, este elemento subjetivo constituye un dolo de consecuencias necesarias; y, por ello, la presencia del elemento cognitivo predominaría frente al elemento volitivo que aún mantiene²⁰⁰. Lo determinante en el dolo indirecto consistiría, entonces, en que el autor tuvo un conocimiento seguro de que la lesión al bien jurídico se produciría al poner en marcha su conducta, sin importar que ésta no haya sido su finalidad concreta.

Esto último no elimina el elemento volitivo en el dolo indirecto. De acuerdo con Claus ROXIN (1997, pág. 424), éste “representa un ‘querer’ la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. ‘Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias’”. Entonces, se entiende que, si una persona conoce que el resultado típico de su conducta es una consecuencia necesaria o segura de ésta, se sigue que él se encuentra actuando intencionalmente²⁰¹.

Por otro lado, también se caracteriza esta forma de dolo como el actuar “a sabiendas” de que la conducta realizará el tipo penal²⁰². En este

¹⁹⁹ Al respecto, Claus ROXIN (1997, pág. 423); y, Santiago MIR PUIG (2008, pág. 262).

²⁰⁰ En esta línea, Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, pág. 138); y, también, Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 440), quienes sostienen que “el dolo directo (...) significa que el autor sabe *con seguridad* que concurren determinados elementos del tipo o que lo harán durante su acción y, particularmente, que prevé como algo seguro el acaecimiento del resultado típico. Aquí domina, pues, el factor *cognoscitivo* del dolo”.

²⁰¹ Al respecto, por ejemplo, Carlos Santiago NINO (1980, pág. 132), recalca que “no se discute la primera desviación del caso central de dolo, que implica hacer responsable a alguien por las consecuencias necesarias previstas de su acción intencional, aunque el agente no las desee y aunque prefiera que no ocurran. Esta clase de dolo se denomina ‘dolo de consecuencias necesarias’”. En este sentido, véase también, en Rafael BERRUEZO (2012, págs. 141-142).

²⁰² Al respecto, en Harro OTTO (2017, págs. 142-143). En similar sentido, Claus ROXIN (1997, pág. 424), recalca que “el legislador [alemán] designa el dolo directo (de segundo grado) mediante las expresiones ‘a sabiendas’ (...) o de ‘mala fe’”.

sentido, el elemento volitivo de la conducta no se encontraría referido directamente al resultado típico, sino que a las consecuencias secundarias del mismo. Por ejemplo, el caso de que una persona intenta lograr una meta o un fin determinado, pero conoce que para ello necesariamente se realizará una lesión a un bien jurídico (un resultado típico); por lo que, indirectamente también tendrá que intentar la realización del resultado.

Teniendo esto en cuenta, puede definirse el dolo indirecto señalando el caso de que “actúa a sabiendas el autor que no solo es consciente del riesgo inmediato y concreto de lesionar el bien jurídico, sino que además prevé como segura la realización del peligro *y, no obstante, actúa*” (OTTO, 2017, pág. 143). Las cursivas son nuestras y señalan un aspecto de suma relevancia para el dolo indirecto, en tanto éste demuestra que no sólo existe un elemento cognitivo de conocer con seguridad la realización del riesgo en un resultado típico; sino que, también, un elemento volitivo de poner en marcha la conducta pese a que se conoce la consecuencia necesaria antes mencionada.

En similar sentido, Urs KINDHÄUSER (2012, pág. 16), sostiene que el dolo indirecto implica una ampliación del componente cognitivo (respecto de la forma básica del dolo o dolo eventual), “de forma tal que, en lugar de la suposición de un riesgo concreto, se exija certeza o conocimiento seguro de la entrada del resultado (...). El autor actuará con dolo directo respecto del resultado siempre que considere la realización de dicho resultado como una consecuencia segura de la conducta deseada”.

3.3. El dolo eventual

El dolo eventual, tradicionalmente, se define de acuerdo con el caso del autor que considera seriamente que con su conducta se realizará tipo penal, pero se conforma con ello²⁰³. De similar manera, se

²⁰³ En este sentido, Johannes WESSELS, Werner BEULKE & Helmut SATZGER (2018, págs. 138-139); Hans-Heinrich JESCHECK & Thomas WEIGEND (2014, pág. 441); y, en Santiago MIR PUIG (2008, pág. 262); este último sostiene que “si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia *inevitable*, en el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece como un resultado *posible* (eventual)”.

sostiene que “actúa con dolo eventual el autor que es consciente del riesgo concreto e inmediato de lesionar el bien jurídico y que, a pesar de tener ese conocimiento, no renuncia a su plan” (OTTO, 2017, pág. 144). Sin embargo, como se ha visto anteriormente, el esclarecimiento de una definición para el dolo eventual es un problema abierto y de constante debate en la dogmática jurídico-penal.

Nuevamente, el problema radica en determinar si debe eliminarse el elemento volitivo para definir cualquier forma de dolo o si, por el contrario, debe hallarse una fundamentación del elemento volitivo que permita ubicarlo adecuadamente en el dolo eventual. En este último sentido, Claus ROXIN (1997, pág. 425), sostiene que “quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente (...) en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta ‘decisión por la posible lesión de bienes jurídicos’ es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición”²⁰⁴.

Frente a ello, se ha desarrollado la doctrina del dolo cognitivo, según la cual un comportamiento doloso es tal sólo por la concurrencia en el autor del conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal; no siendo, por el contrario, necesaria la constatación de un elemento volitivo por ser ello fútil²⁰⁵. Como consecuencia, asumir esta doctrina implica el establecimiento de un concepto unitario de dolo; es decir, toda forma de dolo se encontraría comprendida por la redefinición del dolo eventual a través del elemento cognitivo que lo compone de manera exclusiva.

En este sentido, Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2014, pág. 103), sostiene que “el injusto es doloso siempre que el autor se represente el hecho que va a suceder o los elementos típicos, aunque sea de forma insegura (dolo eventual), de tal manera que con una mínima disposición

²⁰⁴ También véase en Winfried HASSEMER (1990, págs. 915-919); y, en María del Mar DÍAZ PITA (2006, págs. 66-71). Un desarrollo crítico sobre esta fundamentación en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 112-121).

²⁰⁵ Al respecto, en Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2005, págs. 99-103); en José Antonio CARO JOHN (2012, págs. 27-30); y, en Percy GARCÍA CAVERO (2012a, págs. 490-492).

jurídica ya no se puede confiar en que no se producirá el hecho (en los delitos de resultado lesivo, que no se producirá el resultado como consecuencia del riesgo que se está creando)”. La imputación del dolo se reduciría, entonces, a la imputación del conocimiento que tuvo o debía tener el autor respecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, en su caso, de sus consecuencias.

Si bien el dolo eventual puede constituir la forma paradigmática y básica del dolo, de ello no se sigue necesariamente que otras formas de dolo no puedan tener un elemento volitivo; es decir, la doctrina del dolo cognitivo debe mantenerse como una forma de teorizar la forma básica de todo dolo y, en especial, del dolo eventual. Para conceptualizar el dolo como un elemento subjetivo general no es necesario, entonces, tener en cuenta un elemento volitivo específico; puesto que, para que un comportamiento sea doloso no se requerirá que se establezca qué es lo que específicamente quería realizar el autor, sino si al resultarle probable la realización del tipo penal no la evitó, rechazando así la norma penal²⁰⁶.

De igual manera, para distinguir el dolo eventual y la culpa consciente no es necesario partir de un elemento volitivo. Puesto que la culpa, como título de imputación subjetiva, “tiene por objeto un déficit de capacidad física o intelectual de evitación al momento de la decisión, que se sustenta en una falta de cuidado” (KINDHÄUSER, 2005, pág. 50). En otra terminología es posible afirmar que la imprudencia es un caso de error de tipo punible²⁰⁷; puesto que, pese a que el autor se encuentra en error o desconoce los hechos que constituyen el tipo penal, que se realizaría a través de su conducta, ésta le es imputable porque dicho defecto cognitivo es atribuible a su descuido, temeridad, indiferencia o

²⁰⁶ En sentido similar, Urs KINDHÄUSER (2005, pág. 49), sostiene que “actúa dolosamente quien no evita un comportamiento que conduce, con una probabilidad relevante para la decisión de un destinatario fiel a la norma, a la realización del tipo penal”.

²⁰⁷ En esta línea, Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2014, págs. 101-102); y, una posición similar, en Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, págs. 166-167), quien –siguiendo a Günther JAKOBS (1997b, págs. 127-146)–, parte de la distinción “entre *defectos volitivos* y *defectos cognitivos*, y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento, que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (*defecto volitivo*) e imprudentes (*defecto cognitivo*)”.

imprudencia: él tenía un deber de cuidado que, si se hubiera seguido, no hubiera permanecido en desconocimiento o error²⁰⁸.

Y, en específico, el caso de la culpa consciente es el de un error del conocimiento sobre la magnitud del riesgo relevante; es decir, de la infravaloración del riesgo creado por la conducta. Puesto que, pese a que el autor puede conocer la posibilidad de que se realice el tipo penal, dicha cognoscibilidad no es suficiente para que la no evitación de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado implique una contravención directa de la norma penal (o de su vigencia). Este autor se mantiene en un error o en ignorancia sobre un aspecto jurídicamente relevante del hecho, que le lleva en todo caso a “actuar por error”²⁰⁹.

Ahora bien, siguiendo a Urs KINDHÄUSER (2005, págs. 49-50; 2012, págs. 15-16), lo anterior no es obstáculo para que, al dolo eventual o básico, se le agreguen elementos volitivos o una mayor intensidad al elemento cognoscitivo, lo cual cualifica el título de imputación subjetiva a través de otras formas de dolo. Como ya se ha visto, el dolo indirecto es un caso de intensificación del elemento cognoscitivo que implica la aparición de un elemento volitivo indirecto; y, el dolo directo es un caso de adición estricta de un elemento volitivo (directo). En este último caso, el autor no sólo sabrá que realiza el tipo penal (dolo básico), sino que actuará para realizar el tipo penal (elemento volitivo), poniendo de manifiesto un déficit mayor de fidelidad al derecho.

²⁰⁸ Esta posición tiene paralelismo a la distinción entre imputación ordinaria e imputación extraordinaria, véase en Juan Pablo MAÑALICH RAFFO (2014, págs. 23-28); y, en Joachim HRUSCHKA (2009b, págs. 23-28).

²⁰⁹ A nuestro criterio, si bien, siguiendo lo desarrollado hasta ahora, la distinción entre dolo eventual y culpa consciente es cuantitativa (respecto del grado de conocimientos sobre los aspectos del hecho típico); sin embargo, ello no puede dar por resuelta la pregunta sobre los límites inferiores del dolo, puesto que no dice nada sobre en qué intensidad de conocimiento termina el dolo y empieza la imprudencia. Para resolver ello, es necesario un criterio cualitativo, específicamente, aquel que fundamente qué casos y por qué estos casos merecen una pena mayor, por ser delitos dolosos, que aquellos que serán de delitos culposos; sobre estos criterios, por ejemplo, véase en Ramón RAGÜES I VALLÈS (1999, págs. 32-43). En similar sentido, Winfried HASSEMER (1990, pág. 915), parte de la pregunta sobre “cuál es la razón que justifica el que en nuestro Derecho Penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuales como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como ‘ya doloso’ o como ‘todavía culposo’ solo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo”.

En definitiva, si bien la división tripartita del dolo no puede ser sobrevalorada ni calificarla de inmutable, no es necesario abandonarla por una concepción unitaria; en tanto que, la diferenciación entre formas de dolo no sólo ayuda a distinguir entre dolo (eventual o básico), e imprudencia, sino que puede mostrar que no todos los casos de comportamientos dolosos son igual de graves²¹⁰. De similar manera en que los delitos imprudentes merecen una pena menor que los delitos dolosos, los delitos imputables a título de dolo directo merecen una mayor pena que los delitos sólo imputables a título de dolo eventual; por un parte, ello dependerá de la tipificación de los delitos de la parte especial, pero por otra, también, de cómo haya ocurrido el hecho en cada caso concreto.

4. Los elementos subjetivos específicos o adicionales al dolo

Los delitos imputables a título de dolo frecuentemente incorporan elementos subjetivos adicionales a éste; sin embargo, no siempre es clara la delimitación entre los elementos que forman parte del tipo subjetivo y aquellos que constituirían elementos de la culpabilidad; además, es debatible la relación del dolo con otros elementos subjetivos: los de justificación, si es estos son requeridos en el sistema del delito que se defiende. Delimitar estos aspectos escapa de la construcción de un marco teórico que coadyuve a la resolución del problema planteado en el presente trabajo, por lo que a continuación se desarrollara una concepción de los elementos subjetivos adicionales al dolo aparentemente no conflictiva, aunque en realidad no pueda serlo.

Entonces, un elemento subjetivo del tipo penal es tal porque “puede caracterizar al tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto” (ROXIN, 1997, pág. 312); por lo tanto, los elementos subjetivos del

²¹⁰ En otro sentido, Günther JAKOBS (1995, págs. 336-337) también sostiene que “el dolo eventual no basta en algunos delitos, en general o en relación con ciertos elementos del tipo, porque debe descartarse del tipo el comportamiento arriesgado aun de modo permitido. Ello se efectúa agudizando lo meramente doloso hasta exigir la actuación a sabiendas (...). En muchos casos se describe el dolo como relación de planeamiento, p. ej., con el concepto de intención o con la formulación ‘para-infinitivo’”.

injusto están siempre en referencia al tipo penal y no sólo deben servir para un mayor reproche del injusto, sino que también para poder terminar de definir la conducta típica.

Además de ello, los elementos subjetivos adicionales al dolo, de similar manera que como funcionan el dolo directo y el dolo indirecto, constituyen construcciones de dolo cualificado²¹¹. De esta manera, de acuerdo con Günther JAKOBS (1995, pág. 370), estos elementos constituyen un “*plus* en relación con los requisitos mínimos de una acción [que] pertenece al tipo de injusto, dado que en tales casos no se puede determinar el injusto típico jurídico-penal sin las cualificaciones de la evitabilidad”²¹². Debiendo plantearse la posibilidad de que los elementos volitivos o de cognoscibilidad necesaria, que cualifican al dolo directo y al dolo indirecto, constituyan elementos subjetivos adicionales al dolo eventual o básico.

Una asimilación de este tipo permite observar las semejanzas con las cuales actúan los elementos subjetivos que cualifican el dolo; sin embargo, deja de lado la autonomía ganada por el dolo directo y el dolo indirecto como formas de imputación subjetiva, inclusive, con independencia de la descripción del tipo penal. Dicho de otra manera, las formas de dolo no básicas pueden imputarse a pesar de que no se encuentran tipificadas o previstas en los tipos penales de la parte especial; por el contrario, los elementos subjetivos adicionales del dolo dependen de su regulación en la parte especial. Además, estos pueden imputarse en adición al dolo indirecto o al dolo directo, por lo que son elementos subjetivos adicionales a toda forma de dolo.

Ahora bien, la sistematización de estos elementos subjetivos resulta problemática al depender de la variada forma del lenguaje o la técnica legislativa en la redacción de las leyes penales de la parte especial; sin embargo, a fin de realizar una exposición más completa de estos elementos,

²¹¹ En sentido similar, “los tipos de la Parte Especial generalmente no se conforman en la parte subjetiva con que concurra una acción de cierta clase (...), sino que requieren de evitabilidad cualificada, es decir, dolo (...), o incluso dolo cualificado, bien referido a todo el tipo, bien a elementos singulares” (JAKOBS, 1995, pág. 370).

²¹² El problema sobre si los motivos o intenciones específicas, establecidas en los tipos penales, deben servir para la graduación de la pena o en qué sentido pueden hacerlo, no puede ser esclarecido en esta instancia; pero, debe admitirse como punto de partida que su relevancia en el reproche penal se encuentra en tensión con los principios liberales del derecho penal; véase, por ejemplo, en José Milton PERALTA (2010, págs. 251-276).

es posible resumir una clasificación tentativa. Esto, partiendo de la subdivisión realizada por Edmund MEZGER, entre delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión, matizada de acuerdo con las distintas posturas actualmente existentes²¹³.

En los delitos de intención, el tipo subjetivo requiere que la intención del autor se encuentre dirigida a un resultado que va más allá (es ulterior) del tipo objetivo; es decir, la conducta debe comprender una intención directa determinada con resolución posterior al hecho típico. Este tipo de delitos también son caracterizados por contar con un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente²¹⁴; el cual puede llegar a constituir un delito mutilado de dos actos o un delito cortado de resultado. En el primero, el resultado adicional debe ser provocado por una acción ulterior; en cambio, en el segundo, el resultado ulterior debe ser producido por la propia acción típica sin ninguna adición²¹⁵.

En los delitos de tendencia, el tipo subjetivo requiere que una tendencia subjetiva sea inherente a un elemento típico o determine el tipo de delito. En similar sentido, Günther JAKOBS (1995, pág. 371), identifica que “los elementos de otro grupo ulterior de intenciones trascendentes se refieren a un *planeamiento* del autor que determina la lesión del bien sólo *según su clase* (...). A este grupo pertenecen también todas las intenciones de obtener beneficio en las que el beneficio está delimitado específicamente para cada delito”. Entonces, en estos casos ya no se busca un fin ulterior, sino que se confiere a la acción típica en sí misma un determinado sentido subjetivo²¹⁶.

En los delitos de expresión, la realización de la conducta prevé un proceso interno en el autor; como en el caso del conocimiento de estar declarando una falsedad, con lo cual sólo con dicho conocimiento una declaración falsa en un proceso podría constituir un delito. Sin embargo, teniendo en cuenta que esta cognición debe ser parte del dolo básico del delito mencionado, resulta posible descartar esta subdivisión²¹⁷. En todo caso, esta clasificación

²¹³ En Claus ROXIN (1997, págs. 316-318).

²¹⁴ De esta manera, Santiago MIR PUIG (2008, pág. 278), sostiene que estos elementos subjetivos están constituidos “por una finalidad o motivo que va más allá de la (trasciende a la) realización del hecho típico”.

²¹⁵ Véase en Claus ROXIN (1997, pág. 317); y, en Santiago MIR PUIG (2008, pág. 278).

²¹⁶ También, en Santiago MIR PUIG (2008, pág. 278),

²¹⁷ Nuevamente, en Claus ROXIN (1997, pág. 317); y, en Santiago MIR PUIG (2008, pág. 279).

siempre será incompleta –inclusive, insatisfactoria–, en tanto más indeterminado pueda encontrarse el lenguaje de lo subjetivo adoptado por el legislador²¹⁸.

Por otro lado, también resulta relevante la individualización de los denominados elementos de actitud interna. De acuerdo con Claus ROXIN (1997, págs. 314-316), sólo aquellos que son “impropios”, pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad; puesto que, los “propios” son simplemente un reproche agravatorio por una disposición interna del sujeto, en cambio, los “impropios” son parte del tipo subjetivo. Por ejemplo, el elemento de la crueldad innecesaria en la forma de la comisión de un delito contra el cuerpo, la vida y la salud; y, en definitiva, estos elementos sólo pertenecerán, también, al injusto si no dependen de las cualidades o actitud totalmente internas del sujeto²¹⁹.

5. Concepciones sobre la determinación del dolo y de los elementos subjetivos

En los apartados anteriores se ha podido observar que doctrinarios con distintas posturas sobre la dogmática penal, comúnmente, utilizan un lenguaje sobre lo subjetivo que alude a lo mental o a lo psicológico; sin embargo, en muchos casos, a pesar de utilizar, por ejemplo, el término “intención” para hablar de dolo directo o de un elemento subjetivo adicional al dolo, no necesariamente están haciendo referencia a algo interno al sujeto. Ello, en gran medida, depende de la concepción o el enfoque que se tenga sobre la conceptualización, determinación y delimitación sobre los elementos subjetivos del injusto y, en especial, del dolo.

Se pueden plantear dos enfoques que engloban distintas concepciones, por un lado, las concepciones psicológicas y, por otro, las concepciones

²¹⁸ De manera crítica, Günther JAKOBS (1995, pág. 374), sostiene que “numerosos elementos de la motivación, así como de la totalidad de los elementos de la actitud, constituyen un indicio de la etificación del Derecho penal al tiempo que de la ineficacia del legislador: El Derecho penal ya no perfila con precisión qué acciones no deben realizarse, sino que completa la indicación de una descripción de acción con qué actitud no se debe obrar. Así desaparece la taxatividad del tipo en aras de una valoración que concede a la interpretación un ámbito incontrolable”.

²¹⁹ En sentido similar, véase en Günther JAKOBS (1995, pág. 374), quien sostiene que, de manera general, estos elementos subjetivos pertenecen al injusto; sin embargo, si estos también atienden a circunstancias ajenas a la acción típica, también pueden ser parte de la culpabilidad.

normativas²²⁰; sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta división y las subdivisiones que se realizarán a continuación no deben ser entendidas como delimitaciones cerradas, sino que muchas teorías pueden ser consideradas mixtas o difusas en su clasificación. A pesar de esto, ciertos postulados básicos son prioritarios en las distintas concepciones, lo que permite realizar una sistematización de éstas.

5.1. Concepciones psicológicas

De acuerdo con la concepción psicológica, el que “una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehacientemente que ésta ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y, según los autores, intenciones)” (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pág. 205). De ello se pueden extraer dos ideas básicas, primero, que los conocimientos e intenciones que requerirían acreditación constituirían procesos efectivamente acontecidos en la mente del sujeto; y, segundo, presume que tales fenómenos mentales pueden ser averiguados después de ocurridos como hechos históricos en un eventual proceso penal.

En este sentido, el dolo y los elementos subjetivos adicionales a este título de imputación constituyen estados mentales que ocurren como fenómenos de naturaleza psicológica. A grandes rasgos, según este enfoque, existiría además una confluencia o una equiparación entre el elemento subjetivo del injusto y el estado mental; es decir, averiguar qué hecho psicológico tuvo el sujeto al momento de cometer el hecho es lo mismo que realizar la actividad de tipificación del hecho al tipo subjetivo²²¹.

²²⁰ Una sistematización más detallada sobre los enfoques que pueden adoptarse, en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA (2018a, págs. 219-221).

²²¹ Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999, pág. 206), sostiene que según esta concepción, “el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una *realidad pretérita*: lo que interesa son determinados fenómenos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo”. De manera crítica, también Günther JAKOBS (1995, págs. 375-376), sostiene que “el Derecho penal tiene una psicológica esotérica; lo que no quiere decir que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho, pero sí que el Derecho penal escoge los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valora según ellos, lo cual puede ser a veces poco compatible desde el punto de vista de la psicología individual”.

Sin embargo, algunas concepciones psicológicas matizan las relaciones entre la normativización de los tipos penales y la relevancia de la realidad mental; por ejemplo, José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2007, pág. 267) alude a un proceso que inicie con “una formulación de cada elemento subjetivo que exprese de modo preciso la realidad psíquica individual que satisface esas exigencias normativas [de la normativización del Derecho penal], a lo que seguirá una constatación procesal encaminada a comprobar si ha ocurrido en el caso concreto tal realidad”. En esta línea, es posible identificar varios tipos de concepciones psicológicas con rasgos más particulares.

5.1.1. Concepción psicológica-individual

Las posturas teóricas que pueden ser categorizadas en la concepción psicológica individual tienen como común denominador la insistencia en la relevancia de la realidad psicológico-individual en la formulación y en la constatación de los elementos subjetivos del delito²²². En esta línea, la posición de la realidad empírica psicológica en relación con los elementos subjetivos es el centro de esta concepción, la determinación de estos últimos depende de la averiguación de la primera.

Sin embargo, siguiendo a José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2007, págs. 266-275), el enfoque psicológico-individual acepta y fomenta una cuidadosa acotación de la realidad psicológica a tenor de las exigencias normativas, lo cual no constituiría un obstáculo para las exigencias metodológicas de tal enfoque. Entonces, esta concepción se propone como una superación de las tensiones entre lo normativo y lo psicológico en la formulación y constatación de los elementos subjetivos del injusto.

Asimismo, busca obtener una legitimación o justificación a partir de las convicciones generales de la sociedad; lo cual, para esta concepción, constituye un criterio irrenunciable en las sociedades democráticas, que se aplica sobre los hechos psicológicos de

²²² Al respecto, véase un estudio amplio en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2007, págs. 9-49).

acuerdo con las ciencias y la metodología empíricas, tal como se entiende en la sociedad. De esta manera, la concepción psicológica-individual se apoya, también, en una psicología del sentido común, perteneciente al ámbito compartido de las personas en sociedad.

5.1.2. Concepción psicológica-colectiva

La concepción psicológica-colectiva tiene como punto de partida la visión de la realidad psicológica adoptada por el psicoanálisis en relación con los fenómenos sociales; es decir, proponen la aplicación de los postulados psicoanalíticos al estudio de los hechos psicológicos en la sociedad. En esta línea, se tiene como postulado básico que las personas, para integrarse a una sociedad, deben renunciar a la satisfacción de impulsos e instintos; y, ello es fomentado por mecanismos de control social como el Derecho²²³.

De acuerdo con ello, se tendría que “el delincuente nos muestra, que la solución adoptada por nosotros no es la única, que cabe también optar por la realización abierta de esos deseos instintivos. El delincuente despierta tanta envidia, deseos de imitarle, en una primera reacción” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, pág. 131). En consecuencia, la pena consistiría en el desincentivo social de que todas las demás personas imiten al delincuente; uniendo, por ello, un efecto intimidatorio de la pena con la represión por la personalidad del sujeto, lo cual resulta cuestionable en una sociedad democrática.

5.1.3. Concepción psicológica-volitiva

Por otro lado, comúnmente en base a postulados de la concepción psicológica-individual, se puede identificar una concepción psicológica-volitiva del dolo; de acuerdo con ésta, “*a nivel conceptual*, la conducta dolosa implica una relación subjetiva del autor con el resultado típico del delito. Es concebida como una conducta intencional para producir un resultado típico. *A nivel aplicativo*, el dolo es un elemento interno, una actitud del sujeto activo frente al delito,

²²³ Al respecto, véase un estudio amplio en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2007, págs. 129-161).

que debe ser probada en el proceso penal” (SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, 2018a, pág. 221).

En este sentido, vemos que las teorías que pueden agruparse en esta concepción tienen como eje central, para la determinación y conceptualización del dolo, su elemento volitivo; por lo cual, se encuentran comprometidas con un concepto de dolo que integre conocimiento y voluntad²²⁴. Pero, además, con la exigencia de la prueba de la efectiva existencia de los elementos volitivo y cognitivo como estados mentales que se encuentran, claro está, en la mente del autor del hecho delictivo.

5.1.4. Concepción psicológica-cognitiva

Las teorías que pueden agruparse en la concepción psicológica-cognitiva del dolo abandonan la presuposición de la necesidad del elemento volitivo para su configuración; en esta línea, Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, pág. 229), sostiene que según esta concepción “*a nivel conceptual*, la intencionalidad de producir el resultado no juega un rol relevante, sino más bien el nivel de representación subjetiva que tiene el autor frente a la probabilidad de producir el resultado. *A nivel aplicativo*, (...), conciben al dolo como un elemento interno, una actitud del sujeto frente al delito, que debe ser probada en el proceso”²²⁵.

Esta concepción es, tal vez, la más difundida en la dogmática y la práctica penal, o la que se asume comúnmente cuando simplemente se afirma que el dolo es conocimiento. En esta línea, se asume que el concepto de dolo es independiente de un elemento volitivo, y se lo identifica con la representación efectiva del autor frente a la conducta y su resultado como un estado mental que sucede en tanto hecho

²²⁴ Un análisis de las teorías ubicables en esta concepción, en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, págs. 221-229), entre éstas, la teoría del libre albedrío de Carrara, las teorías de la voluntad (consentimiento), la teoría de la indiferencia de Engisch, la teoría de Mezger y las teorías modificadas de la voluntad.

²²⁵ El mismo autor realiza un análisis de las teorías ubicables en esta concepción, véase en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, págs. 229-237), entre éstas, la teoría determinista de Von Liszt, las teorías de la representación, la teoría finalista de Welzel, la teoría de Armin Kaufmann y la teoría de Mir Puig.

psicológico. El dolo es lo que efectivamente el sujeto conocía o representaba como de probable consecuencia con su actuar²²⁶.

Por otro lado, una vertiente distinta de esta concepción, ante la pérdida de fuerza de la concepción subjetiva de la probabilidad, alude a una “concepción objetiva de la misma, en la que lo importante ya no sería el nivel de representación subjetiva del autor, sino la característica objetiva de aquello que se represente (el peligro). Se plantea entonces una objetivización del enfoque, acercándose a planteamientos más normativistas” (SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, 2018a, pág. 237).

5.2. Concepciones normativas

Las teorías que son comprendidas por las concepciones normativas en sentido estricto se caracterizan por el rechazo de la principal tesis de las concepciones psicológicas, esto es, de que el dolo se encuentra constituido por estados mentales o fenómenos psicológicos. Esto, de acuerdo con Ramón RAGUÉS I VALLÉS (1999, pág. 275), puede deberse a dos grandes causas, primero, porque la concepción psicológica en realidad no puede ser llevada a la práctica; o, segundo, porque al derecho penal no le interesan o no le debe interesar la realidad psicológica.

En este sentido, estas posturas descartan que sea necesario averiguar algún estado mental para afirmar, en términos de consecuencia, que una conducta sea dolosa; por el contrario, el dolo únicamente se imputa o se atribuye y, en específico, constituye la adscripción de un determinado conocimiento o voluntad al sujeto. De esta manera, en el proceso penal, no se prueba el dolo, sino que afirmar que una conducta es dolosa constituye una actividad plenamente adscriptiva y no descriptiva.

²²⁶ De esta manera, Luis GRECO (2017, pág. 30), sostiene que “psicológicamente, el dolo es conocimiento, y no conocimiento y voluntad. Si todo este es conocimiento y la voluntad no tiene allí relevancia alguna, no existe ya motivo para diferenciar el dolo directo (tanto el de primero grado como el de segundo) y el dolo eventual. Habrá, pues, solamente una forma de dolo”.

Además, con ello se podría afirmar que no existe ningún tipo de contrastación empírica para poder imputar el dolo; e, inclusive que los hechos psicológicos no tienen significado propio para el derecho penal²²⁷. En esta línea, se realiza una aplicación de los postulados de las teorías normativas del derecho penal y, en especial, de sus formas más radicales; puesto que, buscan independizar completamente la normativización de los elementos subjetivos de cualquier influencia de la realidad (ontológica, subjetiva, interna o psicológica).

5.2.1. Concepción normativa-volitiva

De acuerdo con la concepción normativa-volitiva, el dolo se entiende “ya no *psicológico-descriptivo*, sino *atributivo-normativo*. Aquí, la voluntad no es más una entidad interna de la psiquis de alguien, sino una atribución, esto es, una forma de interpretar un comportamiento con amplia independencia de la situación psíquica del autor. Decir ‘la voluntad del autor estaba dirigida a X’ significa, con base en esta segunda acepción, no la existencia, en algún momento, de algo dentro de la cabeza del autor, susceptible de ser designado bajo el término voluntad” (GRECO, 2017, pág. 13).

En similar sentido, Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, pág. 243), entiende que las teorías de esta concepción “a *nivel conceptual*, conciben a la conducta dolosa como aquella que se realiza con conocimiento y voluntad. A *nivel aplicativo*, el dolo es un juicio normativo de atribución que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito”. En esta línea, manteniendo la definición tradicional del dolo, se abandona la búsqueda de su averiguación como estados mentales y, en lugar de ello, se proponen criterios para su atribución²²⁸.

²²⁷ Al respecto, en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, págs. 237-242), sobre el abandono de las concepciones psicológicas en estas direcciones.

²²⁸ De esta manera, Winfried HASSEMER (1990, págs. 927-931), sostiene que “los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido) pero no son suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento). A esto se añade que la composición de los indicadores requiere un gran cuidado, pues no podemos saber nada acerca del dolo fuera de la deducción a través de indicadores”; y, que “el dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por

Entonces, la propuesta primordial de esta concepción lo constituye la formulación de criterios de imputación subjetiva del dolo (indicadores) que se muestren como caracteres externos de la conducta, desde los cuales puede atribuirse el dolo como conocimiento y voluntad. Debiendo existir, por tanto, una doble valoración en el juicio normativo de tipicidad subjetiva, en el plano cognitivo y en la determinación de un elemento volitivo del dolo, precisamente, la decisión contra el bien jurídico.

5.2.2. Concepción normativa-cognitiva

Por último, las teorías que se agrupan en la concepción normativa-cognitiva, comúnmente caracterizadas como doctrinas del dolo cognitivo, entienden “*a nivel conceptual, (...) que el elemento volitivo del dolo es un componente de menor rango que el elemento cognitivo. Plantean así que, cuando alguien realiza un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, no puede sostener que no quiso realizarlo (...). A nivel aplicativo, el dolo es un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del sujeto activo del delito*” (SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, 2018a, págs. 248-249)²²⁹.

En contra de lo que se asume en la concepción normativa-volitiva, en la concepción normativa-cognitiva sólo se tendrían que establecer y aplicar criterios de imputación subjetiva del dolo (indicadores) respecto de la atribución del conocimiento al sujeto, no teniendo relevancia el establecimiento de una voluntad en este sentido. Teniendo como distinción entre las teorías que adoptan esta concepción el nivel de normativización que se adopta y el nivel de objetivación del dolo, frente a su subjetivización.

Esto tiene, al menos, dos consecuencias. Primero, que tal como se aludía anteriormente –al desarrollar las formas de dolo–, el dolo

consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo”.

²²⁹ El mismo autor realiza un análisis de las teorías ubicables en esta concepción, véase en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018a, págs. 248-264), entre éstas, las teorías del dolo de Frisch, Corcoy Bidasolo, Silva Sánchez, Feijoo Sánchez, Hruschka, Jakobs, Herzberg, Puppe y Ragués i Vallès.

eventual se convierte en la forma arquetípica del dolo; y, segundo, que el conocimiento atribuible del dolo no se refiere a todos los elementos objetivos del dolo, pues el resultado de lesión es ajeno a tal cognición del sujeto al momento de actuar. Sin embargo, también puede aludirse que, en mayor o menor medida, la última consecuencia de esta concepción es el abandono de la relevancia de lo que el sujeto conocía por lo que el sujeto debía conocer.

Del plano normativo, entonces, se llegaría a una consecuencia supuestamente necesaria al ámbito procesal: *“si con el Derecho penal debe conseguirse algún tipo de efecto su empleo no puede estar condicionado por la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que no pueden ser reconstruidas de modo fidedigno”* (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, págs. 290-291). En definitiva, si inclusive el conocimiento como estado mental es abandonado para la formulación y la constatación del dolo, no quedaría ningún tipo de relevancia de la realidad psicológica para la imputación subjetiva en el derecho penal ni para la prueba el proceso penal.

TÍTULO V

LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LAS CATEGORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. El principio de la debida motivación de las decisiones judiciales

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones y exponerlas al ámbito público; es decir, en un Estado de Derecho en donde las decisiones judiciales no sólo se encuentran vinculadas a la ley, sino que también a la constitución como norma vinculante, caracterizada por su rigidez y por positivizar valores que constituirán derechos fundamentales de la persona, el juez tiene un papel distinto que en otros modelos de Estado de Derecho (como el legislativo). En esta línea, el juez debe hacer valer la constitución por encima de la ley; y, en tanto que la constitución ha positivizado parte del ámbito moral, el juez puede

crear derecho y encontrarse discrecionalmente complementando las disposiciones del legislador²³⁰.

Este papel inminentemente más activo del juez en el sistema jurídico debe implicar, también, mayores controles contra la discrecionalidad no reglada o la arbitrariedad; en otras palabras, es necesario controlar las decisiones judiciales a fin de que la discrecionalidad en dicha actividad no se convierta en una arbitrariedad, debido a su capacidad de sobrepasar en algunos casos la vinculación inmediata con la legislación. En esta línea, al juez no sólo se le exige motivar su decisión, esto es, dar las razones que la apoyarían; sino que, también, se exige que esta motivación sea adecuada, que las razones dadas efectivamente constituyan un razonamiento jurídico que brinde justificación a la toma de la decisión.

Por ello, existe una equivalencia funcional entre la motivar y argumentar; en efecto, motivar una decisión judicial constituye una actividad racional institucionalizada que puede ser analizada, reconstruida u observada como argumentación jurídica²³¹. Es decir, motivar adecuadamente sólo puede significar construir un razonamiento jurídico consistente en inferir, a partir de proposiciones o premisas (una normativa y una fáctica), una conclusión; pero, siempre que, esta última se encuentre justificada, debido a que las premisas también lo están, conformando un razonamiento válido y sustancialmente correcto.

Entonces, la debida motivación de una decisión judicial requiere de una teoría que explique y reconstruya las formas adecuadas de la argumentación jurídica; en este sentido, inclusive, Luigi FERRAJOLI (2011c, págs. 44-45), alude a “la importancia de una adecuada teoría de la argumentación jurídica, que esté en condiciones de guiar racionalmente la motivación de las decisiones tomadas en el ejercicio de los tres poderes que corresponden a aquellos espacios”. Es decir, a los poderes de calificación jurídica, de

²³⁰ Sobre el papel del juez en el Estado Constitucional de Derecho, véase en Marina GASCÓN ABELLÁN & Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2016, págs. 21-37).

²³¹ Sobre la relación entre la argumentación y la motivación de las resoluciones judiciales, véase en Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ (2014, págs. 39-42). En esta línea, también Ricardo GUASTINI (2014, pág. 233), sostiene, “obsérvese: el vocablo ‘motivación’, de uso común en el lenguaje jurídico para denotar una de las dos partes constitutiva de cualquier sentencia (siendo la otra parte ‘dispositiva’, es decir, la decisión en sentido estricto), lleva a confusión. ‘Motivación’, en efecto, significa exposición no ya de ‘motivos’ [estados (o eventos) mentales, psíquicos], como se suele decir, sino –técnicamente hablando–, de ‘razones’. Es decir, la motivación es un razonamiento”.

verificación fáctica y de equivalencia de connotación, que pueden encontrarse inmersos en los ámbitos o espacios de la discrecionalidad judicial²³².

En consecuencia, el principio de la debida motivación de las decisiones judiciales requiere del estudio de las categorías de la argumentación jurídica, desde las cuales será posible controlar, evaluar o realizar razonamientos jurídicos que cumplan, en lo mayor posible, con la pretensión de corrección necesaria en la actividad jurisdiccional²³³. Siempre y cuando, este principio constituya una norma constitucional directamente vinculante a todos los jueces de un sistema jurídico; lo cual, se cumple en el sistema jurídico peruano, tanto para la justificación de la premisa normativa como para la de la premisa fáctica.

2. Las categorías de la teoría de la argumentación jurídica

Ahora bien, la argumentación jurídica, en tanto discurso normativo, tiene raíz en la razón práctica; esto es, con argumentaciones consistentes en dar razones en apoyo a decisiones sobre qué hacer u omitir. Ello hace entrever que la argumentación jurídica es una especie de una argumentación más general, de un discurso práctico general, que posee reglas y formas racionales para la fundamentación de decisiones, en su sentido más amplio. Esta es la tesis del caso especial que, de acuerdo con Robert ALEXY (2007, pág. 295), se fundamenta en: “(1) que las decisiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado”.

Entonces, el discurso jurídico se encuentra comprometido con la corrección de los enunciados que lo componen, ya sean de naturaleza

²³² Inclusive, porque Luigi FERRAJOLI contrapone su concepción de constitucionalismo garantista a la de un constitucionalismo principialista o argumentativo; véase, una crítica sobre ello, en Manuel ATIENZA (2011, págs. 73-88).

²³³ Siendo todo discurso jurídico institucionalizado, es decir, limitado y restringido por reglas pertenecientes a un sistema, Robert ALEXY (2007, pág. 297), sustenta la pretensión de corrección en que, “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente [un enunciado jurídico normativo afirmado] pueda ser racionalmente fundamentado”; bajo la premisa de que “quien fundamenta algo pretende que su fundamentación sea acertada y, por ello, su afirmación correcta”.

normativa o fáctica; puesto que, siempre se buscará una decisión correcta o la mejor decisión posible en el marco del sistema jurídico para el caso en concreto. Al respecto, la teoría estándar de la argumentación jurídica ha creado las categorías indispensables para la reconstrucción de los razonamientos jurídicos; aunque, normalmente, se han aplicado para la justificación de las premisas normativas de dichos razonamientos²³⁴. En todo caso, estas categorías constituyen la base de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, abierta a también fundamentar la prueba de los enunciados de hecho.

En primer lugar, es necesario distinguir entre el **contexto de descubrimiento y el contexto de justificación**, en el marco de la adopción y emisión de una decisión judicial. El primero refiere a las causas que influenciaron en la toma de decisión; la segunda, en cambio, refiere a las razones bajo las cuales se justificó la decisión tomada. En este sentido, en el contexto de descubrimiento “aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que ha condicionado un conocimiento científico o, análogamente, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica”; en cambio, “lo esencial en el contexto de justificación es, en sede de argumentación jurídica, el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante” (GARCÍA FIGUEROA, 2014, pág. 144)²³⁵.

En este sentido, la motivación de la decisión judicial se encontrará siempre en el contexto de justificación del razonamiento jurídico; sin embargo, dotar de racionalidad a este contexto, también implicará que el contexto de descubrimiento se dote de sentido al existir una orientación sobre cómo podrá encontrarse justificada una decisión. De esta manera, este último contexto tenderá a racionalizarse en tanto que se exigirá que los motivos que llevaron a la decisión sean convertidos o explicados a través de razones plausibles de ser contrastadas y evaluadas.

²³⁴ La teoría estándar de la argumentación jurídica alude a los trabajos y aportes a la conformación de los estudios sobre el razonamiento jurídico, realizados por Robert ALEXANDER (2007), y por Neil MACCORMICK (2018). Aunque, también son relevantes los trabajos de Aulis AARNIO (2016), y de Aleksander PECZENIK (2009). En todo caso, las categorías construidas por estos autores han resultado ser de exitosa aplicación, también, para la justificación de la premisa fáctica, especialmente, para la verificación del enunciado de hecho; respecto de ello, véase entre otros en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010).

²³⁵ En esta línea, también, en Manuel ATIENZA (2004, págs. 31-36; 2013, págs. 114-116).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la distinción entre **justificación interna y justificación externa**; en la primera, se busca establecer la corrección lógica de los argumentos, es decir, que las inferencias que conforman el razonamiento jurídico sean válidas de acuerdo con los criterios de la lógica; y, en la segunda, se busca establecer la corrección de las premisas que estructuran el razonamiento jurídico, en base a su respaldo argumentativo y de acuerdo con criterios normativos o epistemológicos (según de qué premisa se trate)²³⁶. En un sentido, entonces, la justificación interna del razonamiento será materia de lógica jurídica; mientras que, la justificación externa, en estricto, será materia de la argumentación jurídica.

En todo caso, no debe pensarse que se abandona la construcción de un silogismo jurídico como arquetípica forma de la construcción de un razonamiento jurídico; por el contrario, que la lógica deductiva no sea suficiente para alcanzar la corrección del razonamiento no quiere decir que ésta sea abandonada, sino que implica que requiere ser complementada por una teoría de la argumentación jurídica más completa. Por ello, la construcción de una argumentación jurídica, normalmente, se centrará en la justificación de las premisas del razonamiento, a fin de dotarlas de solidez; y, de esta manera, puedan estructurar válidamente el silogismo judicial.

En tercer lugar, se ha determinado la existencia de **problemas que aquejan a la justificación interna del razonamiento jurídico** y, con ello, se demuestra la necesidad de su apertura a las razones de la justificación externa. En este sentido, siguiendo a Neil MACCORMICK (2018), existen problemas de relevancia, que suceden cuando el sistema jurídico no determina claramente qué norma es aplicable a un caso concreto; problemas de interpretación, cuando el lenguaje de las disposiciones normativas es ambiguo o adolece de vaguedad; problemas de prueba, relativos a la demostración de los enunciados de hecho del caso; y problemas de calificación jurídica, en relación a la correcta interpretación de los enunciados de hecho probados en función de las normas relevantes²³⁷.

²³⁶ Véase, entre otros, en Jerzy WRÓBLEWSKI (2013, págs. 45-65); en Robert ALEXY (2007, págs. 306-319); en Manuel ATIENZA (2004, págs. 61-62; 2013, págs. 103-106); y, en Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ (2014, págs. 57-79).

²³⁷ Véase, también, en Marina GASCÓN ABELLÁN & Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2016, págs. 168-181).

En cuarto lugar, esto nos lleva a **la diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles**. Ésta proviene de la teoría del derecho de Ronald DWORKIN (1984, págs. 61-101, 146-208), la cual, justamente, tiene como eje central la reducción de la incertidumbre causada por los casos difíciles. Estos casos judiciales inicialmente fueron pensados como aquellos en los cuales el litigio acaecido no puede subsumirse claramente en una norma jurídica; y, a pesar de ello, el juez tiene la obligación de resolver el caso de acuerdo con el derecho. La respuesta de Ronald DWORKIN resultó en la formulación de una teoría de la adjudicación, en base a la tesis de los derechos, que explicase cómo en los casos difíciles los jueces aplican principios; y, por el contrario, en los casos fáciles, ellos aplican reglas.

En este sentido, sostiene la tesis de que la toma de decisiones judiciales excluye a los argumentos políticos, por no existir una discrecionalidad judicial tal como el positivismo jurídico entiende; por lo que, los casos difíciles son la apertura para la aplicación de principios y, por tanto, para la argumentación jurídica en sede judicial. El rechazo a la tesis de la discreción judicial, atribuida a Herbert L. A. HART²³⁸, tendría como base un sentido fuerte del término “discreción”; por el cual, el juez, al verse ante casos difíciles, tiene discreción al dejar de estar vinculado por estándares impuestos por la autoridad jurídica y, cualquiera que sea la fundamentación que utilice para decidir el caso, ésta estaría basada en razones extrajurídicas no vinculantes.

Si esto fuera correcto, entonces, se originan dos problemas fundamentales: primero, que los jueces se comportarían como legisladores al decidir los casos difíciles, lo que vulneraría la doctrina de la separación de poderes y la responsabilidad política de los representantes legislativos; y, segundo, los jueces crearían una norma que resolvería el caso y la aplicarían retroactivamente, por lo que la parte perjudicada se enfrentaría con una obligación que antes no tenía. La tesis de los derechos de Ronald DWORKIN niega que exista una discreción judicial en los términos descritos, sosteniendo que ésta generaría incertidumbre en las personas, en cuanto a qué derechos y obligaciones tienen entre sí; por lo tanto, no se podrían tomar

²³⁸ Sin embargo, el autor aludido nunca estuvo de acuerdo con la caracterización que le dio Ronald DWORKIN, véase en Herbert L. A. HART (1994, págs. 336-348; 2014, págs. 85-98).

ni defender los derechos en serio. En consecuencia, la búsqueda de la racionalidad se convierte en el propósito de una teoría que suplante a la de la discrecionalidad.

A partir de esta teoría, se ha reconstruido la categoría de casos difíciles, ampliándola y asimilándola a los casos en los cuales los problemas de la argumentación jurídica requieren de criterios de justificación externa que reduzcan la discrecionalidad judicial; exigiendo, por ello, el seguimiento de criterios de racionalidad en la toma de decisiones judiciales, aunque se esté ante casos en donde no sea posible llegar a una decisión no controvertible, de acuerdo con las normas (principios y reglas), de un sistema jurídico²³⁹. Principalmente, entonces, cuando se esté ante lagunas normativas y axiológicas que deban ser colmadas por la interpretación jurídica realizada por el juez en el contexto de justificación de su decisión.

Sin embargo, continuando con la reconstrucción de esta categoría, no debe olvidarse de la existencia de **casos difíciles en materia de hechos**, distintos a los casos difíciles en materia de cuestiones normativas como los anteriormente mencionados. De esta manera, estos se presentan cuando se existe un problema de prueba, por ejemplo, al no estar esclarecido en un caso: qué debe ser probado y qué no necesita ser probado; a qué parte (procesal) le corresponde probar qué; quién puede proponer los medios de prueba; si los medios de prueba son relevantes o si son admisibles; y, cuándo se puede tener por probada una hipótesis²⁴⁰.

Además de ello, también constituirán casos difíciles en materia de hechos aquellos casos en los cuales la justificación de la premisa fáctica requerirá de un especial respaldo o apoyo; es decir, de una especial dificultad o exigencia en un razonamiento inductivo que se encuentre basado en evidencias e inferencias sólidas, que se sigan de criterios de racionalidad, máximas de la experiencia y otras premisas de respaldo que concatenen válidamente el razonamiento probatorio.

²³⁹ Al respecto, en Marina GASCÓN ABELLÁN & Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2016, págs. 122-126).

²⁴⁰ Sobre qué hace difícil o qué complica la resolución de un caso por un juez, en Juan Antonio GARCÍA AMADO (2017, págs. 31-66).



CAPÍTULO III
METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Por su diseño

La presente investigación adopta un **diseño no experimental**, esto es, un tipo de investigación en la cual no se realizará un experimento, sino que se analizarán datos recolectados en un momento único y determinado²⁴¹. En este sentido, la estrategia utilizada para obtener la información necesaria para contrastar la hipótesis planteada tendrá como base la recolección de datos y documentos, iniciándose con una revisión de la literatura hasta la interpretación de los datos ya procesados.

1.2. Por su profundidad

Esta investigación tiene un alcance **descriptivo-explicativo-causal**; puesto que, por un lado, trata de realizar una descripción de la situación en la cual se encuentra la práctica jurídica respecto de la prueba de la intención y de la imputación del dolo, dentro del proceso penal peruano. Pero, además de ello, busca dar explicaciones sobre cómo podría probarse la intención en dicho proceso judicial²⁴².

1.3. Por su finalidad

De manera general, la presente investigación tiene finalidad **aplicada**, porque ésta busca realizar un cambio o una redefinición en el objeto del derecho, a fin de que cumpla con las expectativas de su vigencia en un sistema normativo; es decir, tiene la finalidad de que los operadores jurídicos vean una parte o segmento del derecho de una manera distinta, a fin de que el sistema normativo (en su aplicación) sea más coherente y consistente²⁴³.

²⁴¹ Se parte de una definición de diseño como “el plan o estrategia que se desarrolla para obtener la información que se requiere en una investigación” y, de esta manera, confirmar una hipótesis preestablecida, en Roberto HERNÁNDEZ SAMPIERI, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO, & Pilar BAPTISTA LUCIO (2010, pág. 120); y, confróntese con Alberto CARLI (2008, págs. 75-76).

²⁴² Siguiendo a Jon ELSTER (2010, págs. 25-47), explicar un hecho o un suceso es “dar razón de porqué sucedió”, pero, antes de dar las razones por las cuales se explica este hecho o suceso, es necesario verificar que este existe; y, recién, es posible dar las razones que son su explicación.

²⁴³ Véase, sobre este tipo de práctica en la investigación jurídica, en Maribel NARVÁEZ MORA (2006, págs. 236-241).

2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable de trabajo	Definición conceptual	Indicadores	Subindicador
Razones jurídicas que justifican la necesidad de probar la intención como elemento de la acción ante casos difíciles.	La intención: elemento de la estructura humana que sucede como hecho interno o psicológico con un tipo de relación (causal o lógica) con su respectiva acción.	Doctrinarios	<u>Autores extranjeros:</u> Larry Laudan, Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán, Günther Jakobs, Jordi Ferrer Beltrán, y otros.
			<u>Autores nacionales:</u> Percy García Cavero, Felipe Villavicencio Terreros, José Antonio Caro Jhon, César San Martín Castro, José Luis Castillo Alva, y otros.
		Normativos	<u>Supranacionales</u> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana de Derechos Humanos.
			<u>Nacionales</u> Constitución Política del Perú, Código Penal, (Nuevo) Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Poder Judicial.
		Jurisprudencia	<u>Extranjera</u> Tribunal Supremo Español, Corte Suprema de los Estados Unidos y Cámara de Lores del Reino Unido.
			<u>Nacional</u> Corte Suprema de Justicia del Perú y Tribunal Constitucional del Perú.
		Sentencias	Sentencias relevantes sobre delitos dolosos del Distrito Judicial La Libertad en la Década de 2008-2018
		Posiciones de autores sobre la prueba de la intención	<u>A favor</u> Daniel González Lagier, Marina Gascón Abellán, Herbert L.A. Hart, Perfecto Andrés Ibáñez y Gabriel Pérez Barberá.
			<u>En contra</u> Günther Jakobs, Joachim Hrushka, Ramón Ragués I Vallés, José Antonio Caro Jhon y José Carlos Porciúncula.

3. UNIDADES DE ANÁLISIS

- Libros de derecho penal, derecho procesal penal, constitucional, filosofía del derecho, argumentación jurídica y epistemología jurídica (incluyendo teoría de la prueba), tanto impresos como digitales.
- Textos normativos de la Constitución Política de 1993, el Código Penal de 1991, el (Nuevo) Código Procesal Penal de 2004, así como legislación nacional y supranacional relevantes.
- Revistas impresas y digitales.
- Textos de jurisprudencias nacionales y extranjeras.
- Textos de sentencias emitidas en el Distrito Judicial de La Libertad.

4. POBLACIÓN Y MUESTRA

4.1. Distribución de la muestra

Técnica	Unidad de análisis			Población	Muestra
Recopilación documental	Jurisprudencia	Extranjeras	09	29	29
		Nacionales	20		
	Sentencias de instancia	Salas Penales Superiores del Distrito Judicial de La Libertad (Primera, Tercera y de Emergencia)	05	05	05
TOTAL				34	34

4.2. Fórmula

No se aplica la fórmula debido a que se trabajó con el 100 % de la población.

4.3. Muestreo

En la presente investigación se ha desarrollado el muestreo en dos etapas, por lo tanto, es BIETÁPICO; con lo cual, se configura de la manera que a continuación se presenta.

- **I Etapa:** No probabilístico, en razón a que la recopilación documental que formó parte de la población de jurisprudencia fue recogida por su relación con el tema en el que se investiga, bajo la modalidad de documentos tipo²⁴⁴.
- **II Etapa:** No probabilístico, en razón a que la recopilación documental que formó parte de la población de sentencias de primera instancia del Distrito Judicial La Libertad fue recogida por su relación con el tema en el que se investiga, bajo la modalidad de documentos tipo.

4.4. Requisitos de la muestra

4.4.1. Validez

La validez de una muestra mediante un muestreo no probabilístico en una investigación cualitativa depende, primordialmente, de que la selección se realice de acuerdo con los intereses y objetivos del tema investigado. En el presente caso, entonces, la muestra es válida porque su tamaño está relacionado con los objetivos de la investigación; se han escogido, los documentos-tipo según su relevancia y contenido²⁴⁵.

4.4.2. Representatividad

Que una muestra sea representativa significa que “tiene todos los atributos (las variables) que hemos decidido considerar esenciales (esto es que, si faltan, el objeto construido deja de ser el que deseamos estudiar) en la población acerca de la cual queremos conocer” (CARLI, 2008, pág. 131). En el presente caso, sí se ha

²⁴⁴ Modalidad que puede ser englobada en el muestreo mediante casos-tipo; pues, en estos casos, el “objetivo es la riqueza, profundidad y calidad de la información, no la cantidad ni la estandarización” (HERNÁNDEZ SAMPIERI, FERNÁNDEZ COLLADO, & BAPTISTA LUCIO, 2010, pág. 397).

²⁴⁵ Téngase en cuenta, además, que “desde los trabajos ‘cualitativos’ se indica que no toda búsqueda de conocimiento empírico sobre la realidad debe quedar supeditada a la tarea de medición (...). Tanto con datos poco o nada estandarizados (...), como en aquellos más relacionados con las estadísticas, la interpretación es lo que permitirá justificar un tipo de respuesta u otro totalmente distinto” (ANITUA, 2006, pág. 303).

alcanzado representatividad, debido a que la muestra representa a la población en el 100%.

4.4.3. Confiabilidad

La confiabilidad se encuentra relacionada con el grado de consistencia y coherencia que brinda la muestra respecto del total de la población y, ello, puede inferirse a partir de la validez y representatividad de la muestra²⁴⁶; además de, en el caso de la investigación cualitativa, por la evaluación por pares²⁴⁷. En este caso, la muestra es confiable, primero, porque es válida y representativa, según se ha explicado; y, segundo, porque la transparencia en la selección del muestro permite una revisión por terceros. Es decir, permite que cualquier otro investigador o lector pueda verificar si la selección de la muestra se encuentra de acuerdo con los objetivos de la investigación según su relevancia.

5. MÉTODOS

5.1. Métodos de investigación: Método científico

El término método científico puede no referir a un mismo método utilizado en toda investigación, dado que se utiliza de diferentes maneras en los diferentes campos de estudio; más aún, teniendo en cuenta las diferencias entre las ciencias naturales y las sociales. Sin embargo, dicho método puede ser mejor entendido como una estrategia de investigación científica que afecta a todo el ciclo completo de investigación; constituyendo, así, el ciclo desde la definición del problema, la realización de la hipótesis, su contrastación, etc., aplicado a un objeto de estudio propio y con sus respectivas técnicas²⁴⁸.

²⁴⁶ Véase en Roberto HERNÁNDEZ SAMPIERI, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO, & Pilar BAPTISTA LUCIO (2010, pág. 200). También, Alberto CARLI (2008, pág. 36), quien afirma que “cuando se realiza una investigación cualitativa el investigador entiende la importancia de la información que recoge y la piensa de manera estructural, estará respetando esas dos condiciones [validez y confiabilidad]”.

²⁴⁷ En este sentido, Susan HAACK (2015, págs. 16-38), realiza un análisis sumario de la relevancia metodológica de la evaluación por pares y, luego, de su importancia para la prueba científica en el derecho, lo cual puede ser extrapolado a estos casos.

²⁴⁸ En este sentido, Alejandro SOLÍS ESPINOZA (2001, págs. 83-86), siguiendo a Mario BUNGE.

En la presente investigación se aplicó el método científico o hipotético-deductivo, en el sentido de que se ha utilizado un lenguaje técnico, y un objeto y técnicas propias; por lo tanto, se requirió de un planteamiento problemático, una hipótesis, variables, objetivos, y justificación, siendo estos los pasos clásicos y esenciales para la investigación científica. No debe olvidarse que este trabajo parte de la ciencia del derecho procesal con herramientas de la epistemología jurídica; ésta es una meta-investigación que parte de la ciencia del derecho con ayuda de la epistemología.

5.2. Métodos en la recolección y análisis de la información

5.2.1. Métodos generales

- a) Método analítico:** Este método se refiere al análisis de cada una de las partes de un todo, de manera separada; pero, también implica el estudio lógico y sistemático de una realidad determinada a través de la identificación y análisis de los caracteres esenciales del fenómeno que se estudia de dicha realidad. Entonces, dicho método ha sido utilizado en la presente investigación, en tanto ha sido indispensable realizar análisis de las teorías de la prueba y de la dogmática jurídico-penal que se encuentran en la doctrina; así como, de la fundamentación jurisprudencial en precedentes y sentencias.
- b) Método sintético:** Con este método se busca la reconstrucción racional de la descripción de la realidad; en nuestra investigación, se necesitó realizar una síntesis partiendo de lo que realmente se hace en la jurisprudencia penal peruana, y de los principales aportes de las teorías doctrinarias relevantes. Ello, claro está, en el marco de la determinación de la necesidad de la prueba de la intención, en donde es necesario reconstruir, además, los planteamientos a favor y en contra de que se realice en todos los casos.

- c) **Método deductivo:** El método de deducción consiste en concluir un enunciado particular a partir de una premisa (ley, norma o regularidad) general; en este sentido, es parte básica del método hipotético deductivo, implica que a pesar de que es necesario un razonamiento inductivo para desarrollar nuestra investigación, para la contrastación final de la hipótesis se debe realizar un razonamiento deductivo.
- d) **Método inductivo:** Este método se refiere al uso del razonamiento por el cual se parte de premisas singulares para llegar a una conclusión general; método que se enlaza con el analítico, para realizar la identificación de las premisas y llegar a conclusiones con un razonamiento lógico y pragmáticamente válido. En la presente investigación se ha utilizado este método para poder obtener conclusiones a partir de los casos jurisprudenciales estudiados, así como para otorgar explicaciones inferenciales en la reconstrucción de las teorías analizadas.

5.2.2. Métodos específicos: jurídicos

- a) **Métodos de interpretación:** El sistema jurídico se construye tanto como una práctica social, en la cual las personas adecuan sus acciones –las utilizan en vida en sociedad–, como en un ordenamiento normativo que provee dichas razones para la acción. En este sentido, es indispensable para la presente investigación, la utilización de métodos interpretativos de los textos normativos relevantes en el sistema; para lo cual, estos métodos proveen de directrices para la búsqueda del significado de dichos textos y, en definitiva, coadyuvan a descubrir o estipular el significado de los textos normativos: las reglas jurídicas²⁴⁹.

Estos métodos, normalmente, se agrupan en tres tipos de interpretación: **gramatical**, en función de la semántica y pragmática

²⁴⁹ En este sentido, también, se define la interpretación de los textos normativos (jurídicos), véase en José Juan MORESO & Josep María VILASAJONA (2004, págs. 148-149), en lo siguiente se sigue esta concepción (amplia) de la interpretación.

del lenguaje; **teleológica o funcional**, en función de los fines y de la operatividad de la norma; y, **sistemática**, en función del ordenamiento normativo como un todo que intenta coherencia y cohesión. Sin embargo, estos métodos son concretizados en argumentos de interpretación, por ejemplo, los típicos *a contrario*, *a simili ad simile* y *a fortiori*²⁵⁰; pero que, en definitiva, tienen la función de tratar problemas gramaticales, funcionales y sistemáticos, causado por la vaguedad de los textos normativos.

En todo caso, los métodos de la interpretación son utilizados de manera inevitable al tener que tratar consistente y coherentemente con textos jurídicos; puesto que, interpretar es atribuir significado a los textos y, de esta manera, individualizar las reglas jurídicas vigentes en el ordenamiento. Y, con esto se hace referencia al descubrimiento o decisión sobre lo que se prescribe en dichas reglas; por ejemplo, en la presente investigación es indispensable entender las reglas jurídicas sobre la prueba en el proceso penal y, claro está, de todo texto que regule dicho ámbito.

b) Métodos doctrinarios: En primer lugar, este método es trascendental para el estudio de las posiciones de los autores sobre la prueba de la intención. Este parte de entender que la recopilación de los libros y trabajos de estos autores no bastan para llegar a una conclusión sobre los temas abordados; sino que, es necesario analizar y organizar dicha información, de la cual recién se podrá llegar a algunas conclusiones. Entonces, estos métodos también son de aplicación en la elaboración de la fundamentación teórica de la presente investigación.

Ahora bien, en la presente investigación se trata un problema específico de interés para dos grandes campos del derecho: la teoría de la prueba y la dogmática jurídico-penal. La primera ha adoptado una metodología tanto descriptiva (al sintetizar lo que ocurre en la práctica de la prueba), reconstructiva (al fundamentar las nociones relevantes de la teoría a través de la

²⁵⁰ Véase en Giovanni TARELLO (2013, págs. 309-361), un análisis de quince argumentos interpretativos.

reconstrucción racional de su uso), y prescriptiva (al formular modelos para la mejor justificación de las decisiones en materia de hechos)²⁵¹. La segunda, en cambio, bajo el impulso de la ciencia jurídico-penal alemana, ha optado por la construcción de un sistema de teorías del delito, de la pena y la ley penal; en la cual, se busca la estructuración de las instituciones dogmáticas para la interpretación y aplicación del derecho penal objetivo²⁵².

En este sentido, los modelos doctrinarios si bien varían en estos puntos, tienen en común la búsqueda de una reconstrucción racional de las prácticas jurídicas en base a construcciones dogmáticas y nociones básicas de teoría y filosofía del derecho. Por lo que, el desarrollo de éstas en conjunto, para este trabajo, no es incompatible ni contradictorio. Por último, debe tenerse en cuenta la influencia de la teoría de la argumentación jurídica en ambos campos de estudio, en específico, en la justificación de las decisiones jurídicas (tanto de hechos como normativa).

c) Método dialéctico-jurídico: La dialéctica puede ser entendida como el método de conocimiento que permite encontrar la verdad mediante la confrontación de ideas; de manera más específica, se ha desarrollado un método dialéctico en la filosofía desde la contribución del pensamiento hegeliano²⁵³. En este sentido, se tiene una formulación del tipo tesis, antítesis y síntesis; sin embargo, en el presente trabajo se ha utilizado el método dialéctico-jurídico entendido con menor carga filosófica. Es decir, se utiliza como un método de confrontación de ideas en el derecho; ello, particularmente, a través de la confrontación, análisis y debate de las posiciones de diferentes autores respecto a la prueba de la intención y a la imputación del dolo.

d) Método histórico-jurídico: Conocer la evolución de las instituciones dogmáticas y de las principales reglas jurídicas es imprescindible para obtener una base en la fundamentación teórica

²⁵¹ Véase, por ejemplo, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 45-50).

²⁵² Véase, por ejemplo, en Bernd SCHÜNEMANN (1991, págs. 31-43).

²⁵³ En este sentido, Alejandro SOLÍS ESPINOZA (2001, págs. 89-90).

de una investigación jurídica; de esta manera, el método histórico-jurídico, con influencia de los estudios en historia del derecho, puede ayudar a dar cuenta de la evolución histórica de las ideas y de las instituciones que son relevantes para la presente investigación. En este sentido, se ha utilizado, principalmente, en la elaboración del marco histórico-contextual, donde se ha desarrollado la evolución de las instituciones de la prueba y del dolo.

6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

6.1. Técnica de lectura

Técnica derivada de la observación y utilizada en toda la presente investigación, con la finalidad de entender los textos académicos, normativos y jurisprudenciales recopilados; para lo cual, se necesitó de **instrumentos Sensoperceptuales: sentido de la vista.**

6.2. Recopilación documental

Mediante esta técnica se recopiló información relevante para el estudio de la presente investigación, lográndose recopilar libros, artículos, revistas (textos académicos); sentencias, precedentes, acuerdos plenarios (textos jurisprudenciales); y, textos normativos emitidos por las autoridades competentes. **Los instrumentos empleados son: la Guía de Observación, el Fotocopiado, el Escaneo y la Búsqueda de Datos de la Red Internet.**

6.3. Análisis de contenido

El análisis de contenido consiste en un procedimiento para “llegar al análisis cualitativo del contenido o mensaje, que se transmite en un texto de un medio de comunicación masiva, libro, revista, diario, entre otros” (SOLÍS ESPINOZA, 2001, pág. 226). Esta técnica se utilizó, en el presente trabajo, para poder analizar y sintetizar la información relevante recopilada, así como para poder distinguir de los materiales realmente

relevantes para la investigación y los que eran prescindibles para ésta; por lo cual, **se utilizó como instrumento la Guía de Observación.**

7. PROCEDIMIENTOS EN LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

- a) **Primer paso:** Se visitaron las bibliotecas de la UPAO, UNT y UPN a fin de encontrar libros, artículos y revistas que sirvan para la investigación. Para lo cual, previamente, se averiguó el horario de atención de dichas bibliotecas.
- b) **Segundo paso:** Se visitaron las páginas web, a fin de recabar publicaciones, investigaciones, revistas, libros virtuales, jurisprudencia y sentencias, dentro de los repositorios virtuales y las bibliotecas digitales.
- c) **Tercer paso:** Se visitaron librerías, tanto personalmente como on-line, verificando los libros que sean de necesaria adquisición para su utilización en la presente investigación; y, en este sentido, se adquirieron paulatinamente según posibilidades económicas.
- d) **Cuarto paso:** Se visitó la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a fin de obtener acceso a las sentencias de los Juzgados Penales Colegiados Supraprovinciales del Distrito Judicial; y, de esta manera, obtener las decisiones judiciales que sean de utilidad para el objetivo de la investigación.
- e) **Quinto paso:** Se creó una base de archivos digitales, clasificados según libros, revistas, sentencias y jurisprudencia, de todos los documentos digitales recopilados; de igual manera, se creó un registro de los documentos impresos, con posibilidad de acceso a estos por medio de bibliotecas, o por medio de los tribunales de justicia; y, se organizó una biblioteca particular del investigador de los documentos necesarios adquiridos.
- f) **Sexto paso:** Elaboración de las guías de observación para la organización de la posición de expertos y, también, para la recopilación documental tanto doctrinaria como jurisprudencial.

- g) Sétimo paso:** Realizar la categorización de la información, respecto de toda la información recopilada y de la identificación de los argumentos que asumen los autores como posiciones expertas.

8. PROCEDIMIENTOS EN EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

- a) Ordenar la información:** Se inició ordenando la información por especialidad, por antigüedad y por nacionalidad del autor.
- b) Depurar la información:** Luego, una vez ordenada la información, se procedió a depurarla, desechando la información que no era relevante para la investigación.
- c) Tabular la información:** Por último, se procedió a realizar cuadros, gráficos y resúmenes.

9. PROCEDIMIENTOS EN LA PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La presente investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos, ocho subcapítulos, y cinco títulos:

- a)** En el Capítulo I denominado El Problema, se encuentra la Realidad problemática, la Formulación del problema, el planteamiento de la Hipótesis, y el establecimiento de las Variables, los Objetivos y de la Justificación, de la presente investigación.
- b)** El Capítulo II denominado Fundamentación Teórica, se encuentra compuesto por cuatro marcos divididos como subcapítulos: (I) el Marco Referencial; (II) el Marco Histórico y Conceptual; (III) el Marco Normativo; y, (IV) el Marco Teórico. Este último, a su vez, se encuentra conformado por cinco títulos sobre (i) El proceso penal peruano; (ii) La prueba; (iii) las Teorías normativas del delito; (iv) El dolo y la imputación subjetiva; y, (v) La debida motivación de las decisiones judiciales y las categorías de la argumentación jurídica.
- c)** El Capítulo III denominado Metodología, en el que se encuentra el Tipo de investigación, la Operacionalización de variables, las Unidades de análisis, la Población y muestra, y los Métodos, Técnicas, Instrumentos y Procedimientos, de la presente investigación.

- d)** El Capítulo IV dominado Resultados y Discusión, se encuentra compuesto por cuatro subcapítulos: (I) de la Jurisprudencia; (II) de las Sentencias de instancia; (III) de las Posiciones doctrinarias; y, (IV) las Razones jurídicas que justifican la necesidad de la prueba de la intención en el proceso penal.
 - e)** Por último, se presentan los epígrafes denominados Contrastación de hipótesis, Conclusiones, Recomendaciones, Sugerencia legislativa, Referencias bibliográficas y Anexos.
-



SUBCAPÍTULO I DE LA JURISPRUENCIA

Los resultados que se presentan en el presente epígrafe son tanto de la jurisprudencia extranjera como de la jurisprudencia nacional. Se han seleccionado casos conocidos por altas cortes de justicia de acuerdo con criterios de importancia para el sistema jurídico del cual provienen y de actualidad o vigencia sobre la doctrina jurisprudencial –o, en su caso, el precedente–, que han desarrollado o creado.

1. Jurisprudencia extranjera

La que se subdivide en dos grupos seleccionados de manera específica:

- La jurisprudencia emitida en el marco de los sistemas jurídicos con influencia del *Common law*.
- La jurisprudencia emitida en el marco de la tradición y del sistema jurídico más cercano al peruano, esto es, la del Tribunal Supremo Español, de influencia del *Civil law*.

Ello, en la medida que estos sistemas procesales penales no sólo tienen distintos procedimientos, sino que implican una distinta forma de estructurar la resolución del caso y la averiguación de la verdad en el mismo²⁵⁴; sin embargo, no se debe olvidar que el sistema procesal penal peruano tiene influencia mixta, de ambas tradiciones jurídicas, aunque siempre sea más cercana a clasificarse como un sistema del *Civil law*.

Por ello, resulta imprescindible contar con jurisprudencia que provenga de los principales sistemas judiciales de las dos tradiciones jurídicas mencionadas, a fin de obtener resultados o soluciones correspondientes a los dos sistemas que inspiran la construcción del sistema procesal penal peruano. En efecto, por ejemplo, las soluciones que puedan provenir de un

²⁵⁴ En un sentido confrontacional, véase Bernd SCHÜNEMANN (2009a, págs. 393-397), quien parte de un marco de rivalidad entre los modelos continental-europeo y angloamericano. Por otro lado, el sistema procesal penal mixto paradigmático lo constituye el procedimiento penal internacional, véase respecto a ello en Kai AMBOS (2005a, págs. 160-168). En todo caso, un estudio comparativo esencial se encuentra en Mirjan R. DAMAŠKA (2016, págs. 12-21).

proceso penal que se basa en un sistema de jurados para resolver las cuestiones fácticas del caso no serán las mismas de aquel que se sirve de jueces profesionales para realizar dicha tarea; por lo que, se justifica la necesidad de contar con un grupo de casos que provengan de ambas tradiciones.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA					
Sistema jurídico	Tribunal	Sentencias	SS.	Población	Muestra
Common Law	Corte de Apelaciones del Reino Unido	<i>Caso Regina v. Hansford Delroy Nedrick</i>	2	5	5
		<i>Caso Regina v. Matthew Stringer</i>			
	Cámara de Loes del Reino Unido	<i>Caso Regina v. Woollin</i>	1		
	Corte Suprema de Estados Unidos	<i>Caso Kevin Loughrin, Petitioner v. United States</i>	2		
<i>Caso Anthony Douglas Elonis, Petitioner v. United States</i>					
Civil Law	Tribunal Supremo de España	STS N° 192/2016	4	4	4
		STS N° 4673/2017			
		STS N° 2182/2018			
		STS N° 2555/2018			
Total			9		

1.1. De los sistemas jurídicos influenciados por el *Common law*

1.1.1. Caso Nedrick [1986]



Sentencia de la División Criminal de la Corte de Apelaciones del Reino Unido, caso *Regina v. Hansford Delroy Nedrick*, 10 de julio de 1986. Fundamentos de Lord Lane, presidente de la Corte.

a. Cuestión fáctica

Hansford Delroy Nedrick tenía resentimiento contra Viola Foreshaw, habiéndole amenazado con quemarla; tiempo después, el día 15 de julio de 1984, fue a su casa muy temprano, vertió parafina en la caja de correos y en la puerta principal del inmueble, y les prendió fuego. Como consecuencia, la casa se quemó y un niño de 12 años llamado Lloyd, hijo de Viola Foreshaw, murió por asfixia y quemaduras. Inicialmente, el procesado negó su responsabilidad, pero con posterioridad confesó a la policía que, si bien él había iniciado el incendio, no quiso que alguien muriera. También, solicitó que le dijeran al juez que “dios sabía que él no era un asesino”. Cuando se le preguntó por qué lo hizo, él respondió que su única intención era “despertarla y asustarla”.

b. Instrucciones del Juez de instancia al jurado

El juez instruyó al jurado en el sentido de que no era necesario probar una intención de matar; pues, el caso de la Fiscalía dependía sólo de probar la intención de causar un grave daño y con ello era suficiente. Existe, sin embargo, un estado mental alternativo que el

jurado tendría que considerar. Si, cuando el procedo incendió la casa, conocía que era *altamente probable* que ello resultase en graves lesiones corporales contra alguien que se encontrara dentro de la casa, aun cuando él no lo deseaba, él es culpable de asesinato (*murder*). Si el jurado está seguro de que él hizo un acto deliberado y antijurídico, y de que ese fue su estado mental; entonces, de nuevo, el caso de la Fiscalía en la alternativa de asesinato estaría fundado²⁵⁵.

c. Fundamentos de la apelación del procesado

El principal fundamento, por el cual se impugnó la condena contra el acusado, consistió en que el Juez dirigió instrucciones indebidas y erróneas al jurado, respecto de la intención necesaria para establecer los cargos por asesinato (*murder*)²⁵⁶, con lo cual se dirigió mal la toma de una decisión por parte del segundo.

Estas instrucciones se dieron antes de la publicación de los precedentes de la Cámara de Loes en los casos Moloney [1985] y Hancock [1986], siendo que en éstas últimas sentencias se desaprueba que se equipare la previsibilidad de las consecuencias con la intención de matar; debiendo tener en cuenta que, estas dos cuestiones, no pertenecen al ámbito del derecho sustantivo, sino que al de derecho probatorio.

²⁵⁵ Las instrucciones exactas, del juez a los miembros del jurado, fueron: "*It is no necessary to prove an intention to kill; the Crown's case is made out if they prove an intention to cause serious injury – that is sufficient... There is, however, an alternative state of mind wich you will have to consider. If when the accused performed the act of setting fire to the house, he knew that it was highly probable that the act would result in serious bodily injury to somebody inside the house, even though he did not desire it –desire to bring that result about– he is guilty of murder. If you are sure that that was his state mind, then, again, the prosecution's case in the alternative of murder would be established*".

²⁵⁶ En la tradición inglesa del *Common law*, el delito de asesinato (offense of murder), siguiendo a Sir Edward COKE, es definido en los siguientes términos: "*Murder is when a man of sound memory and of the age of discretion, unlawfully killeth within any county of the realm any reasonable creature in rerum natura under the King's peace, with malice aforethought*"; véase el caso R. v. Vickers [1957], donde se reconoce esta definición de asesinato, el cual se resume definiéndolo como un delito de homicidio intencional o de atacar a una persona con la intención de matarla o de causarle grave daño corporal, resultando de ello su muerte; también, con mayor claridad, en el caso R. v. Cunningham [1982].

d. Fundamentos de la Corte de Apelaciones del Reino Unido

En primer lugar, se estableció que la cuestión a resolver se enmarcaba en la pregunta sobre qué es lo que un jurado debe resolver como concerniente al elemento mental del delito de asesinato. Al respecto, el jurado tiene que establecer si el acusado intentó matar o hacer graves lesiones corporales contra la víctima; y, para lograr ello, éste tiene que tener en cuenta todas las consideraciones relevantes, incluyendo lo que el acusado mismo haga o diga.

En la gran mayoría de los casos, simples instrucciones al jurado serán suficientes, principalmente, cuando la conducta del acusado consiste en un ataque directo contra su víctima; en estos casos, la evidencia sobre el motivo o el deseo del acusado será clara y su intención será la misma que dicho motivo o deseo.

Sin embargo, en algunos casos, como el que motiva el presente análisis, el acusado realiza un acto que es manifiestamente peligroso y, como resultado, alguien muere; y, el deseo o motivo primarios del acusado pueda que no sean el haber dañado a alguna persona. Entonces, la cuestión principal consiste en establecer qué direcciones deben darse al jurado cuando éste debe establecer si la existencia de un estado mental se encuentra probada. En este punto, por un lado, la Corte de Apelaciones reafirma lo expuesto en la anterior jurisprudencia existente (en los casos *Moloney* [1985] y *Hancock* [1986]); pero, por otro lado, también, establece un nuevo precedente que modifica en cierto grado la mencionada jurisprudencia.

Se reafirma que, en estos casos especiales (*intention cases*), el Juez debe explicarle al jurado que una persona puede intentar lograr un resultado certero mientras que, al mismo tiempo, no desear que este resultado suceda. Por ejemplo, una persona que quiere salir de Londres, pero sólo puede hacerlo yendo a Manchester, al viajar a esta última ciudad tiene la intención de ir a Manchester, aunque

pueda que no tenga el deseo de hacerlo porque no le agrada la ciudad o nunca quiso estar ahí en primer lugar.

Por otro lado, cuando se busque determinar si el acusado tuvo una *intención necesaria*, sería de ayuda dirigir al jurado en el sentido que sus miembros se hagan dos preguntas: primero, ¿cuán probable era que se dé la consecuencia como resultado del acto voluntario del acusado? Y, segundo, ¿el acusado previó dicha consecuencia? Si el acusado no apreció la muerte o la grave lesión corporal como probables resultados, entonces, no pudo haber tenido la intención de que se realicen dichos resultados. Si él lo hizo, pero pensó que el riesgo de que ello sucediera era muy poco probable, entonces, el jurado tendrá que concluir que el acusado no tuvo la intención de realizar ello.

Ahora bien, sólo si el jurado se encuentra satisfecho con que, al momento del hecho, el acusado reconoció la muerte o la grave lesión corporal como *virtualmente ciertas* de ser resultados de su acto voluntario, entonces, el jurado podrá inferir que él tuvo la intención de matar o hacer grave daño corporal, aun cuando pudo no haberlo deseado. En esta línea, cuando los cargos contra el acusado sean de asesinato, el jurado debe ser dirigido en el sentido que sus miembros no pueden inferir la *intención necesaria* a menos que estén seguros de que la muerte o las lesiones corporales graves fueran *virtualmente ciertas* de ocurrir como el resultado de la conducta del acusado y que él apreció de dicha manera el caso.

Puesto que, cuando una persona da cuenta que, por razones prácticas, sus acciones inevitablemente resultarán en la muerte o grave lesión corporal de alguien, se infiere que él tuvo la intención de que ese resultado ocurriera. Teniendo en cuenta que, en el presente caso, no se dieron instrucciones de tal tipo, la Cámara de Apelaciones decidió sustituir el veredicto de asesinato, por el cual se condenó a Hansford Delroy Nedrick a cadena perpetua,

modificándolo y declarándole culpable por el delito de homicidio no intencional (*manslaughter*)²⁵⁷.

Además, el precedente sentado en el caso Nedrick sustituyó, en los términos antes señalados, a la jurisprudencia de los casos Moloney [1985] y Hancock [1986], estableciendo el requisito de determinar que el resultado muerte o grave lesión corporal sea *virtualmente cierto* (*virtually certain*), para poder *inferir* de las circunstancias relevantes del caso que el acusado tenía una intención de que sucedieran alguno de estos dos resultados. Teniendo en cuenta que, la anterior jurisprudencia, establecía dicho requerimiento en niveles distintos; en consecuencia, sus efectos constituyen los de un *overruling* o cambio de precedente²⁵⁸; pero, sólo respecto de qué instrucciones debe dar el Juez al jurado en los casos donde debe determinarse una *intención necesaria* (*intention cases*).

1.1.2. Caso Woollin [1999]



Sentencia de la Cámara de Lores del Reino Unido²⁵⁹, caso *Regina v. Woollin* [1999], 22 de julio de 1998. Fundamentos de Lord Steyn, con razones adicionales de Lord Hope of Craighead.

²⁵⁷ En la tradición inglesa del *Common law*, este delito hace referencia al mismo comportamiento objetivo realizado en el delito de asesinato; sin embargo, difiere de este último en que no existe requerimiento de una intención de matar o de hacer graves lesiones corporales, lo que la hace un delito menos grave.

²⁵⁸ Al respecto, véase en Thomas DA ROSA DE BUSTAMANTE (2016, págs. 397-419).

²⁵⁹ Cuando este órgano de justicia aún ejercía funciones como Corte Suprema del Reino Unido.

a. Cuestión fáctica

El acusado Woollin se encontraba con su hijo de tres meses, cuando perdió la paciencia y el temperamento porque este último no paraba de llorar, y le tiró sobre una superficie dura; siendo que, como consecuencia de ello, el hijo del acusado sufrió la fractura de su cráneo y murió. Sin embargo, el acusado adujo que nunca tuvo la intención de causarle algún daño a su hijo.

b. Instrucciones del Juez de instancia al jurado

La cuestión controvertida en juicio radicó en determinar si el acusado tuvo o no la intención de causar graves lesiones corporales a su hijo, al arrojarle contra una superficie. Para ello, el Juez dirigió instrucciones al jurado en base a la guía establecida por Lord Lane en el caso Nedrick [1986]²⁶⁰; pero, él agregó a estas instrucciones que si los miembros del jurado estaban satisfechos con que el acusado tenía que haberse dado cuenta, al arrojar a su hijo, que había un *riesgo sustancial* de que él le causaría grave daño, entonces, ellos podían determinar que el acusado sí intentó causar lesiones al niño y, deberían condenarle por asesinato²⁶¹. En base a ello, el procesado fue condenado por tal delito.

c. Fundamentos de la Corte de Apelaciones del Reino Unido

El procesado apeló la condena ante la División Criminal de la Corte de Apelaciones del Reino Unido, bajo el fundamento de que las direcciones dadas al jurado en términos de *riesgo sustancial* eran incorrectas e inadecuadas respecto de lo decidido en el caso Nedrick [1986]. La Corte de Apelaciones rechazó la apelación bajo el argumento de que la utilización del término *virtualmente cierta* –para

²⁶⁰ Véase la jurisprudencia analizada en el epígrafe anterior, sobre las instrucciones que deben darse al jurado con los casos donde debe determinarse la *intención necesaria* en (*intention cases*).

²⁶¹ Las instrucciones exactas, del juez a los miembros del jurado, fueron: "If you think that he had not given any thought to the consequences of what he was doing before he did it, then the Crown would have failed to prove the necessary intent, the intent to cause really serious harm, for murder and you should acquit him of murder and convict him of manslaughter. If, on the other hand, you reject that interpretation and are quite satisfied that he was aware of what he was doing and must have realised and appreciated when he threw that child that there was a substantial risk that he would cause serious injury to it, then it would be open to you to find that he intended to cause injury to the child and you should convict him of murder".

la determinación de la intención que estableció el caso Nedrick [1986]–, si bien puede ser deseable y necesaria, ello sólo ocurre en los casos en que la evidencia sobre la intención se limita a la acción admitida por el acusado y a las consecuencias de esa acción. Por el contrario, no es obligatorio el uso de esa frase cuando existe otra evidencia que deba ser considerada.

En esta línea, la Corte de Apelaciones estableció como preguntas de importancia general: 1) En el delito de asesinato, cuando no haya evidencia directa de que el acusado tuvo un propósito de matar o infligir graves lesiones a la víctima, ¿es necesario dirigir al jurado en el sentido que sólo podrán inferir una intención de hacer lesiones graves si se encuentran satisfechos sobre: a) que la grave lesión corporal era *virtualmente cierta* como consecuencia de la conducta deliberada del acusado, y, b) que el acusado apreció dicho hecho? 2) Si la respuesta a la pregunta 1) es que sí, ¿dicha dirección es necesaria en todos los casos o sólo es necesaria en los casos donde la evidencia sobre la intención que tuvo el acusado sólo puede ser encontrada en sus propias acciones y en las consecuencias que tuvieron en la víctima?

d. Fundamentos de la apelación del procesado

El procesado, nuevamente, sostuvo que la utilización del término *riesgo sustancial* es mucho más amplia que el uso del término *virtualmente cierta*, que se estatuyó en el caso Nedrick [1986]. Al respecto, la Fiscalía admitió que la utilización del término *riesgo sustancial* es más amplio; sin embargo, ésta argumentó que lo decidido en el caso citado era incorrecto. Por lo que, la apelación se basa en la defensa de lo decidido en el caso Nedrick [1986] como jurisprudencia a observar por los jueces de juzgamiento.

e. Fundamentos de la Cámara de Lores del Reino Unido

La Cámara de Lores reconstruyó un precedente nuevo a partir de la jurisprudencia trazada anteriormente, en específico, en los casos

Hyam [1975], Moloney [1985], Hancock [1986], y Nedrick [1986]. Principalmente, en este último caso, el cual estableció qué instrucciones debían darse en los casos donde debía determinarse la intención con la que había actuado un acusado; es decir, que cuando los cargos fueran por asesinato y una instrucción simple no sea suficiente, el jurado debe ser dirigido en términos de que no pueden inferir la *intención necesaria* a menos que sus miembros estén seguros de que la muerte o las graves lesiones corporales eran *virtualmente ciertas* –salvo alguna intervención impredecible–, como resultado de las acciones del acusado, y de que él apreció que así era el caso.

La principal consecuencia de aceptar esta forma de instruir al jurado, lo que Lord Steyn llama la dirección crítica (*critical direction*), es que un resultado previsto como *virtualmente cierto* sea un resultado intentado. Respecto de ello, la Fiscalía sostuvo que tal instrucción evitaba que el jurado tomase una decisión basada en toda la evidencia relevante para determinar la intención; sin embargo, tal argumento no es correcto, debido a que lo estipulado en el caso Nedrick [1986] sí implica que la decisión debe ser tomada, por el jurado, teniendo en consideración toda la evidencia. Pues, las instrucciones sólo establecían qué estado mental –ante la ausencia de un deseo de causar graves lesiones–, es suficiente para el asesinato.

En similar sentido, respecto del argumento de la Fiscalía de que las instrucciones en el caso Nedrick [1986] se encontraban en conflicto con la jurisprudencia en Hancock [1986], la Cámara de Lores estableció que ello tampoco era correcto; debido a que, si bien se establecía un nuevo nivel de determinación de la intención llamado *virtual certeza*, ello sólo modificaba la anterior jurisprudencia en tanto este punto aún no había quedado claro; y, por el contrario, reafirmaba lo anteriormente estatuido. En esta línea, el test de la *virtual certeza* demuestra ser claro y simple, para ser aplicado como instrucción al jurado.

Sobre si estas instrucciones tienen o no una aplicación limitada, esto es, si se encuentran confinadas a los casos en donde la evidencia sobre la intención se limita a las acciones del acusado (que él ha admitido) y a las consecuencias de estas acciones, en contra de lo afirmado por la Cámara de Apelaciones, se establece que ello es incorrecto. Es apropiado dar las instrucciones del caso Nedrick [1986] en cualquier caso en el cual el acusado pudo no haber deseado (querido) el resultado de su acción, pero sí tuvo la intención de realizarla.

Entonces, en el caso concreto, el Juez no debió apartarse del precedente citado usando la frase *riesgo sustancial*, la cual oscurece la diferencia entre intención e imprudencia; y, por tanto, la existente entre asesinato y homicidio no intencional. Por lo tanto, la Cámara de Lores decidió declarar fundada la apelación, anuló el veredicto de asesinato, por el cual se condenó a Woollin, sustituyéndolo por una condena por el delito de homicidio no intencional (*manslaughter*); y de esta manera, remitieron el caso a la Corte de Apelaciones que previno a fin de que se dicte la sentencia correspondiente.

Por último, si bien esta sentencia defiende lo dispuesto en el caso Nedrick [1986], tanto Lord Steyn como Lord Hope of Craighead se encontraron de acuerdo con que, cuando las instrucciones del ponente de este último caso (Lord Lane), se refieren a “inferir la *intención necesaria*” (*to infer*), ello disminuye la claridad del modelo construido; en consecuencia, se sustituye esta frase por la de “encontrar la *intención necesaria*” (*to find*). Asimismo, los jueces, al dar estas instrucciones al jurado, deben advertirles de que su decisión debe ser tomada teniendo en consideración toda la evidencia del caso.

En este sentido, la decisión de la Cámara de Lores en el presente caso constituyó un precedente que integró la jurisprudencia anteriormente emitida por las cortes del Reino Unido; y, en esencia, ratificó lo establecido en el caso Nedrick [1986]. Es decir, el requisito de determinar que el resultado muerte o grave lesión corporal sea

virtualmente cierto (virtually certain), para poder encontrar de las circunstancias relevantes del caso que el acusado tenía una intención de que sucedieran alguno de estos dos resultados.

1.1.3. Caso Stringer [2008]



Sentencia de la División Criminal de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, caso *Regina v. Matthew Stringer [2008]*, 10 de junio de 2008. Fundamentos de Lord Justice Toulson.

a. Cuestión fáctica

El día 03 de noviembre de 2006, el procesado Matthew Stringer (con 14 años), vertió aguarrás mineral en el pasillo y en las escaleras de la casa en donde vivía con su familia; y, luego, encendió el líquido inflamable causando un incendio. En dicho momento, se encontraban en la casa seis familiares de Matthew Stringer: su madre, sus tres hermanos (Craig, Gary y Adam), su hermana (Jade), y la enamorada de su hermano Craig, Carys (quien se encontraba embarazada).

Una vez iniciado el incendio, la madre del procesado, Craig, Gary, Jade y Carys tuvieron que saltar por las ventanas de sus habitaciones para salir de la casa, lo cual les causó lesiones y afectaciones en la salud. Pero, Adam no logró salir de la casa, pues se había quedado dormido utilizando audífonos, no escuchando nada; por lo que, al quedarse en dicho lugar, murió en el incendio. Por otro lado, el procesado había escapado antes que sus familiares despertasen y, recién, volvió a aparecer cuando la casa ya estaba en llamas.

Matthew dijo como coartada que había ido a la casa de un amigo, Jamie, con quien tenía que distribuidor periódicos; sin embargo, tanto Jamie como su madre negaron que ello sea verdad e, inclusive, probaron fehacientemente que la coartada del acusado era mentira. Por ello, el procesado, aceptando que ello era falso, cambió de coartada, reafirmando que no había estado en el momento de los hechos; pero, que fue porque había cogido la billetera a su hermano Gary, a fin de poder obtener dinero de su tarjeta bancaria, de lo cual se desistió, regresando a su casa.

b. Instrucciones de la Juez de instancia al jurado

La Juez dio instrucciones escritas al jurado sobre la determinación de la intención, en forma de la pregunta ¿están seguros de que, al momento de iniciar el incendio, Matthew intentó matar o causar lesiones corporales graves?; añadiendo que, intentar no es necesariamente lo mismo que desear. Si Matthew quiso causar alguna muerte o una grave lesión corporal, eso sería intencional; pero, si él no lo quiso, aún podría haber intentado dichos resultados si el previó que la muerte o la grave lesión corporal eran *virtualmente ciertas*.

Sin embargo, si ustedes no están seguros, considerando toda la evidencia, que Matthew quiso causar alguna muerte o un grave daño, ustedes no tienen permitido encontrar que él tuvo la intención de matar o de causar una grave lesión corporal, a menos que estén seguros de que la muerte o la lesión corporal grave eran *virtualmente ciertas*, exceptuando alguna intervención imprevista, como resultados de las acciones de Matthew al iniciar el incendio; y, también, de que Matthew mismo apreció que dicha muerte o grave lesión corporal era una *virtual certeza*²⁶².

²⁶² Las instrucciones exactas, del juez a los miembros del jurado, fueron: "*Intent is not necessarily the same as desire. If Matthew wanted to cause death or serious harm, that would be intent (...). Even if he did not, he may still have intended either result if he foresaw that death or serious harm were virtually certain. But if you are not sure when you are considering all the evidence that Matthew wanted to cause death or serious harm, you are not entitled to find that he did intend to kill or cause serious harm unless you are sure that death or serious harm was a virtual certainty, barring some unforeseen intervention, as a result of Matthew's actions in setting the fire, and also that Matthew himself appreciated that death or serious harm was a virtual*

Estas direcciones fueron dadas teniendo en cuenta que el acusado Matthew Stringer no sólo tenía 14 años al momento de los hechos y 15 en la realización del juicio oral; sino que, también tenía un nivel de IQ por debajo del promedio, problemas de concentración, mala habilidad de lectura y otros problemas relacionados a ello. Por lo que, la juez dirigió al jurado a fin de que tuvieran en cuenta –a efectos de determinar si se probó o no la *intención necesaria* del asesinato en juicio–, la entrevista que se realizó al acusado, respecto de la comprensión que él tenía sobre las consecuencias de iniciar un incendio en las mismas circunstancias en que sucedieron en el presente caso.

c. Fundamentos de la apelación del procesado

La defensa del procesado sostuvo que la entrevista realizada al acusado, respecto de la comprensión de las probables consecuencias del incendio, no debió ser admitida; debido a que, ésta era una especulación sobre una situación hipotética que el acusado nunca había admitido haber realizado. De igual manera, sustentó que el caso no debía hacerse más complicado con la introducción de conceptos como la previsibilidad de una *virtual certeza* de las consecuencias. Por otro lado, la defensa aceptó que la Juez se encontraba respaldada por el derecho en la emisión de sus direcciones respecto de la intención; pero, por el contrario, no debió permitir que se actuara y valorara la entrevista al acusado a efectos de cumplir con estas instrucciones.

d. Fundamentos de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales

La Corte de Apelaciones se planteó resolver la controversia respecto de la compatibilidad de las instrucciones dadas por la Jueza del caso al jurado, de acuerdo con Woollin [1999], y las especiales condiciones del procesado (su minoría de edad y su bajo nivel

certainty. As you know, the Crown rely in particular in this respect on answers that Matthew gave in his eleventh interview at exhibit number 132 in suggesting that Matthew did appreciate that, and I shall be reminding you about that evidence later on".

intelectual). En específico, si dadas las condiciones del procesado, la entrevista que dio respecto de cómo percibía la probabilidad de las consecuencias del incendio debía o no ser evaluada en base a las instrucciones mencionadas. En primer lugar, la Corte argumentó que la previsibilidad de las consecuencias sí era una materia adecuada a tratar por el personal policial que entrevistó al procesado; especialmente, al considerar que un jurado tendría que analizar si su proceso de pensamiento era diferente o no al de un adulto.

En la entrevista realizada al procesado, él dio respuestas indicando que entendía el sentido de las preguntas; además, él se expresó adecuadamente en sus respuestas y, en uno de los puntos, él estuvo de acuerdo con que, al iniciar un incendio en su casa, con todas las personas durmiendo, les causaría un serio daño, pero negó que fuera él quien lo hizo. Teniendo en cuenta que el jurado fue puesto al tanto con las incapacidades del acusado, sus miembros estaban obligados a considerar si él podía apreciar correctamente la peligrosidad de prender fuego tal como lo hiciese un adulto; por lo que, la entrevista al procesado se encuentra adecuadamente admitida.

En segundo lugar, si bien las instrucciones de la Juez al jurado no realizaban una distinción clara entre la inevitabilidad de la muerte o de las lesiones graves, y la intención y la apreciación del procesado respecto de lo que sucedió el día de los hechos; sin embargo, en la aplicación de las instrucciones al jurado, se tiene que si sus miembros se encontraban de acuerdo con que el acusado inició el incendio al poner líquido inflamable en la casa, prendiéndolo y huyendo, entonces, sólo pudo haber una respuesta afirmativa a la pregunta sobre si es un hecho que era una *virtual certeza* que alguien en la casa iba a sufrir alguna lesión corporal grave o iba a morir, a partir de la acción del acusado.

Este argumento se justifica en la medida que ello sería obvio para cualquier persona ordinaria al momento de los hechos; aun cuando

el procesado tuviera 14 años y un nivel intelectual bajo, la inferencia por la cual se concluye que él tuvo que haber apreciado ello es válida y sobreabundante. En este sentido, la conclusión de que el procesado tuvo la *intención necesaria* se seguía necesariamente de lo que el jurado había encontrado como probado en juicio oral. Por lo tanto, las instrucciones dadas por la Juez al jurado eran seguras, una vez que éste último determinara que había suficiente evidencia para afirmar que el acusado fue quien inició el incendio.

La Cámara de Apelaciones desestimó la apelación y, por tanto, se mantuvo la condena contra Matthew por el delito de asesinato. En esta sentencia se muestra la aplicación del precedente formado en Nedrick [1986] y Woollin [1999], en un caso *sui generis*; donde, se debía cumplir con el requisito de determinar que el resultado muerte o grave lesión corporal era *virtualmente cierto*, para poder encontrar, de las circunstancias relevantes del caso, que el procesado tenía la intención de que sucedieran alguno de estos dos resultados. Pero, en una situación en donde la intención del procesado y el conocimiento de los hechos por él, se encontraban condicionadas por sus especiales cualidades psicológicas (minoría de edad y bajo nivel intelectual).

1.1.4. Caso Loughrin [2014]



Sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Kevin Loughrin, Petitioner v. United States*, 23 de junio de 2014. Opinión de la Corte por Justice Kagan.

a. Cuestión fáctica

Kevin Loughrin ejecutó una estratagema para convertir cheques falsificados en dinero en efectivo. Simulando ser un misionero, yendo de puerta en puerta en un vecindario de Salt Lake City, sustrajo cheques de los buzones de correo. Luego, los blanqueó para poder reescribirlos; después de varios meses, logró falsificar 06 cheques, por montos de más de 250 dólares. Para obtener el dinero en efectivo iba a una tienda local y, haciéndose pasar como el titular de la cuenta bancaria (correspondiente al cheque), lo presentaba para poder pagar mercancía; salía de la tienda, y regresaba a cambiar los bienes adquiridos por dinero en efectivo. Los 06 cheques utilizados pertenecían a un banco asegurado por el Gobierno Federal; y, fueron identificados como fraudulentos.

b. Instrucciones de la Corte de Distrito al jurado

En primer lugar, la Corte de Distrito concedió que el caso fuera a juicio oral bajo el delito de fraude bancario (*bank fraud*), regulado en el Estatuto Federal de Fraude Bancario, en el 18 U.S.C. §1344(2), criminalizando el acto de quien a sabiendas ejecuta, o intenta ejecutar, un ardid o artificio, para obtener dinero, fondos, créditos, activos, valores, o alguna otra propiedad perteneciente, o custodiado o bajo el control de, una institución financiera, por medio de simulaciones, representaciones o promesas, falsas o fraudulentas²⁶³.

En segundo lugar, la Corte de Distrito instruyó al jurado en el sentido que podría condenar a Kevin Loughrin por el delito de fraude bancario si se determinaba que él, al utilizar los cheques fraudulentos, había ejecutado o intentado ejecutar, a sabiendas, un ardid o artificio para obtener dinero o alguna propiedad de los bancos

²⁶³ Traducción del autor a partir la sentencia analizada, que textualmente cita la disposición normativa completa en el siguiente sentido: “*Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice— (1) to defraud a financial institution; or (2) to obtain any of the moneys, funds, credits, assets, securities, or other property owned by, or under the custody or control of, a financial institution, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises; shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both*”.

a los que pertenecerían los mencionados cheques, por medio de simulaciones, representaciones o promesas, falsas o fraudulentas. Y, de esta manera, denegó la petición del procesado a fin de que se instruya al jurado a que, además de lo dicho anteriormente, deba determinar que él actuó con la intención de defraudar a las instituciones financieras.

c. Pronunciamiento de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito

La Corte de Apelaciones rechazó el argumento de impugnación del procesado Kevin Loughrin, respecto de que, para el delito regulado en la §1344(2), se requería la prueba de que él intentó defraudar a los bancos, a los cuales habrían pertenecido los cheques que falsificó. Puesto que, la prueba de la intención de defraudar sólo es necesaria en la primera cláusula del delito de fraude bancario; por el contrario, la §1344(2), de acuerdo con el simple lenguaje de su estatuto, provee un amplio espectro para la responsabilidad por fraude bancario.

d. Fundamentos de la Corte Suprema de los Estados Unidos

La Corte Suprema admitió, bajo decreto de revisión discrecional (*writ of certiorari*), la apelación ante su judicatura para resolver la controversia entre las Cortes de Circuito respecto de si el delito de la §1344(2) requiere o no que el Gobierno demuestre que un acusado intentó defraudar a una institución financiera. Estableciendo que, para dictar una condena por el mencionado delito, no era necesario probar una intención de defraudar; de acuerdo con los siguientes argumentos.

El delito de la §1344(2) sólo requiere que el acusado haya intentado obtener la propiedad de un banco y que buscara lograrlo por medios fraudulentos. En el texto normativo no aparece ningún requerimiento adicional, como el de una intención de defraudar; si se exigiera ello, el delito no se aplicaría a los casos en los que se comete el fraude

contra los terceros que controlan la propiedad del banco. Además, la interpretación de Loughrin es insostenible al no dar cuenta que las cláusulas de la §1344 se encuentran separadas por el disyuntivo “o”, cuya función es dar significado distinto a cada cláusula²⁶⁴. En este sentido, si bien §1344(1) sí requiere la intención de defraudar; en cambio, §1344(2) sólo requiere la intención de obtener la propiedad del banco, de lo contrario, la distinción sería superflua.

En esta línea, se deduce que el Congreso aprobó el estatuto de fraude bancario para expandir el espectro de casos a los cuales sería aplicable la ley criminal federal, llegando a cubrir casos como el de Loughrin. Sin embargo, esta expansión no sería tal como para abarcar cualquier fraude menor, como argumenta Loughrin; puesto que, se ignora la función de la frase “por medio de” en el texto normativo. En efecto, el límite viene dado por el medio fraudulento (simulaciones, representaciones o promesas, falsas o fraudulentas), utilizado en la comisión del delito, que debe conllevar una conexión directa con el fraude contra la institución financiera asegurada federalmente.

En consecuencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito; y, por tanto, fijó como precedente que el delito de la §1344(2) no requiere la prueba de una intención de defraudar a un banco; sino que, sólo la intención de obtener la propiedad del banco y que se buscara lograrlo por medios fraudulentos.

1.1.5. Caso Elonis [2015]



²⁶⁴ Véase la traducción de la disposición normativa en la nota a pie de página anterior.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Anthony Douglas Elonis, Petitioner v. United States*, 01 de junio de 2015. Opinión de la Corte por Chief Justice Roberts.

a. Cuestión fáctica

En mayo de 2010, el procesado Anthony Douglas Elonis se separó de su esposa, quien se llevó a sus dos hijos; a partir de ello, el procesado cambió el seudónimo de su cuenta en Facebook a "Tone Dougie", desde donde empezó a publicar letras de canciones de rap e imágenes que contenían lenguaje y situaciones gráficas violentas, dirigidas contra su esposa, sus compañeros de trabajo y las autoridades policiales y de seguridad nacional. Él intercalaba dicho contenido con advertencias de que sus letras eran ficticias. Pero, las personas que vieron las publicaciones las interpretaron como amenazantes; e, inclusive, cuando su jefe vio los "posts" que hacían referencia a la muerte de sus compañeros de trabajo, inmediatamente, le despidió.

Sin embargo, Elonis continuó haciendo publicaciones sobre el deseo que tenía de matar a su esposa; quien, después de ver ello, obtuvo una orden de alejamiento en contra del procesado. Las siguientes publicaciones añadieron ataques contra la referida orden, donde el procesado aducía actuar bajo su derecho a la libertad de expresión. Además de esto, Elonis hizo una publicación sobre realizar un tiroteo en un colegio y en una clase de educación inicial. Todo ello, fue alertado a la Oficina Federal de Investigación (FBI, por sus siglas en inglés), cuyos agentes entrevistaron al procesado; a pesar de esto, el procesado también realizó publicaciones sobre cómo mataría a una agente del FBI.

b. Instrucciones de la Corte de Distrito al jurado

En primer lugar, la Corte de Distrito denegó el pedido de Elonis de rechazar la acusación realizada por un Gran Jurado en su contra, por la comisión del delito regulado en la 18 U.S.C. §875(c),

criminalizando el acto de quien transmite en el comercio interestatal o internacional cualquier comunicación conteniendo alguna amenaza de secuestrar a una persona o de lesionar a otra²⁶⁵. Puesto que, el argumento del procesado de que no se sostenía que él había intentado amenazar a alguien, no tenía fundamento; pues, para el delito imputado, sólo se requiere que se haga la comunicación intencionalmente, pero no, que se tenga la intención de realizar una amenaza.

En segundo lugar, la Corte de Distrito instruyó al jurado en el sentido que un enunciado constituye una verdadera amenaza cuando el acusado intencionalmente la expresa en un contexto donde una persona razonable prevería que dicho enunciado sería interpretado, por las personas con quienes se comunica, como la sería expresión de una intención de infligir lesiones corporales o de matar a una persona²⁶⁶. En este sentido, se denegó la petición del procesado a fin de que se instruya al jurado de que la Fiscalía tenía que probar que él intentó comunicar una verdadera amenaza. Inclusive, la Fiscalía, en sus alegatos de clausura enfatizó que al jurado no le debía importar lo que Elonis pensara.

c. Pronunciamiento de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito

La Corte de Apelaciones rechazó el argumento de impugnación del procesado Anthony Douglas Elonis, mediante el cual alegaba que se debió instruir al jurado en el sentido que se determinara que él intentó que sus “posts” fueran amenazas. Debido a que, en las instrucciones al jurado bastaba con referir que, el delito de la §875(c), sólo requiere que se determine la intención de comunicar

²⁶⁵ Traducción del autor a partir la sentencia analizada, que textualmente cita la disposición normativa completa en el siguiente sentido: “*Whoever transmits in interstate or foreign commerce any communication containing any threat to kidnap any person or any threat to injure the person of another, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both*”.

²⁶⁶ Traducción del autor a partir la sentencia analizada, que textualmente cita: “*A statement is a true threat when a defendant intentionally makes a statement in a context or under such circumstances wherein a reasonable person would foresee that the statement would be interpreted by those to whom the maker communicates the statement as a serious expression of an intention to inflict bodily injury or take the life of an individual*”.

palabras que el acusado entienda, y que una persona razonable las viera como amenazas.

d. Fundamentos de la Corte Suprema de los Estados Unidos

La Corte Suprema admitió, bajo decreto de revisión discrecional (*writ of certiorari*), la apelación ante su judicatura para resolver la controversia sobre si el delito de la §875(c) requiere o no que el acusado sea consciente de la naturaleza amenazante de la comunicación que realiza. Estableciendo que, para dictar una condena por el mencionado delito, no se debe requerir sólo un estándar de negligencia; sino que, el acusado haya transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que su comunicación será vista como tal; de acuerdo con los siguientes argumentos.

El delito de la §875(c) no indica si el acusado tiene que intentar que la comunicación contenga una amenaza; y, tampoco se ha logrado establecer que en la mencionada sección haya el requerimiento de algún estado mental. Sin embargo, el hecho de que un texto normativo no requiera específicamente un estado mental no significa que éste no exista; es decir, la omisión en una ley penal de alguna intención criminal no debe ser leída como la dispensa de ésta. Por el contrario, debe aplicarse el principio según el cual una conducta debe ser consciente para constituir un delito; la idea central es que el acusado debe poder ser reprochado en su aspecto mental antes de poder ser hallado culpable: debe determinarse la *mens rea* requerida en el delito.

La regla general, entonces, es que la culpabilidad mental es un elemento necesario en el enjuiciamiento y en la prueba de todos los delitos; por lo tanto, los estatutos criminales deben ser interpretados en el sentido que requieren un elemento mental, aun cuando textualmente no contengan ninguno. Ahora bien, cuando el estatuto guarda silencio respecto de qué elemento mental se requiere, éste debe ser leído como incluyendo el *mens rea* necesario para separar

las conductas criminalizadas de las inocentes. En algunos casos, el requerimiento del conocimiento al actuar será suficiente; pero, donde dicho requerimiento falle en proteger a la persona inocente, entonces, será necesario requerir una intención específica.

Teniendo esto en cuenta y que, en el delito de la §875(c), el elemento crucial que separa la conducta criminal de la inocente es la naturaleza amenazante de la comunicación transmitida; en consecuencia, el elemento mental a requerir debe aplicarse al hecho de que la comunicación contenga una amenaza. En definitiva, se cumplirá con el requerimiento de un elemento mental, para este delito, si se determina que el acusado ha transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que su comunicación será vista como tal; y, no si una persona razonable percibiría su comunicación como una amenaza, lo cual implica aplicar un estándar por negligencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la decisión de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito; y, por tanto, fijó como precedente que el delito de la §875(c) requiere, respecto de su elemento mental, la prueba de que se haya transmitido una comunicación con el propósito de emitir una amenaza o con el conocimiento de que dicha comunicación será vista como tal.

1.2. Análisis y discusión sobre la jurisprudencia de los sistemas jurídicos influenciados por el *Common law*

Del desarrollo de la jurisprudencia del sistema jurídico del Reino Unido es posible afirmar que, en éste, se ha construido una sólida línea de precedentes con la finalidad de establecer qué debe tener en cuenta un jurado (quien tendrá la decisión sobre los hechos del caso), para la determinación de la intención, principalmente, en los casos de asesinato. La necesidad de la construcción de este tipo de precedentes en el derecho penal inglés deviene de varios factores, de los cuales es

necesario resaltar aquellos que inciden en el trato que se da a la prueba de la intención en el proceso penal.

Primero, en el enjuiciamiento de delitos graves se requiere la determinación de los hechos por parte de un jurado, es decir, por un grupo de ciudadanos no conocedores del derecho²⁶⁷. Estas personas no tienen por qué conocer cuáles son los requerimientos para la configuración del delito ni las reglas procesales para la prueba del sustento fáctico que determinará la imputación de los elementos que configuran tal delito; por lo tanto, resulta necesario dar una guía previa al jurado, a fin de que sus miembros puedan llegar a conclusiones más acertadas sobre si se ha cometido un hecho delictivo o no.

El juez de primera instancia, entonces, debe dar instrucciones que ayuden al jurado a poder decidir, en el caso en concreto, si los hechos imputados a través de la acusación fiscal han sucedido, y si el acusado es responsable de haberlos cometido. Estas instrucciones versan tanto sobre las reglas del procedimiento en el juicio oral, por ejemplo, que no deben tener en cuenta alguna prueba que es declarada ilícita por el juez; como sobre reglas respecto de qué enunciados de hecho deben tenerse como probados para declarar culpable al acusado de un delito en específico, por ejemplo, qué estado mental se requiere probar en el delito de asesinato.

Segundo, el establecimiento de cómo se configura un delito en el derecho penal inglés depende muchas veces de lo que en estricto se denomina *Common law*, es decir, del derecho establecido mediante precedentes y como costumbre institucional; por ejemplo, como ya se había dicho, el delito de asesinato (*murder*), es definido a través de precedentes, aunque su configuración se complementa con disposiciones legislativas. En consecuencia, el juez debe incluir en sus instrucciones al jurado una definición del delito imputado y explicar a sus

²⁶⁷ Véase en Mirjan R. DAMAŠKA (2015, págs. 41-59); y, en Larry LAUDAN (2013, págs. 293-297). Por otro lado, no debe caerse en el error de pensar que, en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona, todos los hechos delictivos son procesados a través de un juicio por jurado (*trial by jury*), véase en William TWINING (2006, págs. 169-170).

miembros cómo éste se configura, así como qué debe tenerse como probado, a efectos de declarar la culpabilidad o inocencia del acusado.

Tercero, en el derecho penal inglés no se utiliza necesariamente conceptos como dolo o tipo subjetivo; sino que, los elementos subjetivos dependen de cómo se configure cada delito y del requerimiento que se entienda establecido en cada uno de estos. Por ejemplo, el delito de asesinato requiere, como elemento subjetivo específico, la intención de matar o la de causar un grave daño corporal; por ello, el juez instruye al jurado en el sentido que debe tener por acreditada la presencia de alguna de estas dos intenciones tipo, sin embargo, se discute cuándo sucede ello y qué se entiende con éstas.

De esta manera, las instrucciones del juez a los miembros del jurado resultan ser el eje central para la discusión sobre la correcta averiguación y determinación de los hechos en el proceso penal, en un juicio por jurado; más aún, cuando éste no tiene la obligación de explicar o dar las razones que le llevaron a tomar una decisión de determinada²⁶⁸. En esta línea, la única forma de cuestionar la decisión sobre los hechos termina siendo la observación de defectos en las instrucciones del juez, indicando que éstas dirigieron a una decisión errónea al jurado, incumpliendo con su función principal.

A partir de la discusión sobre cuáles son las instrucciones correctas que el juez debe dirigir a los miembros del jurado –como se ve en los precedentes bajo análisis–, se ha determinado cuándo este último puede tener por probada la realización de una conducta con una intención específica, como las que se requirieren en el delito de asesinato; pero, en dicha determinación se ha desarrollado un concepto de intención y parámetros para su identificación, diferenciándolo en su individualización de otros estados mentales específicos requeridos en otros delitos afines, como el homicidio no intencional (*manslaughter*).

En esta línea, en Nedrick [1986] ya se establecía, como aspecto inicial para la individualización del concepto de intención, su

²⁶⁸ En sentido estricto, en el sistema jurídico inglés, se desincentiva a los jueces de preguntar a los jurados sobre las bases de su veredicto, véase en Andrew ASHWORTH (2010, págs. 372-376).

diferenciación de los deseos y los motivos del autor. Con bastante razón es necesario realizar esta distinción, pues existe mucha **diferencia entre tener un deseo y tener una intención**²⁶⁹; y, a pesar de ello, se suelen confundir estos conceptos. Una persona puede intentar realizar algo (hacer una determinada acción y lograr un resultado), pero no desear ni la acción ni su resultado; esto es posible, porque desear puede ser una razón para intentar, pero no todo lo que se intenta es deseado ni el deseo por algo implica necesariamente que ello pueda ser intentado.

Podemos desear cosas respecto de las cuales no podemos tener una intención; por ejemplo, una persona puede desear ser una entidad líquida, aun sabiendo que no puede intentar hacer algo para realizarlo, una “intención” de tal tipo carece de contenido. Además, mientras que la intención compromete a la persona que la tiene con su contenido, con “intentar hacer algo”, los deseos son no concluyentes respecto de ello. Es decir, desear algo no compromete a hacer alguna acción para lograr lo que se desea; por lo tanto, el deseo es mejor entendido como uno de los factores o, inclusive, razones para tener una intención, pero no debe confundírsele con la intención misma.

Para ejemplificar esto, en Nedrick [1986], Lord Lane alude a un ejemplo ya establecido en el precedente Moloney [1985], consistente en que una persona que quiere viajar a Londres conoce que debe pasar por Manchester como escala; entonces, si la persona intenta ir a Londres, se encuentra comprometido con, primero, tener la intención de ir (o pasar por) Manchester, a pesar de que la persona puede detestar esta última ciudad y nunca haber querido estar en ella. Sin embargo, esto también nos lleva a **la distinción entre intención directa e intención oblicua**, que se encuentra en relación con el contenido u objeto específico de la intención²⁷⁰.

²⁶⁹ Esta distinción es recurrente en la filosofía de la acción, por ejemplo, véase en Carlos J. MOYA (1990, págs. 136-138); en Georg VON WRIGHT (1979, págs. 120-121); y, en Donald DAVIDSON (1995, págs. 128-129).

²⁷⁰ Sobre la definición de intención oblicua de acuerdo con una explicación teleológica de la acción, véase en Georg VON WRIGHT (1979, págs. 107-110); y, una redefinición de ésta de acuerdo con la doctrina del doble efecto, en María Laura MANRIQUE PÉREZ (2012, págs. 140-145).

En efecto, que una acción se realice por una intención directa significa que el resultado de dicha acción era el objeto directo de tal intención; es decir, con la acción se tenía como objetivo lograr que sucediera el resultado de la acción. En cambio, que una acción se realice por una intención oblicua –en un sentido bastante amplio–, significa que las consecuencias (necesarias o probables) de la acción eran el objeto indirecto de tal intención; pues, dichas consecuencias eran un requisito necesario para lograr el resultado o eran efectos (necesarios o probables) de que se diera el resultado.

La distinción que aquí se realiza se encuentra presupuesta en los precedentes Nedrick [1984], Woollin [1999] y Stringer [2008]; pues, en esta línea jurisprudencial se mantiene –con otra terminología–, que en casos de intención directa, su determinación no será problemática; en cambio, cuando se esté ante una acción realizada por una intención oblicua, será necesario que ésta se redefina a fin de establecer cuáles son los casos que pueden ser intencionales o cumplir con el requerimiento de una *intención necesaria*, en tanto que no toda consecuencia previsible es estrictamente intentada.

De esta manera, los tres precedentes citados pueden interpretarse como reglas jurisprudenciales que establecen parámetros para establecer el mundo de casos en los cuales se puede afirmar que una acción es intencional de manera oblicua, reduciendo los caracteres de la definición amplia de intención oblicua que se ha dado anteriormente. Antes de discutir estos parámetros, es necesario analizar más detalladamente los conceptos de intención empleados en los precedentes del sistema jurídico británico, pues ello no es uniforme en la línea jurisprudencial trazada.

De lo hasta ahora expuesto, ya se debe tener en claro que la intención es aquí entendida –al menos, en principio–, como una cuestión fáctica; y, por tanto, es un aspecto que debe ser determinado o averiguado por el jurado como parte de su veredicto. Por el contrario, no es tan claro en qué sentido, para la jurisprudencia británica, la intención tiene un estatus mental o interno al sujeto o “qué tan interno” es este

estado mental; por ejemplo, si bien se distingue entre intenciones directas y oblicuas, para ello se trata de asemejar a los deseos con las intenciones directas o, en todo caso, se establece una equiparación entre los motivos y deseos del caso con la intención directa.

Sin embargo, esta equiparación puede causar equívocos, puesto que no todas las intenciones directas son motivadas por los deseos; por el contrario, existen varios motivos, motivaciones o razones para generar en una persona la intención de hacer algo, por ejemplo, una obligación o un deber. Una persona puede sentirse obligada a realizar una acción y eso será lo que genere que ella tenga la intención de hacer dicha acción teniendo, como su objeto o contenido directo, su resultado. En otras palabras, existen muchos tipos de razones para la acción²⁷¹, en varios contextos y tipos de acciones; pero, debe quedar claro que intentar hacer *A* para lograr *B* –donde *A* es la acción y *B* el resultado–, no implica necesariamente tener el deseo de *A* ni de *B*.

Podemos graficar esto con un ejemplo práctico. Un terrorista de Sendero Luminoso recibe la orden de matar al alcalde de un distrito del Perú y, obedeciendo la orden, se dirige hasta el municipio y dispara contra el alcalde, matándole. En este caso, el terrorista no ha deseado la muerte del alcalde, pues no fue el deseo sobre ello lo que motivó en él que se generó la acción de matar, sino que fue la obligación de obedecer (junto con otros motivos, claro está), lo que motivó su intención y la acción; pero, en todo caso, se puede afirmar que tuvo la intención directa de matar al alcalde, pues el contenido de ésta es directamente dicho resultado.

Por otro lado, no todos los casos en donde la persona ha realizado una acción con intención directa pueden ser calificados de simples o que no causen problemas, tal como se asume en la línea jurisprudencial analizada al sostener que, en estos casos, bastaría con dar instrucciones simples al jurado. Probablemente, Lord Lane y Lord Steyn no hayan querido afirmar ello de manera literal, pues los casos que veían se

²⁷¹ Este es un uso no estrictamente técnico de la noción de *razones para la acción*, para un análisis de este tipo véase en María Cristina REDONDO (1996, págs. 31-102).

enfocaban en delimitar los alcances de la intención oblicua; pero, cabe precisar que estos casos también pueden resultar problemáticos, especialmente, cuando un delito exija por una intención previa en la acción, como el asesinato en primer grado (*first-degree murder*) del sistema penal norteamericano²⁷².

Ahora bien, el parámetro establecido en Nedrick-Woollin para definir los límites de una acción intencional (de manera oblicua), es la *virtual certeza* sobre las consecuencias de dicha acción. En efecto, frente a la simple previsión de las consecuencias o a la previsión de las consecuencias como *riesgo sustancial*, se requiere que las consecuencias del resultado sean percibidas como *virtualmente ciertas* para ser consideradas como intentadas por la persona bajo una intención oblicua. A nuestro parecer, esto quiere decir que sólo las consecuencias necesarias y no las probables son abarcadas por la definición de intención oblicua establecida en Nedrick-Wollin.

En esta línea, se defiende **una separación entre intentar y prever**; puesto que, la intención sólo abarcaría lo que se busca como resultado o lo que se tiene como requisito o consecuencia necesaria de la acción realizada. La previsión de las consecuencias no es por sí mismo un factor para determinar que ha existido una intención; sino que, lo que hace de una consecuencia *virtualmente cierta* una consecuencia intentada es al principio de transmisión de la intención²⁷³. Es decir, aquel principio lógico que permite establecer que, si la persona tiene la intención de hacer *A*, pero *B* es una consecuencia necesaria de que suceda *A* o un requisito necesario para que suceda *A*; entonces, en ambos casos, la persona no puede intentar directamente *A* sin intentar oblicuamente *B*.

Con esta delimitación de la intención oblicua, podría criticarse que el precedente mencionado estaría tratando una cuestión de definición de

²⁷² En este delito no sólo se exige que el homicidio sea simplemente intencional, sino que también debe ser deliberado y premeditado, lo que implica atribuir una intención previa a la acción del autor de este delito; sobre el significado del requisito de la premeditación-deliberación en este delito, véase en Michael J. Zydney MANNHEIMER (2011, págs. 879-937).

²⁷³ Véase, sobre los principios lógicos de la intención, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003a, págs. 675-676)

un presupuesto normativo del delito de asesinato (la intención), como una cuestión fáctica²⁷⁴; sin embargo, a pesar de ser cierto que se está delimitando los alcances definitorios de la intención, en estos precedentes, ésta es vista como un hecho psicológico o un estado mental que debe ser descubierto o encontrado, a partir de toda la evidencia relevante, en el caso en concreto. Es decir, se redefine el supuesto de hecho que puede ser subsumido en el delito, pues se entiende que la intención puede ser probada.

En esta línea, en Woollin [1999], inclusive, se precisa que las instrucciones al jurado deben sostener que sus miembros deben “encontrar” (*to find*) la intención, en lugar de inferirla (*to infer*), según se señalaba en Nedrick [1984]. Aunque, a nuestro criterio, no existe diferencia entre afirmar que debe hacerse una inferencia probatoria para determinar la existencia de una intención y decir que ésta debe ser encontrada o descubierta a partir de toda la información probatoria relevante; la precisión mencionada sería valiosa para destacar que la intención es un hecho psicológico que puede ser encontrado por el juzgador de los hechos en un proceso penal.

Por otro lado, merece especial atención la aplicación del precedente Nedrick-Wollin en la jurisprudencia de Stringer [2008]; puesto que, muestran que la determinación de la intención dependerá de las habilidades cognitivas y volitivas de cada persona. No todas las personas pueden entender como necesarias las consecuencias de una determinada acción y su resultado; pues, si bien es posible aplicar un estándar de racionalidad mínima, como regla general, desde la cual poder averiguar si la persona tuvo o no una intención, en algunos casos ello constituiría una generalización no justificada.

Es decir, si bien en la mayoría de los casos podemos presuponer que las personas actúan racionalmente (pero, de manera mínima²⁷⁵), y

²⁷⁴ Por ejemplo, en Simon PARSONS (2000, págs. 5-19). En otro sentido, Nicola LACEY (1993, págs. 625-628), sostiene que la delimitación hecha en precedente como Nedrick [1984] implican la toma de una definición de intención mediante el lenguaje ordinario, en tensión con otras definiciones posibles de obtener mediante el análisis conceptual.

²⁷⁵ Sobre la racionalidad mínima, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2003a, págs. 669-670); y, de manera similar, sobre la racionalidad imperfecta en Jon ELSTER (1989, págs. 66-188).

que toda acción racional es intencional; sin embargo, existirán casos en que dicha presuposición estará en discusión, puesto que existen personas con habilidades psicológicas diferenciadas. En consecuencia, la determinación fáctica de la intención también implica asegurarse que la persona que ha realizado una acción se encontraba habilitada para tomar decisiones o elecciones de manera mínimamente racional, al momento del hecho; de lo contrario, no será posible explicar su acción ni averiguar su intención²⁷⁶.

Del desarrollo de la jurisprudencia del sistema jurídico de los Estados Unidos es posible afirmar que, en el tratamiento de los elementos mentales, se busca la aplicación de principios constitucionales que justifiquen la criminalización de determinadas conductas de acuerdo con estándares más gravosos que en otras formas de prohibición jurídicas. En la determinación de ello, también son aplicables (al menos) dos de las tres consideraciones realizadas respecto del sistema jurídico británico; en específico, la presencia del jurado en el enjuiciamiento de delitos graves y la determinación de elementos subjetivos específicos para cada delito, no generales, como el dolo.

En efecto, en el sistema norteamericano, la estricta legalización de la parte especial del derecho penal es más exhaustiva; con lo cual, se puede matizar la idea común de que, en la tradición jurídica anglosajona, la principal fuente del derecho es la jurisprudencia, puesto que en ámbitos como el derecho penal se aplica el principio de legalidad. Ahora bien, la aplicación de este principio no parece ser entendido de manera tan estricta como se entiende en los sistemas jurídicos europeo-continentales; debido a que, como se pueden ver en los precedentes bajo análisis, la interpretación sobre los elementos del delito puede ir más allá del texto de la ley a fin de cumplir con exigencias constitucionales.

De esta manera, en *Elonis* [2015], la Corte Suprema de Estados Unidos deja claramente establecido que, a pesar de que un texto normativo sobre un delito no se establezca un elemento subjetivo o

²⁷⁶ Conclusiones distintas, sobre el análisis de estos precedentes del sistema jurídico británico, en Armando SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO (2018b, págs. 130-151).

mental, el juez debe integrar la norma penal con la aplicación del principio según el cual toda culpabilidad requiere la determinación de un *mens rea*; y, en consecuencia, encontrar el elemento mental requerido en todo delito. Inclusive, en Loughrin [2014], esta posibilidad se encuentra sobrentendida cuando se discute si es necesario una intención adicional en el delito de fraude bancario a fin de que éste no implique la sobrecriminalización de conductas que deberían ser inocentes.

Entonces, puede parecer confuso si, para esta línea jurisprudencial, la intención u otro elemento mental es una cuestión fáctica o normativa; sin embargo, estos precedentes nos permiten entender en qué sentido lo subjetivo es parte de la imputación normativa y en qué otro implica la prueba de un hecho psicológico. Justamente, al evidenciar que las cuestiones fácticas y normativas no son absolutamente independientes ni se encuentran aisladas; por el contrario, se encuentran en una relación interdependiente, pues es necesario saber qué significa o implica un delito para determinar qué requiere ser probado, pero el enunciado de hecho probado va a determinar qué delito puede ser imputado probado.

En este sentido, **la determinación de qué elemento mental es requerido por un delito, de acuerdo con las exigencias constitucionales que legitiman la criminalización de conductas, es una cuestión normativa previa para la prueba del estado mental al que se refiere la mencionada exigencia normativa.** Una vez establecido cuál es el nivel de esta exigencia, un delito puede admitir la presencia de distintos estados mentales; por ejemplo, en *Elonis* [2015], la Corte Suprema determinó que el delito regulado en la 18 U.S.C. §875(c), requiere: (1) que el acusado haya tenido el propósito o la intención de inferir comunicaciones amenazantes respecto de actos como matar o lesionar gravemente.

O, (2) que el acusado haya tenido el conocimiento, de acuerdo con el contexto, que la persona con quien se está comunicando entendiera la comunicación como amenazante respecto de actos como matar o lesionar gravemente. En este punto, nuevamente, nos encontramos ante

la distinción entre una conducta por intención directa y una por intención oblicua; puesto que, (1) hace referencia a la intención directa de proferir amenazas contra la vida o la integridad corporal; y, (2) alude a la intención oblicua con la cual una persona puede comunicar una amenaza en tanto vea ello como una consecuencia necesaria de realizar tal comunicación.

Es decir, según estos parámetros, una comunicación amenazante intencional es aquella que el autor realiza con el propósito de amenazar seriamente o tomando como una consecuencia necesaria que, al realizar dicha comunicación, ésta será tomada como una amenaza seria. De esta manera, la definición de intención oblicua también se encuentra delimitada por las consecuencias o los requisitos necesarios para lograr el resultado; y, dejando de lado, las consecuencias meramente previsibles o probables.

Esto último se sugiere en Elonis [2015], cuando se descarta que el sólo hecho de que las personas que recibieron la comunicación la vieran como amenazante pueda determinar que se ha cumplido con el requerimiento de un elemento mental suficiente en el delito en cuestión. Criminalizar ello, entonces, implicaría establecer un parámetro de responsabilidad objetiva en la cual el significado de los actos de habla realizados por una persona dependerá únicamente de su interprete y no de su autor; lo cual es, inclusive, erróneo en una teoría de los actos de habla, en donde, si bien los significados de estos actos se encuentran en dependencia con las reglas y convenciones lingüísticas, requieren **el reconocimiento de las intenciones del hablante para su comprensión**²⁷⁷.

Ahora bien, esto demuestra la importancia de la intención y de otros estados mentales relativos al conocimiento para la determinación de la responsabilidad²⁷⁸; puesto que, no sólo de la intención, sino que de actitudes subjetivas como la indiferencia o la malicia se han establecido varios elementos mentales que requieren los delitos. En esta línea, en el sistema jurídico de los Estados Unidos, la realización de un delito puede

²⁷⁷ Véase en John SEARLE (2017a, págs. 60-68).

²⁷⁸ En especial, sobre la intención como el elemento definidor de la forma más seria de culpabilidad, véase en Michael S. MOORE (2011, págs. 179-205)

basarse desde en la simple responsabilidad objetiva hasta en una intención específica; pero, no todos los delitos pueden admitir un *mens rea* débil como el primer caso o en la negligencia.

De similar manera, un delito como el homicidio puede ser cometido con distintos estados mentales, de lo cual dependerá su clasificación; en este caso, se realiza una división tripartita del homicidio en: *first-degree homicide*, *second-degree homicide* y *manslaughter*. En la primera forma se requiere la intención directa; en la segunda, la intención oblicua o la previsión de la muerte como consecuencia probable; y, en la tercera, la negligencia en el actuar. Además, la atribución de responsabilidad por cada una de las formas del homicidio implica un reproche diferenciado, la primera, el mayor y, la segunda, el menor; lo cual, en definitiva, resulta de mayor aplicabilidad que una división del homicidio en sólo dos formas (intencional o no intencional)²⁷⁹.

La variedad de elementos subjetivos que son establecidos en los delitos permite una mayor flexibilidad para imputarlos a casos concretos; por ejemplo, en el caso del *second-degree murder*, sólo será necesario establecer que la muerte no era el resultado de la acción, sino que una de sus consecuencias, ya se necesaria, probable o previsible. En sentido similar, en Loughrin [2014], la diferenciación entre las modalidades del delito de fraude bancario radica en el requerimiento de una intención específica, la de defraudar a las instituciones bancarias; y, dicho requerimiento depende, primero, de la redacción de la ley penal y, segundo, de las exigencias para la atribución de responsabilidad.

El requerimiento de una intención específica en el delito del 18 U.S.C. §1344(1), justamente, hace innecesario su exigencia en el delito del 18 U.S.C. §1344(2); con lo cual, se tienen dos delitos que requieren dos tipos de intenciones diferentes como elementos mentales. El primero, una intención específica, ulterior a la realización inmediata de la acción, la de haber tenido el propósito de defraudar a los bancos; y, el segundo, una intención general, la de realizar la acción inmediata, en este caso, de obtener la propiedad del banco defraudo. Este último caso, como regla

²⁷⁹ Para un análisis en este sentido, véase en Jeremy HORDER (2007, págs. 19-38).

general, generará menor reproche; pues, una intención general muchas veces se identifica con la simple voluntariedad del acto con el conocimiento de las circunstancias relevantes.

Por último, la prueba de las intenciones, de acuerdo con los precedentes del sistema jurídico de los Estados Unidos (especialmente *Elonis* [2015]), trae a colación la necesidad de contar con criterios objetivos, adecuados a contextos particulares, a partir de los cuales se pueda determinar el contenido de la intención de una persona. En efecto, si bien se puede requerir que el autor del delito de comunicación amenazante ya analizado tenga una intención directa u oblicua de amenazar, el contenido amenazante no sólo dependerá de la intención del autor como hablante; sino que, también, de las reglas lingüísticas utilizadas y, más importante, del contexto.

La dependencia de la determinación de la intención sobre el contexto, sin embargo, no puede entenderse el abandono del concepto de intención como estado mental que tienen tanto los precedentes ingleses como norteamericanos; por el contrario, sólo implica que si la intención es un estado mental, entonces, dicho estatus resulta en la imposibilidad de conocerlo de manera directa, siendo necesario la ayuda de criterios desde los cuales evaluar las circunstancias del caso y, así, poder concluir que una persona efectivamente ha tenido una intención determinada.

La utilización de reglas y convenciones sociales para lograr reconocer qué intenciones tiene otra persona es la forma normal en la cual ello puede ser logrado; puesto que, esta otra persona, justamente, utiliza estas reglas y convenciones para comunicarnos un mensaje, el objeto de su intención. Todas las personas, mínimamente racionales, cuando hablan o realizan acciones conocen las reglas sociales para poder hacer viable su comunicación; a partir de ello, es posible la construcción de criterios para identificar intenciones. Por el contrario, si no pudiéramos reconocer las intenciones del otro, no sería posible comunicación alguna; por lo que, la utilización de reglas sociales no es

un indicativo de que las intenciones se adscriban, sólo es la forma en cómo logramos describirlas²⁸⁰.

1.3. Del sistema jurídico español influenciado por el *Civil law*

1.3.1. STS N° 192/2016



Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, 02 de febrero de 2016. Ponencia del juez Francisco Monterde Ferrer.

a. Cuestión fáctica

El día 15 de octubre de 2010, la Guardia Civil interceptó un vehículo conducido por el acusado Alexis, acompañado de su pareja, la acusada Noelia, y de su hija menor de edad. Al registrar el vehículo (de propiedad de Alexis) se encontró 33 envoltorios que contenían heroína y cocaína, escondidos en el techo; sustancias poseídas, para ser distribuidas a terceras personas. Al día siguiente, se realizó un registro policial en el domicilio de los acusados, encontrándose, una balanza de precisión, 05 envoltorios con cocaína, papel de plata, gomas y hojas de recorte.

La sustancia intervenida resulto consistir en 6.83 gramos de cocaína con distinto porcentaje de pureza; y, 4.93 gramos de mezcla o revuelto de cocaína y heroína, con distinto porcentaje de pureza.

²⁸⁰ Sobre la adscripción de intenciones, véase en Herbert L. A. HART (1949, págs. 171-194); y, una interpretación distinta a la dada en este apartado, respecto de la relevancia de los criterios objetivos para la determinación de los elementos mentales o subjetivos, en Nicolás OXAM VILCHES (2013, págs. 139-194).

El precio en el mercado ilícito de toda la sustancia intervenida sería de 536,03 euros.

b. Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería

La Audiencia Provincial falló condenando a los acusados Noelia y Alexis como autores responsables del delito contra la salud pública, por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud; y, declarando como probados los hechos que han sido resumidos en el apartado anterior.

c. Fundamentos de los recursos de casación de los procesados

El recurso planteado por la procesada Noelia se fundamentó en que no existe prueba de cargo para una condena en su contra por la posesión de estupefacientes destinados a su distribución entre terceras personas. Además, cuestionó que no estaba justificada su intervención en el vehículo en que viajaba; que, en las actuaciones no existe autorización judicial para el registro en su domicilio; que, no se han respetado las reglas para la ocupación, pesaje y análisis de la supuesta droga intervenida; y, que el peso neto de la cocaína y heroína intervenidas sería de máximo 4.050306 gramos, inferior a los más de 10 gramos considerados por la jurisprudencia para excluir que la droga esté dirigida al autoconsumo. De modo subsidiario, la procesada requiere la aplicación del supuesto atenuado, con imposición de una pena inferior, respecto de que es drogadicta en trance de deshabitación

El recurso planteado por el procesado Alexis se fundamentó en el requerimiento de la aplicación de un supuesto legal atenuado, en atención a la escasa gravedad de los hechos realizados, sin gran trascendencia, y existiendo enormes dudas sobre su participación, en tanto que Noelia reconoció que él no tuvo nada que ver con los hechos. Entonces, él no participó en los hechos, ya que las sustancias intervenidas fueron de su expareja, habiendo sido

engañado por ella, quien introdujo en el vehículo la droga intervenida, desconociéndolo él.

d. Fundamentos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español

El Tribunal Supremo Español sostuvo que, en el presente caso, el Tribunal de instancia sí ha contado con pruebas de cargo suficientes obtenidas y practicadas con las garantías legalmente previstas para, racionalmente, entender desvirtuada la presunción de inocencia y dictar un pronunciamiento de culpabilidad; debido a los siguientes argumentos.

En primer lugar, la prueba indiciaria puede sustentar una condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre y cuando: los indicios se basen en hechos probados y no en meras conjeturas; y, los hechos constitutivos del delito y de la vinculación del acusado a éste, se deduzcan de los indicios, a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano. En esta línea, se ha realizado una adecuada valoración probatoria en la argumentación del Tribunal *Ad quo* que utiliza prueba directa, respecto de que los procesados fueron encontrados en posesión de la droga; y, prueba indiciaria, respecto del destino de la droga poseída.

En segundo lugar, sobre el argumento de la atipicidad por posesión de drogas para el autoconsumo, sí se han observado los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La droga que poseían los procesados era 6.83 gramos de cocaína y 4.93 gramos de mezcla de cocaína y heroína; no pudiendo alegarse, entonces, que tal cantidad esté destinada al autoconsumo. Puesto que, la jurisprudencia ha determinado que la dosis diaria de un consumidor medio es de 1.5 gramos de cocaína; y que, *sin perjuicio del análisis individual del caso*, la posesión de más de 10 gramos permite presumir que la droga es destinada al tráfico.

Nada de lo actuado avala que la procesada haya sido consumidora en mayor o menor grado de las sustancias que poseía. El Tribunal *Ad quo* deduce que dichas sustancias estaban destinadas al tráfico a partir de: la variedad de sus tipos; su forma de empaquetamiento; la tenencia de objetos habitualmente utilizados para la venta minorista (balanza, papel de plata, etc.); la declaración de los agentes intervinientes sobre la sospecha de que los procesados traficaban drogas; y, la carencia de ingresos de los procesados, con la cual podrían aducir autoconsumo.

Por otro lado, el ser consumidor de droga (cuando ello quede probado), no excluye de manera absoluta el propósito de traficar; por lo que, la jurisprudencia ha determinado que lo determinante en la posesión para el autoconsumo es el tener 0.6 gramos como dosis diaria de heroína y 1.5 gramos como dosis diaria de cocaína. Cantidades que son sobrepasadas por los 12 gramos en bruto que los procesados poseían, la cual podía dividirse en múltiples dosis. No queda duda que el destino de la droga poseída por los procesados era su tráfico; y, todo ello, también se aplica para determinar que el procesado Alexis sí conocía de la posesión de la droga para su destino ilícito.

Además, no es creíble que Alexis no conociera nada de ello; puesto que, las denuncias consistían en que ambos procesados vendían droga en su domicilio; Alexis era el dueño del vehículo en el que se encontró la droga; y, él dio versiones contradictorias sobre a dónde se dirigía el día de la intervención. Sobre los demás argumentos, no queda duda de la no existencia de irregularidades en el procedimiento, en la admisión de pruebas y en la determinación del supuesto normativo aplicable; por lo tanto, los recursos de casación son desestimados.

1.3.2. STS N° 4673/2017



Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, 20 de diciembre de 2017. Ponencia del juez Antonio del Moral García.

a. Cuestión fáctica

En agosto de 2014, el procesado José Ramón vivía con su esposa Rosalía en un edificio donde tenían como vecinos al matrimonio formado por Cándido y Frida, quienes vivían con tres perros. El 24 de agosto de 2014, Rosalía recriminó a Cándido por los ruidos molestos que causaban sus perros. El 26 de agosto de 2016, José Ramón tomó vodka con amigos, recogió a su esposa a las 14.00 horas; y, después, comieron en su domicilio, tomando José Ramón un poco de vino. Tras la comida, José Ramón tomó su medicación. Sobre las 15:15 horas, cuando el procesado y su esposa descansaban, Rosalía escuchó el ruido de los perros de sus vecinos; salió de su vivienda, dejando la puerta entreabierta, y se dirigió a la de sus vecinos, donde discutió con Frida.

El procesado oyó la disputa, se levantó de la cama y cogió su escopeta –que para disparar debía ser previamente amartillada, y estaba semidoblada, colgada en la pared del comedor–; y, sabiendo que estaba cargada y en perfecto estado, salió viendo que su vecino se dirigía a su domicilio subiendo las escaleras procedentes de la planta baja; cuando Cándido llegó a la altura de José Ramón, este último le dijo al primero dos veces “¡tú quieto ahí!", pero con ánimo de acabar con su vida, y sin que tuviese posibilidad de defenderse, efectuó un disparo a una distancia entre 50 centímetros y 1,50

metros, que siguió una trayectoria oblicua y descendente, contra la víctima, impactándole directamente sobre su órbita ocular izquierda.

A consecuencia del disparo, Cándido falleció inmediatamente. Los agentes que acudieron al lugar encontraron al procesado en estado de shock, en ropa interior, llorando, arrepintiéndose, y repitiendo "¿qué he hecho?". El mismo día se realizó el registro en el domicilio del procesado, encontrándose el arma utilizada para la comisión de los hechos, una canana que contenía 10 cartuchos, la tarjeta de armas de una pistola marca Marshall calibre 177, una pistola falsa, un pasamontaña de, anagramas y un manual de ETA, un pasaporte vasco, un pasaporte venezolano, entre otros efectos.

b. Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón

El Tribunal del Jurado emitió un veredicto de culpabilidad en el presente caso; por lo que, la Audiencia Provincial emitió pronunciamiento condenando al acusado José Ramón como autor responsable del delito de asesinato por alevosía, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas; y, por ello, le impuso la pena de 15 años de prisión, además de la reparación civil correspondiente.

c. Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia

El Tribunal Superior estimó el recurso de apelación interpuesto por Frida, con adhesión del Ministerio Fiscal, contra la sentencia condenatoria en el extremo que no se había configurado el atenuante de dilaciones indebidas; por lo tanto, revocó la sentencia en dicho extremo, pero mantuvo la pena de 15 años de prisión. Por el contrario, el recurso de apelación interpuesto por el procesado José Ramón fue desestimado en todos sus extremos.

d. Fundamentos del recurso de casación del procesado

El procesado José Ramón interpuso recurso de casación alegando tres motivos. Primero, que hubo error en la valoración de las pruebas, evidenciado por los documentos obrantes en las actuaciones. Segundo, que hubo una indebida inaplicación de las atenuantes muy cualificada de confesión y simple de dilaciones indebidas. Y, tercero, que hubo quebramiento de forma, al no expresarse en la sentencia de manera clara los hechos probados o, realizándose ello contradictoriamente; y, al no resolverse en la sentencia todos los puntos de la acusación y de la defensa.

e. Fundamentos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español

En primer lugar, el Tribunal Supremo decide reconducir el primer motivo casacional invocado por el procesado José Ramón hacia la determinación sobre si la sentencia condenatoria contra él, en su aspecto probatorio, habría vulnerado la presunción de inocencia. Ello, debido a que, frente a la hipótesis incriminatoria declarada probada por el Jurado, referida a que el procesado realizó un disparo intencionado, este último, sostiene que la hipótesis alternativa, referida a que realizó un disparo por accidente, es igual de probable que la anterior; por lo que, debe sustituirse la condena de asesinato por una de homicidio culposo.

En consecuencia, el núcleo de la cuestión controvertida consiste en determinar si José Ramón realizó el disparo contra Cándido intencionalmente o no. Al respecto, la suficiencia probatoria para una condena va referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; y, en esta línea, se ha superado la jurisprudencia que etiquetaba a las deducciones sobre elementos internos como *juicios de valor* y, por tanto, encuadrables en la *quaestio iuris*. No es así, los hechos internos, que no son perceptibles por los sentidos, también, son cuestiones fácticas. Por tanto, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, sólo

pueden declararse probados esos hechos psíquicos cuando existe actividad probatoria de cargo suficiente.

Los elementos internos no son captables directamente por terceros, por lo que han de deducirse de hechos externos en la forma habitualmente utilizada para valorar la prueba indiciaria. Es decir, salvo los casos de acreditación mediante la confesión del acusado, han de probarse mediante inferencias o deducciones. Para acreditar elementos subjetivos o psíquicos, de un conjunto de circunstancias externas se colige el estado anímico del agente; por ejemplo, de la zona corporal a la que se dirigieron los golpes de cuchillo es posible deducir el ánimo de matar. En el presente caso, las circunstancias externas son las que debieron sustentar la convicción del jurado sobre el carácter intencionado de la acción de disparar.

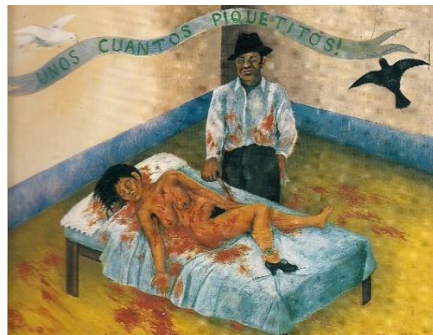
Efectivamente, una mayoría suficiente del jurado no ha tenido la más mínima duda sobre cómo ocurrieron los hechos, fundando su decisión en todo el cuadro probatorio obtenido: el disparo provenía de la escopeta del procesado, cuando se encontraba cargada y amartillada, en el momento que llegó su vecino, y llegándole a impactar de manera directa; aunado a ello, se encontraron restos de disparo de arma de fuego en las manos y el brazo izquierdo del procesado. Descartar que haya existido un accidente, en este caso, no implica elegir entre varias posibilidades concurrentes de los hechos; por el contrario, es optar por la que da una explicación completa de todo el cuadro indiciario y descartar las hipótesis inverosímiles.

Muchos elementos conducen a entender que la acción del procesado fue voluntaria, hipótesis que es la más natural y la que encaja mejor con la secuencia externa de los hechos. Por otro lado, es factible cometer un asesinato y lamentarse de ello en seguida; principalmente, cuando la decisión homicida no es algo meditado, planificado, reflexivo, sino, como en este caso, fruto de un posible ataque de furia incontrolada y surgido de manera volcánica: sólo desde ese estado anímico se entiende no sólo el asesinato; sino,

también, la previa acción aceptada por el procesado de salir impetuosamente con una escopeta en la mano al encuentro de un vecino al que se le compele quedarse quieto de manera intimidatoria. En consecuencia, la alegación de que la valoración del jurado vulnera la presunción de inocencia es un exceso y se desestima.

Respecto de las alegaciones sobre la aplicación de atenuantes en el presente caso, no ha existido una confesión de un delito de asesinato, sino de una imprudencia. La atenuante de confesión no supone renunciar al derecho de defensa, pero sí confesar en el sentido de reconocer en lo esencial (actuación externa e interna), la infracción; por lo que, se desestima la alegación. En similar sentido, se desestima la alegación sobre la atenuante de dilaciones indebidas, en tanto que el tiempo de demora se ha debido a la realización de prueba pericial relevante. Respecto de la última alegación, sobre la ausencia de razones explícitas del veredicto del jurado; ello, se desestima en tanto que en el acta de dicha decisión se observa una motivación sucinta, pero suficiente. En consecuencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por el procesado en todos sus extremos.

1.3.3. STS N° 2182/2018



Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, 13 de junio de 2018. Ponencia del juez Vicente Magro Servet.

a. Cuestión fáctica

El procesado Víctor Manuel y Penélope fueron convivientes durante 11 años y tuvieron un hijo; sin embargo, como consecuencia de un delito de violencia contra la mujer, se impuso al procesado una prohibición de aproximación y de comunicación, en favor de Penélope. Al procesado le fue notificada dicha orden el 11 de octubre de 2015; tras lo cual, Penélope fue a vivir junto con su hijo a la finca de sus padres en Alicante. Dicha finca, rodeada por una valla, consta de una vivienda principal, donde dormían los padres; de una casa para invitados, donde pernoctaban Penélope y su hijo; de un cobertizo, donde su padre guardada una escopeta; y, de una pequeña caseta.

El 10 de noviembre de 2015, el procesado, después de mentirles a sus vecinos que viajaría a Galicia, se dirigió a Alicante, llevando consigo 05 cartuchos (compatibles con la escopeta del padre de Penélope), un pasamontaña, y una carta donde explicaba su intención de matarle. A las 20:00 horas del mismo día, el procesado llegó a Alicante, donde estacionó su automóvil. Cuando llegó a la finca, saltó la valla, se dirigió al cobertizo donde cogió la escopeta guardada; y, se dirigió hasta la casa de invitados, refugiándose debajo de la cama. Penélope entró en ese momento, pero regresó a la vivienda principal, donde dormiría porque le alertaron que el procesado estaba de viaje. Durante la noche del 10 al 11 de noviembre de 2015, el procesado estuvo en la finca, con la escopeta y su pasamontaña. Antes del amanecer entró en la caseta de la finca y esperó a que Penélope saliera.

A las 07:50 horas del 11 de noviembre de 2015, Penélope salió hacia la casa de invitados. Al verla pasar, el procesado salió de la caseta y le siguió, portando la escopeta y puesto el pasamontaña. En la casa de invitados Penélope notó algo y, al darse la vuelta, vio a Víctor Manuel encañonándola con la escopeta; quien le dijo: "de esta te mato". En ese momento, Penélope reaccionó cogiendo con las dos manos la escopeta desviándola, y salió corriendo hacia la

casa principal, gritando "llama a la policía". El procesado salió corriendo detrás de ella mientras le decía: "te mato, te mato"; en ese instante, apuntó por la espalda contra Penélope y, con ánimo de atentar contra su vida, le disparó; como consecuencia, la víctima cayó golpeándose la cara y, en general, sufrió graves lesiones, pero sobrevivió.

A continuación, el procesado cargó de nuevo la escopeta para disparar, pero los padres de la víctima salieron alarmados por los gritos. Entonces, Penélope, auxiliada por su madre, se refugió en el interior de la casa principal y llamaron a la policía. Ante esto, el procesado se dio a la fuga, escondió la escopeta y se dirigió hasta donde tenía el automóvil. El procesado fue detenido en la carretera; donde se registró el vehículo, encontrándose 03 cartuchos, el pasamontaña, la ropa con la que fue identificado por la víctima, y la carta que había escrito días antes.

b. Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante

La Audiencia Provincial falló condenando a Víctor Manuel como autor responsable de los delitos de asesinato en grado de tentativa (con la concurrencia de la agravante de parentesco), de quebrantamiento de medida cautelar, de allanamiento de morada y de tenencia ilícita de armas. Por ello, le impusieron, por el primer delito, la pena de doce años de prisión; por el segundo, nueve meses de prisión; por el tercero, catorce meses de prisión; y, por el cuarto, nueve meses de prisión. Además de imponerse las penas accesorias y la reparación civil, correspondientes.

c. Fundamentos del recurso de casación del procesado

El procesado Víctor Manuel interpuso recurso de casación alegando cinco motivos. Primero, la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto no habría prueba de cargo suficiente para condenarle. Segundo, la vulneración al derecho a un proceso con

todas las garantías, infringiendo el *in dubio pro reo*, por existir versiones contradictorias de los hechos. Tercero, por no aplicarse la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada. Cuarto y quinto, por inaplicaciones de las atenuantes de la responsabilidad criminal, con manifiesto error en la apreciación de la prueba, referidas a la afectación de la voluntad, capacidad, y posible alteración psíquica del procesado.

d. Fundamentos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español

En primer lugar, el Tribunal Supremo resume la primera alegación del procesado Víctor Manuel en que no se habría tomado en cuenta su versión de los hechos: su intención jamás fue de matar a Penélope, sino que la de conseguir que le escuchase, aunque lo hizo en circunstancias imprudentes. A la hipótesis incriminatoria, el procesado contrapone la hipótesis de que con la escopeta sólo quería hacer disparos al aire e “imponer respeto”, pero disparó accidentalmente contra Penélope. El Tribunal Supremo concluye que esta alegación no se encuentra acorde a cómo sucedieron los hechos.

Puesto que, existía una orden de alejamiento contra el procesado en favor de la víctima debido a malos tratos, lo cual produjo que la víctima vaya a vivir con sus padres, tomando medidas de autoprotección. Ésta es una circunstancia típica en los hechos de violencia de género, en donde la víctima tiene que salir de su hogar a fin de evitar que una expareja acabe con su vida. Por otro lado, el procesado se dirigió hasta Alicante con la intención de matar a Penélope, pues portaba 05 cartuchos y había explicado en una carta dicha intención; además, al llegar a la finca, el procesado se apoderó de una escopeta para matarla.

Además, al momento de los hechos, el procesado siguió a la víctima, portando una escopeta y cubriendo su rostro con un pasamontaña; y, cuando entró a la casa, gritó varias veces “te mato”.

Por último, el procesado intentó consumar el acto, volviendo a cargar el arma; pero, ante la presencia de los padres de la víctima, huyó. En consecuencia, la intención del procesado estaba clara, era la de matar y no de lesionar; porque fue desde su localidad para matarla, según lo que había escrito en una carta, portando cartuchos para usarlos en un arma que sabía que se encontraba en la finca, y luego gritó que iba a matar. El que no haya logrado realizar otro disparo, sólo implica que el delito se configure en grado de tentativa.

La intención de matar es clara y real, se desprende de: 1) La preparación del procesado para tal fin; 2) La carta que él llevaba, donde se muestra la deliberación y toma de decisión de matar; 3) Las anteriores amenazas de muerte; 4) Las características y potencialidad del arma empleada; y, 5) El haber apuntado en dirección al cuerpo de la víctima. Ahora, si bien todo ello se infiere de la declaración de la víctima, ésta sí puede desvirtuar la presunción de inocencia al verificarse ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y contrastación, y persistencia en la incriminación; además, ésta es una declaración de víctima de violencia de género que, aunque no es más creíble que la de otro testigo, su narración puede apreciarse con mayor precisión. En consecuencia, se desestima la alegación del procesado.

Respecto del motivo alegado por el recurrente sobre la vulneración del principio *in dubio pro reo*; en tanto que, la víctima habría dado versiones contradictorias sobre lo ocurrido: en sede policial, refirió que al caer vio que el procesado volvía a cargar el arma, pero su padre logró intimidarle; pero, en juicio oral, afirmó que cuando cayó no pudo ver nada. El Tribunal de instancia ha hecho explícitos los enunciados fácticos que quedan acreditados por la declaración de la testigo-víctima Penélope, persistente y coherente en su relato, corroborado por datos objetivos y lo declarado por el resto de los testigos. Por lo tanto, esta alegación del procesado también se desestimó.

El tercer motivo, sobre la no aplicación de la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada, se desestimó porque el primero se consumó antes de realizarse el segundo. Por último, los dos motivos respecto de la posible atenuación de la responsabilidad del procesado también son desestimados, puesto que no se ha constatado que él haya tenido alguna afectación por alteración psíquica o consumo de alcohol instantáneo, que pueda variar la imputabilidad del sujeto. En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado.

1.3.4. STS N° 2555/2018



Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, 04 de julio de 2018. Ponencia del juez Vicente Magro Servet.

a. Cuestión fáctica

El día 20 de mayo de 2016, el procesado Mauricio publicó, en su cuenta pública de Facebook, una imagen de la cabeza de Teófilo, víctima de la organización terrorista ETA, comentando que era una aberración dedicarle una calle, escribiendo "buuu"; y, pese a conocer cómo se asesinó a dicha persona, añadió "Teófilo caza mayor". El día 22 de mayo, en su cuenta pública de Youtube, publicó un vídeo de 06:45 minutos con el título "No a la calle de Teófilo. Es vergonzoso que se le dedique a este individuo una calle, sólo porque ETA lo haya matado".

En el video el procesado dijo: "que este vídeo era más que nada, era para protestar, no, el hecho de que, de que el Partido Popular

pues le haya puesto una calle a Teófilo en Madrid. A mí me parece ahora totalmente asqueroso, pues ese tipo pues era del Partido Popular y me importa un rábano que lo hubiese matado ETA o que no lo hubiese matado ETA. O sea qué diferencia hay, que lo hubiera matado el de ETA, o se hubiera muerto en accidente de moto, a mí es que me la suda, probablemente me acuerde siempre, no, de cuando mataron a Teófilo, y sacaron la noticia por la radio o por lo menos de cuando yo me enteré, yo me solidaricé muchísimo con Teófilo, me pareció una cosa totalmente aberrante, pero después me he ido dando cuenta de que nada, no me voy a solidarizar nunca más con Teófilo".

El procesado volvió a colgar el video en Youtube, el día 25 de mayo, lamentando las pocas visitas que había tenido y diciendo que haría otro, siendo "Teófilo una víctima de ETA en un terreno virgen"; y, añadiendo mensajes alusivos a la Audiencia Nacional, a la que días antes había dedicado otros videos bajo las leyendas "Toreando a la Audiencia Nacional" y "Diatriba a la Audiencia Nacional". El 04 de junio de 2016, desde su cuenta de Facebook, publicó un vídeo en el que aparece el emblema de la productora de la organización terrorista DAESH titulado "Jura de lealtad (Baiaa) de decenas de jóvenes para la lucha en las filas del Estado Islámico en la ciudad de Manbij en la comarca de Alepoel".

El vídeo muestra el acto de juramento de yihadistas al Califato, observándose imágenes de un imán armado recitando un sermón y a jóvenes que, empuñando rifles, gritan ¡Alahu Akbar! En esta última publicación, no figuraba un comentario del procesado. En el mes de septiembre siguiente, aparecía cerrada la cuenta de Facebook de Mauricio.

b. Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

La Audiencia Nacional falló condenando a Mauricio como autor responsable del delito de enaltecimiento del terrorismo y de

humillación a las víctimas del terrorismo, sin concurrencia de atenuantes de la responsabilidad penal; y, le impusieron la pena de dos años y un día de prisión; así como, las penas de inhabilitación y de multa, correspondientes. Además, se ordena al prestador de los servicios de redes sociales la retirada del contenido publicado por Mauricio.

c. Fundamentos del recurso de casación del procesado

El procesado Víctor Manuel interpuso recurso de casación alegando un único motivo, que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestran la equivocación del juzgador; y, de manera conjunta, se alega que la sentencia condenatoria no expresa de manera clara los hechos probados, que no hay prueba de cargo suficiente, que el procesado estaba amparado en su libertad de expresión, que no se ha observado la jurisprudencia sobre el delito en cuestión, y que lo dicho por él sólo refleja rencor frente a un partido político.

d. Fundamentos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español

En primer lugar, el Tribunal Supremo observa que existiría un problema en la tipicidad de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia; puesto que, el discurso del procesado es contradictorio, entre lo desacertado que es referirse a una personada asesinada por ETA en sus términos, y la queja sustancial que él mismo realiza por una posesión ideológica-política, rechazando el discurso de ETA. Por lo tanto, antes de determinar la relevancia penal del hecho, es necesario efectuar una valoración conjunta del mensaje publicado, para entender cuál es la intención de la difusión y valorar si existe contradicción entre lo publicado y el trasfondo real del mensaje.

Siguiendo la jurisprudencia (STS 224/2010, STS 585/2007, STS 812/2011 y STS 31/2011), se sigue que debe hacerse un análisis

riguroso de las circunstancias en las que el acto vejatorio se produce, de las frases o acciones en que se materializa, y de su escenario, a fin de lograr una ponderación equilibrada. Además, en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas e, inclusive, las circunstancias concomitantes de su contexto; debiendo determinarse cuál de los posibles significados de lo dicho, mediante el lenguaje, ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

Entonces, en los casos de humillación, debe tenerse en cuenta el sentido y la intención de las expresiones proferidas, dentro del conjunto de la exposición donde son llevados a cabo los mensajes. En este caso, no se evidencia del conjunto de los mensajes emitidos por el procesado que pueda traspasar los límites fronterizos de lo permitido hasta el ámbito del tipo penal de humillación a las víctimas del terrorismo; puesto que, siendo sólo un exceso verbal, bien puede verse en la vía civil. Por lo tanto, el procesado debe ser absuelto y, el Tribunal Supremo, estima el recurso de casación interpuesto por él.

1.4. Análisis y discusión sobre la jurisprudencia del sistema jurídico español influenciado por el *Civil law*

Del desarrollo de la jurisprudencia del sistema jurídico de España, se debe tener en cuenta una diferencia sustancial que presentan sus sentencias en comparación con los precedentes antes analizados, que es de suma relevancia para el presente trabajo de investigación; en específico, en la jurisprudencia ahora bajo análisis existe la obligación del juzgador de los hechos de hacer explícitos y mostrar las razones de su decisión. Es decir, el juez o (en su caso) el jurado, se encuentran en la obligación de explicar por qué han dado como probados o no probados

los enunciados de hecho que conforman la hipótesis llevada a juicio oral por el Ministerio Fiscal o por un acusador particular²⁸¹.

Esta exigencia se encuentra sustentada en el principio constitucional de la debida motivación de las decisiones judiciales, el cual no sólo se aplica a la justificación de la premisa normativa de dicha decisión; sino que, es de necesaria aplicación a la justificación de la premisa fáctica, esto es, al enunciado que se encuentra conformado por la hipótesis declarada probada en juicio oral. De esta manera, es posible realizar un control (en segunda instancia o externo al proceso), de la valoración probatoria realizada por el juzgador, la cual se muestra a través de los motivos que conforman la justificación de su decisión.

En este sentido, **la debida motivación de las decisiones judiciales en materia de hechos** constituye una característica importante, en los sistemas jurídicos influenciados por el *Civil law*, que exige al juzgador de los hechos realizar una justificación adecuada de cómo se ha valorado individual y conjuntamente los medios de prueba actuados en juicio oral. Ello tiene como consecuencia que el resultado de la valoración probatoria pueda ser impugnado en una segunda instancia, cuestionando el razonamiento por el cual se ha motivado; e, inclusive, posibilita interponer recursos casatorios por infracciones a las normas que regulan la valoración probatoria, especialmente, principios como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y el debido proceso²⁸².

El cuestionamiento a las decisiones en cuestiones de hecho, por otro lado, permite crear jurisprudencia respecto de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para realizar mejores valoraciones probatorias; sin embargo, **el establecimiento de precedentes estrictamente vinculantes en cuestiones fácticas debe ser evitado**. En efecto, establecer precedentes vinculantes en materia de hechos resultaría en

²⁸¹ En este sentido, la institución del jurado en el sistema jurídico español es sumamente diferente al de los sistemas jurídicos de influencia anglosajona; principalmente, porque al igual que un juez ordinario se encuentra en la obligación de justificar sus decisiones. En este sentido, el epígrafe V de la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado sostiene, claramente: "En nuestro sistema el Jurado debe sujetarse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó".

²⁸² Sobre la casación relativa, en el fondo, a cuestiones de hecho, véase en Jordi FERRER BELTRÁN (2018, págs. 153-175).

contradicción con la libre valoración racional de la prueba; en especial, con la libertad que debe tener el juez para aplicar criterios racionales de prueba de acuerdo con cada caso particular. Entonces, en cuestiones fácticas, las reglas de universalización y de equidad, que justifican la utilización de precedentes en el razonamiento jurídico, siempre deben matizarse o flexibilizarse²⁸³.

Esto no quiere decir que la jurisprudencia no debe preocuparse por crear criterios de racionalidad para la valoración de la prueba e, inclusive, criterios de valoración para casos tipo; por el contrario, ello debe procurarse, pero teniendo en cuenta que no es posible crear un precedente vinculante en estricto, no es posible vincular en sentido fuerte al juez con este tipo de reglas. De lo contrario, se estaría vulnerando la libre valoración racional de la prueba; por lo que, el juez siempre debe tener mayor flexibilidad para utilizar criterios constituidos por precedentes, de acuerdo con el caso concreto. Pero, esto no alcanza, por ejemplo, para los precedentes que pueden establecerse para la interpretación de los principios y reglas sobre la valoración probatoria.

Ahora bien, justamente, las sentencias del Tribunal Supremo Español analizadas han aplicado o reconstruido criterios importantes para la determinación de los hechos en casos tipo; por ejemplo, cuando se discute si la posesión de droga estaba destinada al tráfico, si una persona disparó un arma accidental o intencionalmente, si el sujeto atacante iba a matar o sólo lesionó a la víctima, o si la comunicación realizada por una persona constituye un acto de humillación. Los juzgadores se ven enfrentados a este tipo de situaciones y, en consecuencia, se encuentran obligados a dar las razones que justifican sus soluciones a éstas de acuerdo con criterios racionales de valoración probatoria; y, a “tener en cuenta” las reglas jurisprudenciales que constituyen criterios sobre la valoración probatoria en casos tipo²⁸⁴.

²⁸³ Véase, sobre la regla de la universalización en la aplicación del derecho, en Marina GASCÓN ABELLÁN (1993, págs. 30-93).

²⁸⁴ Se sigue la noción de “tomar en cuenta el precedente”, tomada de Jerzy WRÓBLEWSKI (2013, págs. 310-318).

En la STS N° 192/2016, la jurisprudencia relevante sobre el delito contra la salud pública, por tráfico de sustancias (drogas) que causan grave daño a la salud, es la que termina por dirimir la discusión respecto de si los procesados Alexis y Noelia poseían cocaína y heroína, para su posterior venta o distribución, aunque ésta no haya sido en grandes cantidades. Teniendo en cuenta que, en este sistema jurídico, la posesión de droga sólo es punible si se imputa un elemento subjetivo adicional al dolo, la finalidad de tráfico por la cual el sujeto debe encontrarse poseyendo la droga: el tipo penal viene constituido por el supuesto de hecho de poseer para el tráfico.

Entonces, la base fáctica que debe ser probada para poder imputar el mencionado elemento subjetivo adicional al dolo, viene constituida por la intención de vender; es decir, la hipótesis incriminatoria como caso genérico (relativo al supuesto de hecho del delito) consistiría en que el sujeto posee droga con la intención de venderla y no de consumirla. La sentencia analizada, correctamente, asume que la única forma de determinar ello es mediante la prueba indiciaria; entendiendo que ésta, también (junto con la prueba directa), puede considerarse prueba de cargo suficiente a efectos de respetar el principio de presunción de inocencia: no puede declararse culpable a una persona hasta que se pruebe que es responsable de la comisión del hecho delictivo.

Concluir que los procesados se encontraban poseyendo droga, cuyo destino era el tráfico, venta o distribución, requiere de la corroboración de enunciados de hecho indiciarios, desde los cuales pueda ser posible inferir tal conclusión como la mejor explicación a tales hechos indiciarios. Para ello, como se decía, ha sido sumamente relevante el rol de la jurisprudencia que ha creado criterios para casos tipo como el de la sentencia analizada; en específico, con la aplicación de indicios tipo para probar el destino de tráfico de la droga. De esta manera, cabe resaltar la necesidad de contar indicios tipo que, según el caso, puedan ayudar a determinar que existió un determinado hecho psicológico como la intención de traficar.

En efecto, **los hechos psicológicos sólo pueden ser probados a través de prueba indiciaria**; y, por ello, la construcción de indicios tipo resulta necesaria para regularizar la justificación de la prueba en tales casos, utilizando máximas de la experiencia asentadas en la práctica institucional. La regularización en observar ciertas circunstancias para poder inferir la ocurrencia de un hecho psicológico específico, como la intención de traficar, implica que, en base a criterios de la racionalidad humana, de la ciencia y de la experiencia, se pueden hacer generalizaciones justificadas. Por ejemplo, la cantidad de la droga como circunstancia fáctica puede ayudar a determinar (aunque no por sí sola), si se poseía droga para autoconsumo o no.

Sin embargo, la STS N° 192/2016 muestra una excesiva confianza en la aplicación de los criterios asentados en la jurisprudencia para determinar si una persona poseía droga para su consumo o no; puesto que, en cierta medida aplica estos criterios como reglas *tout court*, como si de su observancia se siguiera necesariamente un resultado probatorio. Por ejemplo, de que la droga poseída por los procesados superaba el mínimo de consumo diario calculado por la jurisprudencia, se concluye inmediatamente que la droga no era para autoconsumo; cuando, por el contrario, dicha conclusión depende en mayor medida de la consideración de otros indicios tipo, como los utensilios de pesaje y distribución encontrados en la casa de los procesados.

En efecto, **la prueba indiciaria del hecho psicológico debe tener en cuenta todo el contexto**, incluyendo la valoración de todos los indicios o contraindicios que puedan ser relevantes para llegar a una conclusión más aproximada con la realidad. Sin embargo, se debe reconocer que esta jurisprudencia no cae en el error de asumir que los hechos psicológicos no existen o no son materia de prueba en un proceso penal; pues, finalmente, busca su averiguación a través de toda la evidencia relevante obtenida, determinando que, para la condena, efectivamente, era necesario rechazar la hipótesis alternativa del autoconsumo.

En similar sentido, la STS N° 4673/2017 parte de una consideración muy importante: **la superación de la antigua jurisprudencia que consideraba la deducción de los elementos internos como juicios de valor**²⁸⁵. Si el razonamiento que lleva al juzgador a determinar la presencia de un elemento interno es un juicio de valor, su determinación pertenecería a la *quaestio iuris*, sería una cuestión normativa; sin embargo, ello no resulta acorde al estatus de hecho de un estado mental o de un hecho psicológico. Sencillamente, si lo que debe determinarse es un hecho entonces pertenece a la *quaestio facti*, es una cuestión fáctica susceptible de prueba.

La creencia de que los hechos psicológicos debían determinarse a través de juicios de valor sobre la conducta externa de una persona se basaba en dos concepciones erróneas: primero, que lo interno al sujeto no puede conocerse; y, segundo, que la prueba indiciaria no es método fiable de comprobación y, en todo caso, sería necesario realizar un juicio de valor para concluir válidamente que, por ejemplo, una conducta había sido intencional. Ambos son argumentos epistemológicos que deben ser rechazados desde las bases racionales de una teoría de la prueba en el derecho.

Primero, que un hecho u objeto del mundo no pueda ser conocido directamente por los sentidos no significa que no pueda ser conocido; y, tampoco, significa que el enunciado que afirma la existencia de dicho hecho u objeto no pueda ser materia de prueba. Por el contrario, la visión fenomenalista sensorial del mundo no se ajusta a cómo los científicos y las demás personas obtienen creencias justificadas (y verdaderas) respecto de éste²⁸⁶; por ejemplo, cuando se emiten enunciados sobre la existencia de átomos, respecto de los cuales se pueda predicar verdad o falsedad. Entonces, los enunciados fácticos se construyen con conocimiento que puede ir más allá de nuestra percepción inmediata y de nuestros sentidos²⁸⁷.

²⁸⁵ Sobre esta evolución jurisprudencial, véase en Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (1992, págs. 266-271).

²⁸⁶ Una crítica al fundacionalismo del conocimiento sobre las experiencias perceptivas del sujeto, en Susan HAACK (1997, págs. 55-77, 134-163).

²⁸⁷ En similar sentido, en términos de rechazo de la teoría fenomenalista de la percepción, véase en John R. SEARLE (2018, págs. 217-225).

Pero, de esta característica (cognoscibilidad indirecta), inherente a los hechos psicológicos, sí se sigue que siempre sea necesaria la utilización de prueba indiciaria para su verificación en un proceso penal; y, que su averiguación será más difícil que la de los hechos externos. En efecto, el grado de dificultad será mayor, precisamente, porque se deberá realizar un razonamiento inductivo que logre justificar un enunciado sobre la existencia de un hecho no perceptible directamente; por lo que, se tendrá que confiar en la prueba indiciaria para lograr ello.

Segundo, entonces, la confianza en la prueba indiciaria debe ser restaurada y, ello, se logra mostrando lo débil que es la excesiva confianza en la prueba directa²⁸⁸. Puesto que, la distinción entre prueba directa y prueba indirecta sólo radica en la cercanía de los enunciados probatorios respecto del enunciado de hecho a probar. Si hacen referencia al mismo hecho, entonces, se habla de prueba directa; en cambio, si el enunciado probatorio hace referencia a otro hecho, cuya acreditación servirá para probar el enunciado de hecho principal, entonces, se hablará de prueba indirecta. Sin embargo, en ambos casos se trata de conocimiento indirecto de los hechos del mundo y, por tanto, de la utilización del razonamiento inductivo.

Entonces, entre prueba directa y prueba indiciaria sólo existe una diferencia cuantitativa, relativa al procedimiento del razonamiento probatorio; pues, en la primera, el número de pasos inferenciales tenderá a ser menor que en la segunda. Pero, al no existir diferencia cualitativa alguna, **no se tienen razones para confiar en mayor grado en la prueba directa, ni para desconfiar en la eficacia de la prueba indiciaria**. En esta línea, nuestro imperfecto y probabilístico conocimiento sobre los hechos del mundo puede ser confirmado a través de prueba indiciaria con igual o mayor grado que con la prueba directa, no existiendo razones genuinas para una desconfianza.

A partir de esta concepción sobre la prueba indiciaria, en la STS N° 4673/2017 se analiza si la determinación de la intención de matar en la

²⁸⁸ Principalmente, en base a la concepción cognoscitivas de la prueba que se ha desarrollado en el marco teórico del presente trabajo.

acción de disparar una escopeta, realizada por el procesado José Ramón, se encuentra conforme con los principios que regulan la valoración probatoria. Específicamente, porque el procesado alegaba que el disparo había sido accidental; con lo cual, se tendrían dos hipótesis excluyentes que explican lo sucedido, la del disparo intencional frente a la de un accidente derivado de la imprudencia al manejar un arma contra una persona.

Los precedentes del sistema jurídico anglosajón mostraron cómo, de una manera u otra, los tipos penales determinaban el requerimiento o no de una *intención necesaria*; sin embargo, en este caso, vemos que la dirección se revierte y los hechos son los que exigen la determinación de una intención. En efecto, las hipótesis vertidas en juicio, si son traducidas en términos de imputación subjetiva, implican descartar la posibilidad de imputar dolo indirecto o dolo eventual, aunque en abstracto ello era totalmente posible.

Es decir, en tanto que las hipótesis que explican lo sucedido sólo pueden consistir en un disparo intencional contra la víctima, en atención a la construcción de una teoría del caso de acuerdo con los elementos de prueba recabados; o, por el contrario, en un disparo accidental, derivado de un mal manejo de la escopeta; entonces, no puede hablarse de la acción de disparar como un riesgo que necesaria o probablemente resultaría en la muerte de una persona. La cuestión fáctica, en este caso, determina que sólo se pueda imputar o dolo directo de homicidio o imprudencia.

En consecuencia, **en ciertos casos son los mismos hechos (y la cuestión probatoria del proceso penal), lo que determina la necesidad de probar un estado mental como la intención.** En el caso en concreto, por ejemplo, a partir de varios indicios como el tipo de arma empleada, la distancia del disparo, el lugar de impacto del proyectil en el cuerpo de la víctima, el motivo del conflicto con los vecinos, los conocimientos relevantes sobre el uso inmediato del arma, etc., era válido inferir la existencia de la intención de matar en la acción del procesado José Ramón; y, a partir de ello, posible imputar el delito de

asesinato con dolo directo (el dolo que, justamente, requiere un elemento subjetivo volitivo que pueda ser imputado).

Por otro lado, sin embargo, la STS N° 4673/2017 no es clara sobre si el estado mental con el cual el procesado realizó la acción de disparar fue una intención o sólo una emoción. En esta línea, es necesario realizar **una distinción entre intenciones y emociones**; puesto que, en realidad, las emociones son motivos o determinantes para tener una intención y no implican descartar el carácter intencional de una acción²⁸⁹. Es decir, tener una emoción ya sea positiva o negativa puede ser una de las razones para generar en la persona la intención de hacer algo; aunque la emoción se caracterice por ser mínimamente racional y, algunas de ellas (como la “emoción violenta”), pueden llegar a determinar tener una intención que la persona no tendría en otro contexto o bajo una mayor reflexión.

Las acciones emocionales, entonces, pueden ser racionales; y, sólo si mínimamente lo son, pueden mantener una acción de la cual pueda establecer cualquier tipo de responsabilidad²⁹⁰. Por lo tanto, no pueden ser confundidas con la intención a la cual se encuentran determinando; por ejemplo, en el caso de José Ramón, él habría sido motivado por la “emoción violenta” que tuvo como reacción por un conflicto en contra de sus vecinos, lo que generó en él que tuviera la intención de matar a su vecino. Esta intención de matar, entonces, no deja de ser directa, pues tiene como contenido u objeto la muerte de la víctima.

En la STS N° 2182/2018, la situación es bastante análoga; puesto que, el procesado Víctor Manuel negó haber tenido la intención de matar a su expareja Penélope y, por el contrario, sólo la de conseguir “de una manera terriblemente imprudente” que ella le escuchase. En este caso, el Tribunal Supremo realizó un análisis pormenorizado de los indicios desde los cuales se pudo inferir la intención de matar del procesado,

²⁸⁹ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2009, págs. 91-97).

²⁹⁰ En sentido estricto, una emoción puede ser racional o irracional, sobre los caracteres necesarios para que una emoción sea racional, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2009, págs. 109-117); y, sobre ello, también, en Jon ELSTER (2002, págs. 343-395).

como la potencialidad del arma utilizada para causar la muerte, el incumplimiento consciente de una orden de alejamiento, la forma del disparo (en la espalda), las anteriores y concurrentes amenazas de muerte, el contexto de violencia de género, etc.

Sin embargo, resalta un indicio determinante para el caso de Víctor Manuel. Días antes del hecho, él escribió una carta explicando que iba a matar a Penélope; lo que puede ser entendido como una forma de premeditación y de planificación de la acción de matar realizada posteriormente, aunque junto con los demás actos previos (como ir hacia donde vivía la víctima, con cartuchos, un pasamontaña y escondido). En efecto, **el indicio de planificación puede ser la razón concluyente para determinar que existió una intención determinada**; simplemente, porque si se prueba que alguien planeó hacer una acción y, luego, realizó dicha acción, entonces, es razonable inferir que se tuvo la intención de hacer la acción y, con ello, lograr su resultado.

El procesado Víctor Manuel, por ejemplo, no logró dar ningún tipo de credibilidad a su hipótesis alternativa al demostrarse que, claramente, había planificado matar a Penélope. Sin embargo, en muchos casos no se cuentan con indicios de planificación o de premeditación de la acción; ello, no implica que otros indicios puedan lograr ser concluyentes para obtener un resultado probatorio que confirme una hipótesis inculpatoria, pero permite distinguir entre dos tipos de intenciones. Principalmente (además de los casos en que no se dejaron rastros de la planeación o la deliberación), porque no todas las acciones son premeditadas y planificadas de manera previa, pero continúan siendo acciones intencionales.

De esta manera, **existe una distinción entre intenciones previas a la acción e intenciones en la acción**²⁹¹. No todas las acciones implican la deliberación reflexiva en la toma de decisión de realizarlas; pero, normalmente, se suele confundir el hecho de que una persona no haya previamente planeado y deliberado una acción con que no tenía la intención de realizarla. Por el contrario, sólo las intenciones previas del

²⁹¹ Véase en John R. SEARLE (1992, págs. 95-98; 2017b, págs. 57-61).

tipo “haré o voy a hacer A” implican algún planeamiento previo; en cambio, las intenciones en la acción del tipo “estoy haciendo A”, no implican un balance de las razones para hacer la acción.

La intención previa es el característico estado mental que debe ser averiguado en un proceso penal para establecer que el acusado ha realizado una conducta premeditada, cuando el derecho o los hechos lo requieran. Pero, el concepto de intención en la acción nos permite entender cómo podemos explicar una acción teleológicamente, aunque claramente la persona que realizó dicha acción no haya tenido una intención previa a su realización²⁹².

Por otro lado, la STS N° 2555/2018, nuevamente, trae a discusión la aplicación de la teoría de los actos de habla que fue mencionada respecto al precedente en *Elonis* [2015]; puesto que, en la sentencia española se debate si existió la intención de humillar en el discurso del procesado Mauricio contra una de las víctimas de la organización terrorista ETA. Al respecto, el Tribunal Supremo parece establecer un estándar normativo de división para los excesos verbales que una persona pueda cometer; es decir, a fin de establecer qué discursos potencialmente ofensivos merecen sólo una reparación o indemnización, y cuáles tienen relevancia penal.

Sin embargo, dicho estándar termina por depender de una cuestión fáctica: qué intención tuvo la persona que emitió el mensaje potencialmente ofensivo. Entonces, se puede entender que un acto humillante, a criterio del Tribunal Supremo, es aquel que se realizó con la intención de humillar de acuerdo con el contexto en donde se transmitió o difundió el mensaje. Para determinar la existencia de tal intención, efectivamente, no se debe observar sólo el tenor literal de las palabras que se utilizan en el discurso; sino que, en base a las reglas lingüísticas y sociales, se debe determinar cuál es el sentido del discurso en el caso concreto.

²⁹² En este sentido, véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2013a, págs. 146-147).

Nuevamente, para comprender un discurso es necesario buscar la intención del hablante; y, para ello, tanto el hablante como el intérprete conocen las reglas y convenciones relevantes del discurso para poder descubrir las intenciones y los mensajes, realmente, comunicados. Pero, debe quedar claro que para determinar dicha intención no se realiza un juicio de valor, sino que se utiliza (como en los casos anteriores), la prueba indiciaria; en este sentido, la valoración es posterior a la determinación de la intención y es respecto de o sobre la intención determinada.

Por ejemplo, en el caso bajo análisis, se llegó a determinar que la intención del procesado Mauricio no era la de humillar a las víctimas del terrorismo; sino que, era la de transmitir una preferencia o posición política determinada, especialmente, una que se mostraba en contra de un partido político de España. Determinada la intención, el Tribunal Supremo realizó un juicio de valoración sobre si su discurso (con tal intención), tenía o no relevancia penal; llegando a la conclusión de que no, en tanto que lo desacertado de su discurso no se encuentra en el marco de la protección del derecho penal, sino que de otras vías jurídicas.

El Tribunal Supremo no llega a establecer que el discurso del procesado Mauricio estaba protegido por el ejercicio legítimo de una opinión política, probablemente, para no impedir que mediante la vía civil se puede determinar otro tipo de responsabilidad; sin embargo, sí era necesario tener en cuenta que el discurso del procesado, al tener una intención de realizar una crítica política, debía ser valorado de acuerdo con el principio de que nadie puede ser encarcelado por sus opiniones políticas, en concordancia con la libertad de expresión.

Obviamente, el discurso desproporcionado del procesado Mauricio implica una negligencia en el uso del lenguaje público y político; podría ser calificado, también, de un abuso del derecho a una libertad de opinión política. Pero, de esta manera, muestra que la determinación de la intención no es una valoración; y, por el contrario, será la intención la que, normalmente, tendrá que ser el objeto de la valoración normativa, a fin

de que se determine la posibilidad de imputar un delito determinado o, en general, la relevancia penal del hecho.

Entonces, por ejemplo, si Mauricio realizaba su discurso no mediante una intención de entablar una crítica u opinión política; sino que, en un sentido distinto (con otras frases, necesariamente), con la intención ulterior de atacar a los familiares de las víctimas del terrorismo, ello implicaría tener la intención oblicua de humillar a dichas víctimas. En consecuencia, la valoración sería distinta y, en consecuencia, se le podría haber imputado por el delito de humillación a las víctimas del terrorismo.

Estos son casos en los cuales las personas pueden hacer cosas con palabras e, inclusive, pueden cometer delitos con ellas; siendo actos de habla, entonces, se deberá determinar su intención en base a reglas y convenciones. Necesariamente, se deberá utilizar **una teoría integradora de los actos ilocucionarios para poder entender la relevancia tanto de la intención (interna) del hablante, como la de las reglas y convenciones sociales en donde el lenguaje es utilizado**²⁹³; puesto que, las teorías que excluyen uno u otro ámbito terminan por ser incompletas y no lograr establecer las condiciones para la comprensión de un discurso.

2. Jurisprudencia nacional (Perú)

La que se subdivide en dos grupos seleccionados según el órgano jurisdiccional que ha emitido la decisión jurídica:

- La jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia.
- La jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional

Ello, en la medida que si bien estos dos órganos jurisdiccionales, como las más altas cortes de justicia del Perú, tienen en común la posibilidad de crear precedentes o doctrina jurisprudencial; sin embargo, tienen una forma distinta de *conocer* el caso que se les presenta en cada proceso. Existe una

²⁹³ Un desarrollo de esta teoría, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2013a, págs. 91-109); principalmente, a partir de John R. SEARLE (2017a, págs. 73-92).

diferencia sustancial –aunque en algunos casos difusa–, entre el conocimiento de un caso en la jurisdicción ordinaria y el de uno en la jurisdicción constitucional; en la primera (de manera básica), se resuelve un conflicto jurídico a través de la interpretación y aplicación de la ley, así como de la probanza del enunciado de hecho que es subsumible en dicha ley; mientras que, en la segunda, se busca la protección ante una vulneración del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental²⁹⁴.

Ahora bien, los casos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que han sido seleccionados, de acuerdo con criterios de relevancia y actualidad, serán analizados de manera general en la tabulación de los resultados obtenidos a través de su lectura; pero, además de ello, se han seleccionado cinco casos que, por sus características específicas, serán reseñados y analizados de manera individual. Por otro lado, se ha seleccionado un solo caso jurisprudencial del Tribunal Constitucional; esto se debe a que –como se mencionó– la jurisdicción constitucional no es la encargada de observar la probanza en el proceso penal; sin embargo, el caso seleccionado no sólo versa sobre un supuesto relevante para la presente investigación, sino que la jurisprudencia trazada a partir de este caso sobre la motivación de la resolución judicial en materia de hechos merece un análisis individual.

²⁹⁴ Sobre la distinción entre las funciones de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, este último (en la sentencia recaída en el Expediente N° 3179-2004-AA/TC, fundamento 21), ha sostenido “que el objeto de este proceso constitucional es la protección de derechos constitucionales y no el de constituir un remedio procesal que se superponga o sustituya al recurso de casación. En efecto, los procesos constitucionales de tutela de derechos no tienen por propósito, *prima facie*, verificar si los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, infringieron normas procedimentales que no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela procesal (*error in procedendo*), o, acaso, que no hayan interpretado adecuadamente el derecho material (*error in iudicando*). Pero el juez constitucional sí tiene competencia para examinar dichos errores cuando los mismos son constitutivos de la violación de un derecho fundamental (...), la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales”.

JURISPRUDENCIA NACIONAL					
Tribunal	Sala	Sentencia	Número	Población	Muestra
Corte Suprema de Justicia	Sala Penal Permanente	Casación 367-2011-Lambayeque	9	19	19
		Casación 997-2017-Arequipa			
		R. N. 422-2018-Nacional			
		R. N. 693-2017-Lima			
		R. N. 791-2017-Junín			
		R. N. 817-2017-Junín			
		R. N. 2349-2014-Madre de Dios			
		R. N. 2390-2017-Áncash			
		R. N. 3334-2014-Tumbes			
	Primera Sala Penal Transitoria	R. N. 558-2012-Lima	9	19	19
		R. N. 1362-2016-Puno			
		R. N. 1882-2014-Lima			
		R. N. 1902-2011-Madre de Dios			
		R. N. 2013-2017-Lima Este			
		R. N. 3017-2014-Callao			
		R. N. 3615-2013-Lima Norte			
		R. N. 3893-2009-Amazonas			
	R.N. 1222-2015-Lima-Sur				
	Segunda Sala Penal Transitoria	R. N. 1165-2015-Lima	1	19	19
Tribunal Constitucional	Pleno del Tribunal Constitucional	Sentencia en el Exp. 00728-2008-HC	1	1	1
Total			20	20	20

2.1. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

2.1.1. Recurso de Nulidad N° 422-2011/San Martín



Ejecutoria Suprema en el Recurso de Nulidad N° 422-2011/San Martín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 05 de marzo de 2012. Ponencia del juez supremo Rodríguez Tineo (mediante voto mayoritario).

a. Cuestión fáctica

El día 22 de agosto de 1991, los procesados, oficiales del Ejército del Perú, Luis Miguel Aparicio Manrique, Herbert Otto Ackermann Urbina y William Clodomiro Chávez Bojórquez, quienes prestaban servicios en un batallón contrasubversivo destacado en Tocache al mando del primero, tomaron conocimiento de que presuntos “delincuentes subversivos” se encontraban cerca del caserío de Cepesa; por lo que, fueron a dicho lugar. Luego de patrullar la zona, llegaron a las viviendas de los agraviados Disnarda Tuanama Tapullima, Darío Tuanama Tapullima, José Luis Tuanama Tapullima, Alberto Guerra Salas, Maritza Guerra Tuanama, Rosa Guerra Tuanama, Segundo Alberto Guerra Tuanama, Weide Guerra Tuanama y Eligio Lozada Mas; a las cuales, ingresaron violentamente.

Los procesados ordenaron a los agraviados que salieran de sus viviendas e, inmediatamente, les atacaron, disparándoles con armas de fuego hasta darles muerte y ser cruelmente masacrados; entonces, para poder encubrir ello, introdujeron los cuerpos de las

víctimas en sus viviendas y les prendieron fuego. Posteriormente, los cuerpos calcinados de los agraviados fueron recogidos por sus familiares y se les dio sepultura; recién, con fecha 04 de abril de 2002, pudo realizarse su exhumación, constatándose la forma en que murieron los agraviados y se encontraron los proyectiles que les dieron muerte.

b. Fundamentos de la sentencia absolutoria

La Sala Mixta Descentralizada de Mariscal Cáceres–Juanjuí emitió sentencia absolutoria, con fecha 25 de noviembre de 2010, en favor de William Clodomiro Chávez Bojórquez, absolviéndole de la acusación fiscal en su contra por el delito de Homicidio calificado, en agravio de Disnarda Tuanama Tapullima, Darío Tuanama Tapullima, José Luis Tuanama Tapullima, Alberto Guerra Salas, Maritza Guerra Tuanama, Rosa Guerra Tuanama, Segundo Alberto Guerra Tuanama, Weide Guerra Tuanama y Eligio Lozada Mas. La Sala Superior argumentó que, si bien existían indicios sobre la responsabilidad del procesado; sin embargo, ésta no había sido acreditada con prueba plena.

c. Fundamentos del recurso de nulidad del Ministerio Público

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad argumentando que la cruel muerte de los agraviados se encontraba probada con lo actuado en juicio oral; y, también, la responsabilidad de los procesados con las sindicaciones de los testigos del hecho. Además, no se tuvo en cuenta que, para los delitos de lesa humanidad (como el ocurrido en el presente caso), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que no es necesario su prueba plena; sino que, sólo es necesario presentar indicios razonables de la culpabilidad del procesado. Por tanto, siendo el hecho imputado de lesa humanidad, debía tenerse como probado al cumplir los requisitos de una conducta sistematizada y generalizada, como el asesinato.

d. Fundamentos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

La Corte Suprema estableció que, en el delito de Homicidio calificado, se exige que el agente del hecho punible evidencie una conducta dirigida contra el sujeto pasivo del delito que tenga como dirección producir su muerte; ello, con una intención homicida que tiene que estar presente en la conciencia del agresor, lo que supone el conocimiento de los elementos del tipo penal (dolo), que determina la configuración del injusto. En el presente caso, el propósito criminal del procesado Chávez Bojórquez se debe determinar según las agravantes del delito imputado: para facilitar u ocultar otro delito, así como por la de utilizar fuego, explosión, veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. Lo cual, se sustenta en prueba indirecta, en tanto constituye un presupuesto subjetivo que es inferido de los elementos objetivos o indicios del evento delictivo.

Entonces, resulta necesaria la revisión de la aplicación de la prueba indiciaria realizada por el colegiado superior. En este sentido, se tienen como indicios que: A) el procesado Chávez Bojórquez perteneció al batallón contrasubversivo acantonado en Tocache; B) el procesado participó como uno de los jefes del operativo realizado el día 22 de agosto de 1991; C) efectivos militares ingresaron el mismo día al fundo donde vivía la familia Tuanama Tapullima, matando a parte de ésta y quemando las viviendas para hacer desaparecer las huellas del delito; D) los efectivos militares que intervinieron dicho día llevaban puesto uniformes de color verde, y llevaban armas FAL y RPG; E) los restos de proyectiles encontrados en las víctimas corresponden a carabina o fusil; G) y, el procesado entrevistó al testigo presencial Carlos, amenazándolo para que culpara a los terroristas de la muerte e incineración de sus familiares.

Por el contrario, los contraindicios vertidos en el presente caso no permiten enervar los indicios razonables, plurales y concomitantes que se pueden observar; por lo que, se determinó la necesidad un

nuevo juicio oral y de que se realicen las diligencias necesarias para esclarecer los hechos: se reciba la declaración de los demás testigos presenciales del evento, de los familiares que fueron amenazados para culpar a los terroristas, y se realice la ratificación de los peritos que se pronunciaron sobre el uso de armas en este caso. Respecto de la calificación del hecho como un delito de lesa humanidad, el nuevo colegiado superior debe evaluar si se presentan las especiales características del mismo.

Es decir, debería evaluar si ha existido una violación grave al núcleo esencial de los derechos fundamentales de las víctimas; si esta afectación se revela como un abierto y doloso desprecio por la dignidad de la persona humana, al tratarse de actos de singular inhumanidad y gravedad debido a su naturaleza y carácter; y, si se ha ejecutado en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra una población civil. En consecuencia, se declara haber nulidad en la sentencia absolutoria, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral, con las actuaciones mencionadas.

2.1.2. Recurso de Nulidad N° 558-2012/Lima



Ejecutoria Suprema en el Recurso de Nulidad N° 558-2012/Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 21 de mayo de 2012. Ponencia del juez supremo Lecaros Cornejo.

a. Cuestión fáctica

El día 26 de junio de 2010, el procesado Ernesto Angulo Condorchua se encontraba agrediendo físicamente a la agraviada

Heidi Cecilia Olázabal, cuando intentó arrojarle por el balcón de su vivienda a fin de matarla; logrando ser detenido por el efectivo policial Yves Garate Portugal, quien fue alertado por uno de los hijos del procesado.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

La Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel emitió sentencia con fecha 12 de diciembre de 2011, condenando al procesado Ernesto Angulo Condorchua como autor responsable de la comisión del delito de Parricidio en grado de tentativa, en agravio de Heidi Cecilia Olázabal; y, en este sentido, se le impuso 12 años de pena privativa de libertad, así como la reparación civil correspondiente.

c. Fundamentos del recurso de nulidad del procesado

El procesado Ernesto Angulo Condorchua sostiene que el efectivo policial interviniente, Yves Garate Portugal, se puso de acuerdo con la agraviada Heidi Cecilia Olázabal para perjudicarle y denunciarle por el delito de Parricidio que se le imputa.

d. Fundamentos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

La Corte Suprema parte del análisis del delito imputado, Parricidio en grado de tentativa²⁹⁵. Puesto que, su tipo penal exige que el agente del hecho evidencie una intención dirigida contra el sujeto pasivo del delito que tenga como directriz producir su muerte; y, dicha intención homicida tiene que estar presente en la conciencia del agresor, pues el *animus necandi* es el elemento esencial para determinar el grado de culpabilidad de la infracción penal, en tanto determina que el agente ha querido matar a la víctima. No obstante, dicho propósito criminal constituye un presupuesto subjetivo que tendrá que ser inferido de los elementos objetivos o hechos

²⁹⁵ De acuerdo con la regulación normativa establecida en el artículo 107 del Código Penal peruano, que pudo ser aplicada al hecho en concreto: “El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años”.

anteriores, coetáneos y posteriores a la comisión del evento delictivo.

Entre aquellos supuestos que permiten deducir la intención del sujeto se encuentran: 1) las relaciones entre el autor y la víctima; 2) la personalidad del agresor; 3) las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho; 4) la dirección, el número y la violencia de los ataques; y, 5) las circunstancias conexas de la acción. En el presente caso, de la declaración de la agraviada se desprende que el acusado siempre le maltrataba físicamente, inclusive, ella había pedido garantías personales, pues le amenazaba con arrojarle entre los carros o con hacerle cortes; que el día de los hechos, el procesado llegó a su casa y comenzó a golpear violentamente la puerta, haciéndole un hoyo; y, que él logró acceder a la vivienda, ella empezó a correr hacia el balcón, pero él le agredía e intentó arrojarle hacia la calle, cuando llegaron los efectivos policiales.

La versión de la agraviada se encuentra corroborada por la declaración testimonial del efectivo policial Yves Garate Portugal, quien manifestó que al ingresar a la vivienda de la víctima, por una puerta destrozada, observó que el procesado la agredía e intentaba levantarla, aunque ella gritaba “suéltame que me vas a matar” a su atacante; y, por la declaración testimonial del efectivo policial Edwin Ronald Cotos Gonzáles, quien relató que junto al anterior testigo se apersonaron a la vivienda de la agraviada y, luego, ingresó sólo para ayudar a reducir al procesado.

Entonces, se ha demostrado que: 1) existía una relación deteriorada entre la agraviada y el procesado, por los continuos maltratos perpetrados por este último; 2) el procesado ingresó violentamente a la vivienda de la víctima, destrozando la puerta; 3) el procesado agredió físicamente a la agraviada e intentó arrojarla por el balcón. Por lo tanto, de las reglas de la lógica y la experiencia, se tiene que el deseo y la tendencia del procesado ha sido la de un

animus necandi, exteriorizado en su acción; lo cual, puede afirmarse más allá de toda duda razonable.

Por último, no hace desmedro en ello el hecho de que la agraviada se haya retractado de su primera versión, aludiendo que no le querían matar; puesto que, la libre convicción de la prueba permite determinar que una de las declaraciones de una persona es cierta y la otra no. Sin embargo, atendiendo a que la conducta del procesado sólo ha quedado en grado de tentativa y, en realidad, él sería un delincuente ocasional; en consecuencia, se varió la condena a 08 años de pena privativa de libertad, confirmando su responsabilidad penal.

2.1.3. Casación N° 367-2011/Lambayeque



Sentencia Casatoria en la Casación N° 367-2011/Lambayeque, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 15 de julio de 2013. Ponencia del juez supremo Pariona Pastrana.

a. Cuestión fáctica

La menor de edad R.N.S.R. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz), en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio; y, en tres oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la procesada Francisca Correa Montenegro. En este sentido, la procesada habría brindado su vivienda a fin de que Gilberto Castillo Díaz tuviera acceso carnal en contra de la agraviada.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria de primera instancia

Se emitió sentencia con fecha 13 de julio de 2011, condenando a la procesada Francisca Correa Montenegro, como cómplice primaria del delito de Violación sexual de menor de edad, en agravio de R.N.S.R.; e, imponiéndole 30 años de pena privativa de libertad, además de la reparación civil correspondiente. Para ello, a partir de la declaración de la agraviada, se establecieron como hechos probados que la procesada conocía que Gilberto Castillo Díaz ultrajaba a la menor de edad agraviada; que ella misma le llevaba y luego venía el agresor a ultrajarle; que la procesada permitía y consentía las violaciones; y, que era la procesada quien incentivaba a que Gilberto Castillo Díaz tuviera relaciones sexuales con la agraviada, a través de pagos.

c. Fundamentos de la sentencia de vista confirmatoria

Se emitió sentencia de vista con fecha 27 de setiembre de 2011, confirmando la sentencia condenatoria contra la procesada Francisca Correa Montenegro por su participación en la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad, en agravio de R.N.S.R.; pero, variando el grado de intervención al de complicidad secundaria y, por tanto, reduciendo su condena a 10 años de pena privativa de libertad. Ello, debido a que si bien ella colaboró en algunas de las oportunidades en las que Gilberto Castillo Díaz ultrajó a la agraviada; sin embargo, su conducta no fue determinante para la realización del hecho punible.

d. Fundamentos del recurso de casación de la procesada

La procesada interpuso recurso de casación sosteniendo la necesidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, al existir una errónea interpretación de la ley penal sobre la intervención delictiva; en específico, que el sustrato fáctico imputado a la procesada no puede enmarcarse en una contribución de complicidad primaria o secundaria, del delito de Violación sexual,

por lo que se le debería haber absuelto de la acusación fiscal en su contra.

e. Fundamentos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

La Corte Suprema sostiene, sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios de la imputación objetiva, que la conducta de la procesada objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal. Y, por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta, que la procesada no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el agresor y la agraviada. La versión de la agraviada acredita que 02 de las 07 ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la procesada, pero no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada para ello.

En consecuencia, sería evidente que en este caso se efectuó una errónea aplicación de la complicidad, pues ésta sólo debe aplicarse cuando de la conducta de la procesada se establezca no sólo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito; sino que, además, se acredite que aquella contenga, como elemento subjetivo, el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita). Es decir, para ello debe realizar la prueba del dolo; aunque, sea un error común, al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito, obviar su prueba y dar por supuesto el elemento subjetivo.

En este sentido, se debe determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba,

porque no es posible determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. La concurrencia de esa voluntad fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.

Por lo tanto, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad. En consecuencia, la Corte Suprema estableció como doctrina jurisprudencial que, para efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, deberá analizarse si la conducta del imputado, en cada caso concreto al prestar colaboración, ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

2.1.4. Recurso de Nulidad N° 3017-2014/Callao



Ejecutoria Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3017-2014/Callao, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 10 de noviembre de 2015. Ponencia del juez supremo San Martín Castro.

a. Cuestión fáctica

El 18 de julio de 2006, a las 12:00 horas, el agraviado Leónidas Mari Mallqui (de 82 años) se encontraba en su domicilio, junto con la agraviada María Villafuerte Vizcarra, quien se encontraba encargada de cuidar al primero; cuando, recibieron la visita de Carlos Alberto Zamora Alvarado, quien llevaba consigo la comida del día, en la cual el procesado Humberto Luis Espinoza Mari había introducido subrepticamente veneno. Entonces, la comida fue ingerida por el agraviado Leónidas y, como no la acabó, también la comió la agraviada María. Como ambos sufrieron fuertes dolores estomacales y corporales fueron conducidos a hospitales, donde les atendieron y evitaron que fallezcan.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

Se emitió sentencia con fecha 29 de agosto de 2014, condenando al procesado Humberto Luis Espinoza Mari como autor responsable del delito contra la Vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio calificado en grado de tentativa, en agravio de Leónidas Augusto Mari Mallqui y de María Villafuerte Vizcarra; y, en

consecuencia, se le impuso 12 años de pena privativa de libertad, así como al pago de la correspondiente reparación civil.

c. Fundamentos del recurso de nulidad del procesado

El procesado Humberto Luis Espinoza Mari interpuso recurso de nulidad, alegando que la sentencia condenatoria en contra suya no fue debidamente motivada; puesto que, las declaraciones del testigo Zamora Alvarado y de la agraviada Villafuerte Vizcarra no son suficientes para establecer el dolo; sólo se ha acreditado una tentativa inidónea, pues la sola presencia de carbamatos no es suficiente para ocasionar la muerte; no se ha probado el móvil para matar a los agraviados; y, la pena impuesta vulneró los principios de proporcionalidad y racionalidad.

d. Fundamentos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

La Corte Suprema parte de que el procesado Espinoza Mari admitió haber enviado alimentos al agraviado Leónidas por intermedio de su empleado Zamora Alvarado. También, que él mismo los adquirió e indicó a su empleado decir que el menú lo enviaba la señora Julia (cuñada del agraviado); porque, de lo contrario, no le recibirían la comida, por haber tenido problemas con aquél. El procesado adujo que era la única vez que enviaba alimentos a su abuelo; pero, no puso ningún tipo de veneno en éste y, en realidad, el beneficiado con la muerte del agraviado hubiera sido su hijo, Alexis Mari Pezo, con quien había tenido problemas por la posesión de su inmueble.

Alexis Mari Pezo informó que él se encontraba en casa del agraviado (su padre) cuando llegó Zamora Alvarado para dejarle la comida, indicando que venía de parte de la señora Julia; pero, cuando ocurrió la urgencia por la ingesta, Zamora Alvarado le dijo que quien envió la comida fue el procesado Espinoza Mari. Él, también, sostuvo que los hechos ocurrieron por venganza, porque su padre echó de la casa al procesado y a su madre. La versión de este testigo se corrobora se corrobora con la de Zamora Alvarado,

pues afirmó que el procesado, adquirió el menú, luego fue a comprar a otro puesto, demorando entre ocho y diez minutos; y, al regresar, le entregó las bolsas de comida listas.

Está plenamente probado que la comida que envió el procesado Espinoza Mari a su abuelo, por intermedio de Zamora Alvarado, estaba contaminada con carbamato, que (según la prueba pericial realizada en este caso) es un veneno con entidad lesiva para ocasionar la muerte de quien lo consume. Entonces, no existe el mínimo elemento de duda de que el procesado, con ánimo homicida, colocó carbamato en la comida para su ingesta por el agraviado Leónidas. Para ello, aprovechó el momento en que Zamora Alvarado le esperó, cuando fue a otro puesto; e, hizo que le dijera, al agraviado, que la comida se la enviaba otra persona.

En el presente caso, no se produjo el resultado muerte por la pronta atención a los dos agraviados y porque ellos no consumieron toda la comida. Es evidente, igualmente, que el imputado Espinoza Mari buscó (tuvo el propósito de) envenenar al agraviado Leonidas; sin embargo, no contó con que el agraviado no ingeriría toda la comida y que parte de ella la consumiría la agraviada María. Entonces, se está ante un supuesto de tentativa acabada: el procesado ejecutó su plan delictivo de matar al agraviado Leónidas, pero no logró ello por causas ajenas a su control. Ahora, la agravante de este homicidio es la de alevosía: actuación sorpresiva para la víctima, quien desconocía del veneno colocado en su comida.

Respecto de la agraviada María se presenta una divergencia, por un lado, se considera que la conducta, al no estar dirigida en concreto hacia ella, sólo puede existir un delito de lesiones imprudentes (criterio de la concretización); por otro lado, se estima que el dolo comprende el resultado típico sólo en sus aspectos generales y, por tanto, respecto de ella será un delito de tentativa de homicidio calificado (criterio de la igualdad). Al respecto, es más adecuado a un concepto normativo de dolo la segunda concepción.

De acuerdo con la imputación objetiva, el autor con su única conducta ha creado un solo riesgo que puede realizarse en la lesión de uno o dos objetos –el proyectado y el no proyectado–; de modo que existe un solo delito perpetrado. Por todo lo argumentado corresponde declarar no haber nulidad en la sentencia condenatoria por el delito de homicidio calificado; y, únicamente descartar la agravante por veneno, al haber sido derogada del ordenamiento jurídico.

2.1.5. Recurso de Nulidad N° 2349-2014/Madre de Dios



Ejecutoria Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014/Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 28 de enero de 2016. Ponencia del juez supremo Villa Stein.

a. Cuestión fáctica

El día 02 de enero de 2008, la procesada Elsa Cjuno Huillca interceptó a la agraviada D.R.Q.R. (cuando tenía 14 años), cuando se encontraba trabajando en la localidad de Mazuko, Tambopata; y, fue conducida al sector minero de la localidad de Manuani, donde la procesada hizo trabajar a la agraviada (cuando tenía 15 años), en su bar como “dama de compañía”, acompañando a las personas que concurrían a dicho local, siendo obligada a trabajar consumiendo bebidas alcohólicas.

b. Fundamentos de la sentencia absolutoria

Con fecha 14 de mayo de 2014, se emitió sentencia absolviendo a la procesada Elsa Cjuno Huillca de la acusación fiscal en su contra

por la comisión del delito contra la Libertad personal en la modalidad de Trata de personas, en agravio de R.Q.R. (cuando contaba 15 años).

c. Fundamentos del recurso de nulidad del Ministerio Público

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad fundamentando que es una contradicción, en la sentencia impugnada, considerar como probado que D.R.Q.R. haya sido captada para trabajar en el bar de la procesada bajo condiciones laborales extremas y que se haya emitido fallo absolutorio. La agraviada al momento de los hechos contaba con 15 años, siendo una persona vulnerable por sus condiciones personales, y dadas las condiciones laborales mencionadas, se está ante un supuesto de explotación.

Además, la procesada llegó a sugerir a la agraviada que hiciera “pases”, esto es, mantener relaciones sexuales con los clientes del bar a cambio de una ventaja económica. De modo que, también, se habría cometido el delito de trata bajo la figura de explotación sexual.

d. Fundamentos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

La Corte Suprema sostuvo, primero, que el tipo penal de trata de personas al ser aplicado respecto de una adolescente (como la agraviada), no exige que la procesada se haya valido de alguno de los medios comisivos propios de este delito. Pero, sí exige que la captación sea con fines de explotación; en tanto no se especifica de qué tipo, se entiende que engloba a la explotación sexual y laboral. Justamente, la ausencia de este elemento del tipo penal fue la razón del fallo absolutorio.

Este criterio respeta el principio de legalidad al no permitir que hechos, en los cuales no se advierte explotación, sean considerados como delito de trata. Se pretende asimilar a explotación laboral las condiciones en las que trabajaba la adolescente, por el horario de su jornada laboral. Efectivamente, la cantidad de horas que la procesada trabajaba eran excesivas, más de 12 horas diarias. Sin

embargo, este exceso no implica por sí mismo explotación laboral, porque este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe determinar la cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que se realiza. De este modo, el hacer de dama de compañía no es una labor que, realmente, agote la fuerza de la trabajadora.

Por otro lado, se sostiene la realización del delito de trata de personas por explotación sexual; pues, se menciona que el término “pase” era empleado para manifestar una relación sexual de una dama de compañía con uno de los clientes. Sin embargo, tal como ha sostenido la agraviada, el hacer “pases” no fue la intención primigenia por la cual fue a trabajar al bar; sino que, en una oportunidad la procesada le sugirió que lo haga. Entonces, este fue un evento aislado y no la razón por la que la procesada habría llevado a la menor a trabajar a su bar. Para que se configure el delito de trata por explotación sexual, ésta tiene que ser la razón por la cual se capta a la adolescente desde un inicio.

Al existir ausencia de uno de los elementos del tipo penal de trata de personas, conforme a los términos de la imputación táctica e, incluso, desde la prueba actuada en juicio, se confirma el fallo absolutorio en resguardo del principio de legalidad y de presunción de inocencia que reviste toda persona.

2.2. Tribunal Constitucional del Perú

2.2.1. STC EXP N° 00728-2008-PHC/TC (Caso Giuliana Llamuja Linares)



Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, 13 de octubre de 2008.

a. Cuestión fáctica

El 05 de marzo de 2005, Giuliana Llamuja Linares llegó a su domicilio a las 15:00 horas; estando sola, empezó a probarse ropa, para lo cual sacó el espejo ubicado en el baño y lo llevó a la sala del inmueble. A las 21:00 horas, cuando Giuliana se estaba probando la ropa, ingresó su madre, la víctima María del Carmen Hilares Martínez. Ellas empezaron a discutir verbalmente por haberse sacado el espejo de su lugar, siendo retornado al baño por la víctima. Entonces, María del Carmen tiró una cerámica contra Giuliana (aunque no le golpeó), dando lugar a que esta última se retire hacia la cocina, siendo seguida por la víctima.

En dicho ambiente continuaron los insultos mutuos, momento en el que Giuliana se percató de un cuchillo ubicado encima de la mesa; cogiéndolo, golpea la mesa con el fin de callar a su madre, pero, esta última toma dos cuchillos de mantequilla y los arroja contra su hija, cayendo uno en la pared y otro en el suelo, a la vez que le insultaba, para luego agarrar otro cuchillo con el que la atacó. Ante esto, Giuliana, que portaba el cuchillo de cocina, también, comenzó a atacarla, mientras que la víctima hacía lo mismo; en esos momentos, producto de la pelea con armas blancas, ambas resultan con lesiones, pero María del Carmen con más. Finalmente, se apaga la luz de la cocina, ambas caen al piso, y Giuliana infiere un corte a la altura de la zona carótida izquierda de la víctima, causándole la muerte.

b. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

El día 10 de octubre de 2007, el Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus interpuesta por Giuliana contra los magistrados de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel; e, infundada contra los magistrados de la

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Tribunales que emitieron, respectivamente, la sentencia condenatoria y la ejecutoria suprema confirmatoria, contra la demandante. Debido a que, la sentencia condenatoria no era una resolución firme, habiéndose interpuesto recurso de nulidad; y, en la sentencia confirmatoria, el Supremo Colegiado actuó teniendo en cuenta las garantías del debido proceso, pues la demandante pudo ejercer plenamente su derecho a la defensa y acceder a la pluralidad de instancias. Por lo tanto, no se puede hacer de la vía constitucional una instancia más del proceso penal.

c. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

La Primera Sala Penal Superior para Reos en Cárcel de Lima, con fecha 23 de noviembre de 2007, confirmó la sentencia de primera instancia, al ser ésta apelada por Giuliana; bajo fundamentos análogos a los ya mencionados de la sentencia del Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima.

d. Fundamentos del recurso de agravio constitucional

El recurso interpuesto por Giuliana solicitó que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria en su contra, así como la de la ejecutoria suprema confirmatoria; y, en consecuencia, se expida una nueva resolución y se ordene su inmediata libertad. En este sentido, alega la vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso), específicamente, los derechos a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, además, los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, relacionados con la libertad individual.

Sostiene que ella sólo se defendió, pues en la cocina su madre le lanzó dos cuchillos, los cuales logró esquivar; y, luego, empuñando un tercer cuchillo, le infirió un corte en la palma de su mano derecha. Ante ello, cogió un cuchillo que estaba en la mesa y, forcejeando

ambas avanzaron hacia la pared, donde chocaron con el interruptor, apagándose la luz. En el contexto de forcejeo y de lucha ciega, se produjeron movimientos por el pánico y la desesperación, razón por la cual ambas se infirieron heridas accidentales (no intencionales); a consecuencia de las cuales, cualquiera de las dos pudo morir, teniendo ambos cuchillos de cocina.

En similar sentido fundamenta que: i) María del Carmen sólo presentó 60 heridas superficiales y, una de ellas, siendo también superficial, fue la única fatal; mientras que Giuliana, presentó 22 heridas. Sin embargo, el juzgador sólo valoró 4 de estas, minimizando sus heridas y maximizando las de la víctima. ii) No se probó quién produjo la herida mortal, no existiendo prueba que determine que fue Giuliana; pues, nadie sabe qué mano la produjo. La herida mortal pudo habérsela ocasionado la misma víctima, más aún, si los peritos oficiales respondieron que esto era posible. Además, de acuerdo con la lógica, Guiliana no tenía la intención de lesionar a su madre. iii) Se distorsionaron los hechos afirmando que Giuliana fue quien cogió primero el cuchillo para atacar; cuando, en realidad, la víctima atacó primero. iv) Las sentencias se basan en premisas falsas que distorsionan el orden de los hechos, existiendo ocultamiento y manipulación de evidencias en su perjuicio.

e. Fundamentos del Tribunal Constitucional

El control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional se centra en la ejecutoria suprema que confirma la sentencia condenatoria, en tanto ésta constituye una resolución judicial firme y, de resultar constitucional, carecería de objeto el examen de la resolución inferior. En este sentido, se argumenta que el Tribunal penal tiene como premisa base que, al existir desproporcionalidad entre las heridas: 04 en Giuliana frente a 60 en la occisa, la primera sería la autora del resultado muerte, y que estas últimas heridas fueron ocasionadas violentamente.

En este sentido, el Tribunal penal toma como premisa cierta que, en un contexto de forcejeo y de lucha entre madre e hija con el uso de cuchillos, ambas personas deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo; pues, de no ser así, quien presente menos heridas será sujeto activo del delito de parricidio, mientras que quien presente más heridas será sujeto pasivo del mismo. Este razonamiento se basa más en criterios cuantitativos que en aspectos cualitativos (como en realidad sería de esperar), permitiendo calificar indebidamente los criterios cuantitativos como supuestos jurídicamente infalibles, lo que es manifiestamente arbitrario.

En efecto, puede ocurrir todo lo contrario, que quien presente menos heridas sea en realidad víctima del delito de parricidio y quien presente más heridas sea el autor de dicho ilícito. Se colige, entonces, que estamos ante una inferencia inmediata indeterminada o excesivamente abierta, que da lugar a más de un resultado posible como conclusión. Efectuado un *examen de suficiencia* mínimo, se sigue que no estamos ante una sentencia válida y constitucionalmente legítima; sino que, ante una decisión arbitraria e inconstitucional que no responde a las pautas propias de un silogismo jurídico. La justicia constitucional no puede permitir que se acepte una conclusión en un determinado sentido cuando de por medio existen otras conclusiones como posibles resultados (cuanto mayor es la distancia, y el número de probabilidades, menor es el grado de certeza de la inferencia).

En la argumentación del Tribunal penal, las conclusiones que se extraen a partir de sus propias premisas carecen de sustento lógico, pues no resisten el *test de razonabilidad*. Por lo tanto, existe falta de corrección lógica en la sentencia cuestionada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta la presencia de incoherencia narrativa en este caso, la cual se presenta en un discurso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración a realidad de los hechos.

Por ejemplo, el magistrado Román Santisteban, en su voto dirimente, primero señala que la víctima tomó un tercer cuchillo con el que atacó a la procesada, ocasionándole un corte en la mano derecha; y, ante ello, Giuliana comenzó a atacarla con un cuchillo de cocina, mientras que la víctima hacía lo mismo. Sin embargo, posteriormente, sin mediar explicación alguna, concluye que María del Carmen utilizó un elemento de menor peligrosidad, mientras que Giuliana utilizó un arma cortante que portaba en las manos. Toda sentencia debe ser debidamente motivada y, sobre todo, no contradictoria; sin embargo, la argumentación de la Sala Penal presenta una gruesa incoherencia en su narración que no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos.

El Tribunal penal ha establecido que: i) se ha producido, como resultado, la muerte de María del Carmen; y, ii) ese resultado ha sido causado por Giuliana, al inferirle una herida cortante. Sin embargo, no se han expuesto las razones objetivas que sustentan la vinculación de la procesada con el hecho atribuido. Es decir, en el camino a la conclusión no se ha explicitado las circunstancias fácticas que permiten llegar a dicha conclusión; por lo que, se trataría de un hecho atribuido en nombre del libre convencimiento y fruto de un decisionismo inmotivado, careciendo la sentencia de una justificación externa adecuada. De todo ello, se concluye que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada, por ser carente de un mínimo de corrección racional, no ajustándose al principio de interdicción de la arbitrariedad y a la debida motivación de las resoluciones judiciales

Sin perjuicio de lo argumentado, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de prueba y puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y de la participación del imputado, a través de la prueba indiciaria, será preciso que ésta quede explicitada en la resolución judicial; es decir, dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución judicial. En este sentido, lo mínimo que

debe observarse en la sentencia, y que debe estar claramente delimitado, son los siguientes elementos: el hecho base o indiciario, plenamente probado; el hecho consecuencia o indiciado, objeto de prueba; y, entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo.

El razonamiento probatorio indirecto exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico. En el presente caso, la Sala Penal sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indiciaria; sin embargo, no ha exteriorizado dicho razonamiento lógico, es decir, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico ha motivado la conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria.

En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la ejecutoria suprema resulta arbitraria y, por tanto, inconstitucional. La sentencia cuestionada no se encuentra dentro del ámbito de la sentencia penal estándar, sino que forma parte de aquellas que se caracterizan por la declamación demostrativa de dar ciertos hechos como probados; luego de lo cual, tales hechos son declarados de manera sacramental y sin ninguna pretensión explicativa como constitutivos de un ilícito penal, como si de una derivación mecánica se tratase.

Ahora bien, dado que la Corte Suprema de Justicia tiene completo acceso al juicio sobre el juicio (juicio sobre la motivación), así como al juicio sobre el hecho (juicio de mérito), ésta es la instancia que debe evaluar cualquier tipo de razonamiento contenido en la sentencia condenatoria expedida por la Sala Superior Penal. Esto es, para verificar la falta de corrección lógica de las premisas o de las conclusiones; la incoherencia en la narración de los hechos; y, la deficiencia en la justificación externa en la resolución. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional estima la demanda en parte, declarándose solamente la nulidad de la ejecutoria suprema y debiendo, la Corte Suprema, emitir nueva resolución.

2.3. Análisis y discusión sobre la jurisprudencia nacional

Del desarrollo de la jurisprudencia del sistema jurídico procesal penal peruano, precautoriamente debe tenerse en cuenta la ausencia de claridad conceptual para separar las cuestiones fácticas de las cuestiones normativas en la resolución de los casos analizados²⁹⁶; puesto que, los pronunciamientos de la Corte Suprema parecen hacer una equivalencia entre probar e imputar los elementos subjetivos del delito, no dando cuenta de qué es lo que debe probarse en estricto y, por otro lado, de cómo debe imputarse o valorarse normativamente el enunciado de hecho que es probado.

El sistema jurídico peruano continúa con la característica de la tradición del *Civil law* relativa a la exigencia de una debida motivación de las decisiones judiciales, tanto en materia normativa como en materia de hechos, tal como se ha visto en el sistema jurídico de España; sin embargo, el primero, no logra dar cuenta de la separación necesaria entre la motivación de la premisa normativa y la de la premisa fáctica. En ciertos aspectos, la argumentación se unifica, utilizando mayormente razonamiento probatorio para llegar a conclusiones jurídico-valorativas sobre la imputación del dolo, sin individualizar cuál fue el enunciado fáctico probado y cómo éste fue debidamente calificado, a fin de conformar la premisa fáctica que conformará el silogismo judicial.

La separación entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas es un presupuesto esencial de la argumentación jurídica y, por tanto, de una debida motivación de las decisiones judiciales. Aunque, con ello, no se quiera decir que la determinación de los hechos y la valoración de los enunciados fácticos constituyan prácticas aisladas entre sí²⁹⁷; tampoco, que el conocimiento de los hechos a través del proceso no implique –porque, claramente sí–, la utilización de un punto de vista jurídico (un esquema de conceptos o categorías jurídicas); e,

²⁹⁶ Sobre la separación conceptual entre la motivación de la premisa normativa y la motivación de la premisa fáctica, véase en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, págs. 190-194).

²⁹⁷ Por el contrario, existe un nexo dialéctico entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, véase sobre ello en Gulio UBERTIS (2017, págs. 64-67). Por otro lado, también, es necesario realizar dicha distinción, en tanto que estas cuestiones “responden a momentos de decisión (y por tanto de poder) diferentes que plantean problemas diferentes: de interpretación de las normas en un caso, de conocimiento del mundo en el otro” (GASCÓN ABELLÁN, 2014b, pág. 373).

inclusive, no implica que en la argumentación sobre los hechos no se deban tener en cuenta juicios sobre el derecho.

La distinción no va en tal sentido, aunque tradicionalmente haya podido ser entendida de esa manera y, por ello, se haya buscado romper con ella²⁹⁸. Sin embargo, la reelaboración de la distinción es necesaria; pero, en un sentido más funcional, en relación con el discurso o la argumentación de que se trate y con lo que se pretende decir y hacer con ésta²⁹⁹. Es decir, la separación mantiene su relevancia cuando se observa cuál es la pretensión de cada uno de los discursos justificatorios en el derecho y cómo estos son evaluados o contralados, ya sea por medio de los recursos impugnatorios o de las simples críticas a la falibilidad de la decisión judicial.

La motivación en materia de hechos trata sobre la justificación de la declaración de los enunciados de hecho probados, respecto de los cuales se pretende veracidad; más preciso, con la justificación sobre estos enunciados se busca demostrar que sean verdaderos en un sentido empírico, es decir, que se adecuen a la realidad. En esta línea, el realismo interno y la verdad como correspondencia o adecuación con la realidad³⁰⁰, son determinantes para dar a entender que la argumentación probatoria tiene una relación teleológica con la verdad (entendida de tal manera); y, por tanto, su corrección depende del éxito de la contrastación empírica realizada dentro del proceso penal.

En cambio, la motivación en materia normativa (tanto de la premisa normativa como de las cuestiones de calificación jurídica), trata sobre la justificación de proposiciones o enunciados sobre las normas, o de enunciados jurídico-valorativos sobre hechos; mediante la cual, se busca su corrección a través de una pretensión de validez jurídica –o, si se quiere, de justicia³⁰¹–, cuyo éxito no depende de la contrastación empírica, sino que de la determinación de la mejor respuesta (correcta)

²⁹⁸ Por otro lado, también se ha venido manteniendo una división tripartita: entre cuestiones fácticas, normativas y mixtas; véase, por ejemplo, en Randall H. WARNER (2005, págs. 101-149).

²⁹⁹ En sentido similar, véase en Ronald J. ALLEN & Michael S. PARDO (2003, págs. 1769-1807); y, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2005b, págs. 50-52).

³⁰⁰ Posiciones epistemológicas cognoscitivistas que se han desarrollado en el marco teórico del presente trabajo.

³⁰¹ Esta es la posición, por ejemplo, de Robert ALEXY (2007, págs. 293-305).

al problema normativo, en base a los principios y las reglas del sistema jurídico³⁰².

En este sentido, la distinción depende de lo que concretamente el operador se encuentre obligado a motivar y en qué sentido; no siendo posible, por ejemplo, justificar la prueba de enunciados de hecho a través de una argumentación meramente normativa, pues con ello no se lograría demostrar o ni si quiera buscar que los enunciados sean verdaderos, en un sentido empírico de adecuación con la realidad. Esta es la razón por la cual, por ejemplo, se deben rechazar las pruebas legales; no se puede aceptar que un enunciado de hecho se encuentre probado, simple y únicamente, porque la disposición normativa lo dicta de tal manera.

Ahora bien, justamente, la jurisprudencia penal ahora analizada no cumple de manera clara con estas observaciones. Sin embargo, ello normalmente puede deberse a que, mediante los recursos ante la Corte Suprema, se trataba de evitar evidenciar que se desarrollaban cuestiones fácticas; pues, estos estaban destinados de manera exclusiva a cuestiones estrictamente normativas; sin embargo, de la reelaboración de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, se sigue que en todos estos casos era posible tratar y, en efecto, se han tratado con cuestiones que en el fondo eran fácticas, aunque se buscaba normativizarlas a través de infracciones a principios o a criterios de imputación.

De esta manera, en el Recurso de Nulidad N° 422-2011/San Martín se trata una cuestión específicamente fáctica; puesto que, se discute si se ha logrado determinar, mediante prueba indiciaria, la participación del procesado Chávez Bojórquez en la muerte de los miembros de la familia Tuanama Tapuallima, para ocultar anteriores homicidios que se habían perpetrado contra miembros de su comunidad. En este sentido, la relevancia del caso radica en que no sólo se requerían indicios sobre la vinculación del procesado en el hecho, sino sobre que éste se había realizado con la intención de ocultar otras muertes.

³⁰² A fin de evitar entrar en la problemática sobre la verdad en materias normativas, ésta no se ha incluido en esta delimitación; sin embargo, su aplicación no debe descartarse, véase, por ejemplo, el debate sobre normas y valores entre Hilary PUTNAM & Jürgen HABERMAS (2008).

En esta línea, se utilizan enunciados indiciarios claramente probados sobre cómo se incendiaron las casas de las víctimas, cuando previamente el procesado había ordenado a otros efectivos militares que les hicieran ingresar a éstas. Este caso nos permite entender que cuando hablamos de intenciones en el ámbito fáctico, no se quiere decir necesariamente que se presente, en el ámbito normativo, dolo directo o dolo indirecto. En efecto, en la acción realizada se pueden encontrar hasta tres intenciones distintas que ayudan a individualizar distintos aspectos de una sola acción.

Primero, se tiene la intención de matar; segundo, la intención de ocultar un homicidio con más muertes; y, tercero, una intención de menoscabar la dignidad humana de las víctimas. Para imputar un delito determinado, en el caso concreto, no todas estas intenciones son relevantes; por ejemplo, pueda que el procesado Chávez Bojórquez haya tenido la intención directa de matar a las víctimas, pero ello no era necesario determinar en el presente caso, porque respecto de las muertes la conducta del procesado bastaba realizarse teniendo el conocimiento probable de que el resultado sería las muertes de las víctimas.

Pero, dado que el delito imputado en este caso es el de homicidio calificado por la agravante de “para ocultar otro delito”; entonces, el elemento subjetivo adicional al dolo que se presenta en ésta exige que, en el ámbito fáctico, se determine que el procesado tenía la intención de ocultar algún delito con las muertes de las víctimas. En este caso, se presenta un indicio relativo a la conducta del procesado después de haberse cometido el hecho; en específico, el enunciado fáctico probado referente a que el procesado amenazó a Carlos, un testigo del hecho (sobreviviente), para que culpara de lo sucedido a delincuentes terroristas, librándole de responsabilidad.

Esto último, demuestra una conducta sistemática de ocultamiento de crímenes contra campesinos, a través de una cadena de homicidios, en el marco de los crímenes de guerra cometidos en el conflicto armado interno en el Perú (1980-2000). Por lo cual, la intención del procesado

podía ser inferida de su conducta en el marco de este contexto social, determinando el porqué de las muertes de las víctimas como personas que se vieron inmersas en el conflicto armado, encontrándose amenazadas por el Ejército y las organizaciones terroristas.

Ahora bien, podía haberse discutido la posibilidad de determinar una tercera intención específica, relativa a los crímenes de lesa humanidad; sin embargo, ello dependía de la aplicabilidad de las normas que tipifican dichos delitos al caso concreto. La ejecutoria suprema, respecto de ello, al ordenar la realización de un nuevo juicio oral estableció que el tribunal de instancia debía observar y discutir (en contradicción), la posibilidad de imputar esta naturaleza en el delito de homicidio calificado sobre el cual los hechos pueden tipificarse. Sin embargo, si se concluyese la posibilidad de imputar un delito de lesa humanidad, sería necesario establecer si ello requiere la determinación de una intención específica relativa a este tipo de delitos.

Normalmente, como se hace en la ejecutoria suprema ahora comentada, se exige que el autor haya tenido algún estado mental en contra de la dignidad humana de la víctima, haciendo referencia a motivos de crueldad o destrucción de la vida. Sin embargo, ello no es exigible en todos los delitos contra la humanidad; pues, de manera general, el conocimiento será la base mínima para la imputación subjetiva, pudiendo establecer exigencias mayores como en el caso del Genocidio (con una “intención de destruir”)³⁰³. Los móviles del autor, de manera general, no pueden justificar la gravedad del reproche por el delito de lesa humanidad; sino que, lo hacen las características objetivas del mismo, como la generalidad y sistematicidad de la conducta.

El Recurso de Nulidad N° 558-2012/Lima, por su parte, trata sobre la determinación de una cuestión fáctica relativa a la individualización de una acción con resultado lesiones, la cual podría ser calificada jurídicamente como un delito de homicidio en grado de tentativa o en uno de lesiones graves. Este problema, tradicionalmente, suele plantearse

³⁰³ Véase en Kai AMBOS (2005b, págs. 82-85; 2011, págs. 173-219); y, en José Luis PÉREZ TRIVIÑO (2012, págs. 163-177).

como un conflicto aplicativo entre el ánimo de lesionar (*animus laedendi*) y el ánimo de matar (*animus necandi*), correspondientes a los delitos mencionados; sin embargo, salvo los casos en que los hechos, las hipótesis o las teorías del caso, en el proceso, determinen la necesidad de probar una intención, este tipo de casos no son genuinos problemas de determinación de una intención.

En el caso tratado por la ejecutoria suprema son los hechos y no, como pareciera afirmarse, el tipo penal de homicidio (en grado de tentativa), lo que exige la prueba de una intención. Puesto que, si el problema se establece en las exigencias del tipo penal de homicidio, no se entiende por qué éste debe depender de la imputación de un elemento volitivo y no, simplemente, de un dolo eventual sobre la probabilidad de que la conducta (en tentativa), hubiere tenido como resultado la muerte de la persona. Por el contrario, si se está ante un problema de determinación entre hipótesis sobre lo ocurrido puede aparecer, como anteriormente se ha mencionado, la necesidad de probar una intención.

Siguiendo el análisis de la ejecutoria suprema, debe entenderse que las versiones que ocasionan el problema fáctico y hacen de este caso uno difícil, no son los relatos contradictorios de la víctima y el agresor – quien ha negado cualquier tipo de vinculación a los hechos–; sino que, son las dos versiones dadas por la víctima, en dos momentos distintos. Ella, primero, en sede de instrucción, afirmó que el procesado (su expareja), le había intentado arrojar por el balcón; pero, luego, en juicio oral, aseguró que él sólo le había agredido físicamente, y no había intentado matarle, arrojándole por un balcón.

En este sentido, para que el juzgador pueda dar por probada alguna de las dos hipótesis en conflicto, originadas por una misma fuente de prueba, debe descartar una en favor de otra a través de la determinación de cuál versión se encuentra con mayor corroboración. En el caso en concreto, ello viene determinado por la verificación de si, en efecto, el procesado había intentado matar a la víctima, al agredirla hasta poder arrojarle por un balcón. Entonces, la Corte Suprema hace alusión

a algunos indicios tipo que pueden ayudar a determinar la existencia de una intención de matar.

Entre estos indicios están la dirección, número y grado de violencia de los golpes; las incidencias acaecidas precedentemente al hecho, principalmente, relativas a la existencia de amenazas o agresiones anteriores; las relaciones entre la víctima y el agresor; y, las circunstancias conexas de la acción. El establecimiento de estos criterios para la determinación de una intención, como la de matar, muestran que esta jurisprudencia constituye un aporte esencial a la resolución de los problemas sobre la intención en el sistema jurídico procesal penal peruano.

Puesto que, a pesar de que en ciertos aspectos se alude a una exigencia normativa de que la intención sea establecida como un elemento subjetivo del delito (como un *animus* típico); luego, se deja establecido que la determinación de dicha intención es, en realidad, materia de prueba indiciaria, aportando materiales a la construcción de indicios tipo para la resolución de casos difíciles. De esta manera, aunque con la ya mencionada confusión entre cuestiones normativas y cuestiones fácticas, la ejecutoria suprema bajo análisis resulta el mayor ejemplo jurisprudencial en el Perú de la necesidad de la prueba de una intención exigida por las circunstancias del caso y de los hechos.

En un extremo distinto, se tiene la Casación N° 367-2011/Lambayeque, que realiza una unificación total entre prueba e imputación del dolo. En esta línea, se alude al término confundidor de *prueba del dolo*; lo cual, no sólo es un problema terminológico, sino que, como ocurre en la sentencia casatoria, se toma en serio la necesidad de una prueba indiciaria de tal elemento subjetivo. Esto no permite dar cuenta de la distinción entre el problema normativo sobre qué se debe entender por dolo, en el caso concreto, sobre qué debe entenderse por dolo del cómplice; y, el problema fáctico sobre qué estado mental o hecho psicológico debe o no ser probado como base fáctica de una imputación.

De esta manera, en el fundamento 4.3 de la sentencia casatoria bajo análisis, correctamente, se sostiene que la determinación del dolo

va de la mano del concepto que se tenga de éste; pero, se realiza una contraposición inexacta ente un concepto de dolo eminentemente volitivo y otro de corte normativo. Primero, porque se atribuye a la primera concepción de dolo –se entiende, aludiendo a la teoría volitiva del dolo³⁰⁴–, que cae en un serio problema de prueba porque no es posible (con los métodos actuales), determinar aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente –analizando los precedentes del sistema jurídico británico–, los deseos de las personas normalmente no son relevantes para la prueba de un hecho psicológico como la intención y, en esta línea, tampoco resulta relevante para realizar una subsecuente imputación del elemento volitivo del dolo. Si bien la base fáctica para una imputación del dolo directo o de un elemento volitivo adicional al dolo básico es, normalmente, una intención previa y directa; debe tenerse en cuenta que, la intención no es (ni es necesario que sea) lo que el sujeto desea o quiere hacer, pues esto alude al conjunto de motivos que se tuvo para generar la intención de hacer una acción, anterior y perteneciente a un ámbito aún más interno.

Además, la prueba de algunos hechos internos o de la intención, como se ha aludido hasta ahora, puede ser realizada perfectamente a través de la prueba indiciaria; sin necesidad de recurrir, por ejemplo, a algún método científico que nos permita leer la mente de una persona. Tenemos acceso a los hechos psicológicos del mundo porque, efectivamente, estos ocurren en el mismo plano fáctico (mundo o realidad) que todos los hechos externos; y, la forma en la que los descubrimos en la vida cotidiana, en la ciencia y en el derecho, es a través de un razonamiento inductivo.

Segundo, la elección dicotómica entre las dos concepciones de dolo que se ofrecen en la sentencia casatoria no hace justicia a las diversas teorías sobre el dolo; pues, parece afirmar que debe aceptarse o un dolo como conocimiento y voluntad o, por el contrario, un dolo sólo

³⁰⁴ Se han desarrollado las teorías sobre la delimitación del dolo en el marco teórico del presente trabajo, al cual nos remitimos en referencia a las distintas concepciones sobre éste.

como conocimiento. Sin embargo, ello no toma en cuenta que una concepción normativa del dolo puede entender que el objeto de este elemento subjetivo en su forma básica o mínima sea sólo el conocimiento; pero, a la vez, que existen dolos cualificados, en base a su reconstrucción con elementos volitivos o elementos cognitivos agravados, como el dolo directo y el dolo indirecto.

Por ello, la sentencia casatoria es sumamente imprecisa al tomar una posición; puesto que, parece preferir una concepción normativa del dolo, que para ésta es la del dolo cognitivo, pero termina reafirmando el concepto tradicional del dolo como conocimiento y voluntad. Inclusive, después de afirmar que un elemento volitivo del dolo no podría determinarse en base a la prueba de hechos internos, se sostiene que es la voluntad la que fundamenta el mayor desvalor de la acción en el tipo de injusto doloso frente al del imprudente. Estas incoherencias pueden y deben ser colmadas a través de una concepción normativa del dolo básico que puede ser agravado con elementos volitivos propios del dolo o elementos volitivos adicionales al dolo.

Pero, debe tenerse en cuenta que esta concepción normativa del dolo no equipara al dolo con el conocimiento ni con la voluntad; es decir, es necesario establecer que **el dolo es un elemento subjetivo normativizado que no es equiparable o, conceptualmente, no es un estado mental del sujeto**. Aunque, como se viene sosteniendo, el dolo puede tomar, como objeto de valoración, interpretación o imputación, un estado mental como la intención o los efectivos conocimientos de la persona, los cuales deben ser evaluados normativamente de acuerdo con criterios de imputación subjetiva, a fin de observar si son subsumibles al tipo penal relevante.

En el caso concreto, se atribuía a la procesada Correa Montenegro haber brindado o prestado su inmueble para que un tercero violara a la agraviada menor de edad; sin embargo, de acuerdo con la sentencia casatoria no existe prueba suficiente para determinar que la procesada habría prestado su casa con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal o, de acuerdo con su concepto de dolo, que haya tenido la

voluntad de realizar un auxilio a la realización de la mencionada violación sexual.

Al respecto, estamos de acuerdo con el voto dirimente de la jueza suprema Barrios Alvarado, cuando parte de que en sede de instancia se declaró, como enunciado de hecho probado, que era la procesada quien le decía a la menor de edad agraviada “para tener relaciones sexuales” con el agresor, pues él le daba dinero. Entonces, si se acepta que el conocimiento efectivo o no, por parte de la procesada, era materia de prueba; entonces, se debieron observar los enunciados de hecho declarados probados en la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que en este caso no era necesaria una prueba de la intención (o, voluntad, si se quiere), bastando un aporte de cómplice secundaria mediante dolo básico o eventual.

Por lo tanto, si bastaba un aporte objetivo con dolo básico, la imputación de este elemento subjetivo no requería la gravosa exigencia que la sentencia casatoria establece para la imputación subjetiva de la complicidad, al requerir un dolo como conocimiento y voluntad; o, como parece haber sucedido en el presente caso, al no tener en cuenta la prueba por indicios realizada en sede de instancia para tener como probado el conocimiento de la procesada (relativo a que la comisión del delito de violación sexual era una consecuencia necesaria del aporte consistente en prestar su casa) que, partiendo de una declaración de la víctima corroborada, sí puede llegar a constituir prueba suficiente para condenar.

El Recurso de Nulidad N° 3017-2014/Callao, también, es relevante para entender las relaciones entre el dolo y los elementos volitivos, como categorías normativas, y la intención, como un hecho psicológico que ocurre en la realidad. En este caso, se discutió si el procesado Espinoza Mari, con “ánimo homicida”, había o no colocado veneno en la comida que envió a su abuelo, la cual había sido ingerida por él y por una segunda agraviada; exigiendo, la defensa técnica del procesado, que se acreditará cuál había sido el móvil para matar a su abuelo, el cual no se habría presentado.

Respecto de ello, la tradicional concepción del dolo como conocimiento y voluntad parece tender a provocar equívocos sobre las exigencias normativas y fácticas del lado subjetivo del hecho. No se entiende por qué la parte recurrente pretende que se acredite un móvil (motivo interno específico) para el homicidio; si, por el contrario, el tipo penal imputado en el caso concreto no exige un elemento volitivo específico. En efecto, el delito de homicidio puede realizarse mediante dolo básico, por lo que la imputación subjetiva puede estar satisfecha con esta exigencia mínima.

De manera más concreta, es necesario tener en cuenta que el dolo básico o eventual implica la valoración del conocimiento del sujeto sobre las circunstancias relevantes del hecho; pero, respecto del conocimiento que el sujeto podía y debía conocer o, mejor dicho, del conocimiento que se encontraba en el ámbito de competencia del autor. Por lo tanto, esta exigencia mínima, en estricto, requerirá una menor exigencia probatoria sobre los conocimientos efectivos del autor sobre las circunstancias del hecho; por el contrario, el dolo indirecto exige que el conocimiento efectivo y necesario deba ser probado, a partir del cual se podrá tener por acreditada una intención oblicua, por ejemplo.

De esta manera, **la necesidad de la prueba de la intención originada como una exigencia normativa es excepcional**; y, más aún, lo es que se requiera acreditar un móvil específico que haya generado el tener la intención de matar. Entonces, acertadamente, la ejecutoria suprema estableció que mediante prueba indiciaria se había determinado que fue el procesado quien envió la comida a su abuelo; e, inclusive, llevando a cabo un plan que tenía como resultado la muerte de esta última persona. Sin embargo, las consecuencias fueron otras, el abuelo del procesado sobrevivió porque compartió la comida con la persona encargada de cuidarle; y, ambos resultaron afectados en su salud.

Sobre esto último, la ejecutoria suprema demuestra nuevamente que el dolo y los elementos subjetivos son conceptual y funcionalmente distintos de los hechos psicológicos que, en algunas ocasiones, se requiere acreditar; puesto que, aplica un criterio normativo de igualdad

respecto del dolo del homicidio para la segunda agraviada, a quien no estaba dirigida la comida envenenada. En este caso, se encontraba bajo la competencia del autor el prever las consecuencias probables de su acción; por lo que, respecto de ella, efectivamente, también se debía imputar el delito de homicidio calificado en grado de tentativa y no un delito de lesiones imprudentes.

La última jurisprudencia del ámbito procesal penal peruano, bajo análisis, recae en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014/Madre de Dios. Esta ejecutoria suprema trata sobre la determinación del elemento subjetivo adicional al dolo en el delito de Trata de personas contra menores de edad; éste es la finalidad de explotación (laboral o sexual), que debe presentarse en los actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención, contra el niño, niña o adolescente. Sin embargo, el tratamiento de este elemento típico oscila entre considerarle un elemento objetivo, es decir, la efectiva explotación laboral o sexual; o, un elemento subjetivo propiamente dicho, esto es, que se determine la finalidad en la conducta realizada³⁰⁵.

En base al principio de legalidad, debió establecerse de manera más clara que la finalidad de explotación es un elemento volitivo adicional al dolo; y, por lo tanto, no exige que se realice la explotación, sino que (por ejemplo) la captación de los menores de edad se realice con la finalidad de que, posteriormente, sean explotados. En este sentido, este elemento volitivo requiere como base fáctica, para la imputación subjetiva, de la prueba de una intención específica; aunque, para su prueba indiciaria, sean muy relevantes los indicios sobre las actividades que los menores de edad, efectivamente, realizaron a partir de la captación.

Sorprendentemente, la ejecutoria suprema establece exigencias bastante gravosas sobre la explotación a la que deberían ser sometidos los menores de edad para que se configure el delito de Trata de personas. Por ejemplo, establece que deben concurrir tanto criterios

³⁰⁵ En esta línea, en base a la misma ejecutoria suprema, también Eduardo A. ORÉ SOSA (2016, págs. 169-182).

cuantitativos y cualitativos sobre el trabajo realizado por los menores de edad, después de haber sido captados; es decir, deben observarse aspectos sobre la cantidad de horas o de labores realizadas y aspectos sobre el tipo de trabajo realizado, teniendo que hacerse un trabajo agotador para la persona. También, se sostiene que cualquier acto sexual, realizado debido a la captación, no podría ser ocasional; sino que, debe ser la razón principal para la cual la menor de edad es captada.

Sin embargo, estos criterios se muestran en demasía exigentes cuando se da cuenta que debe probarse la intención de explotar mediante indicios y no a través de requerimientos normativos sobre el tipo de actividades que realizaron los menores de edad. En efecto, teniéndose por acreditado que hubo una captación de la menor de edad agraviada en el presente caso, por parte de la procesada Cjuno Hiulca, debió realizar el control de valoración probatoria correspondiente a fin de determinar si han existido o no los indicios que permitan tener como enunciado de hecho probado que dicha captación se dio con la finalidad de explotar a la víctima.

En esta línea, se tenían dos indicios importantes; primero, que la menor de edad (a los 15 años), era *obligada* a trabajar más de 12 horas diarias, es decir, no sólo en tiempo mayor al del trabajador promedio mayor de edad, sino que más tiempo que el máximo permitido para una adolescente. Este enunciado indiciario debe valorarse en el marco de las cualidades especiales de la persona agraviada, es decir, la condición de adolescente de la agraviada, y del lugar del trabajo, un bar de atención a abierto al público; pero, no en base a la especulación de que 12 horas diarias no agotarían su fuerza de trabajo, lo que en todo caso rompe con cualquier máxima de la experiencia razonablemente justificada.

El segundo indicio consiste en que la procesada le pidió a la adolescente agraviada que realice un “pase”, lo que en el contexto del lugar donde ella trabajaba (un bar) significaba tener relaciones sexuales con un cliente. Lo importante de este enunciado de hecho indiciario no era determinar si implicaba un suceso ocasional o no; sino que, implicaba que la procesada sí habría tenido la intención de explotar a la víctima, ya

sea laboral o sexualmente, pero aprovechándose de cualquier aspecto de su persona para obtener dinero. Es decir, ello indicaba que la procesada si había captado a la adolescente teniendo la intención de explotarle; por lo que, debió haberse declarado la nulidad de la sentencia de instancia a fin de que se realice una adecuada valoración probatoria, en base a una defectuosa motivación de la decisión judicial en materia de hechos.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC (caso Llamuja Linares), requiere un análisis distinto a la de la jurisprudencia procesal penal; puesto que, en ésta se ha establecido un estándar constitucional para el cumplimiento de la debida motivación de las decisiones judiciales en materia de hechos, aunque también se ha tratado un caso que implica la prueba de la intención debido a las hipótesis vertidas en el proceso penal primigenio. Es decir, mediante esta jurisprudencia constitucional³⁰⁶, partiendo de un caso de necesaria determinación de la intención, se ha establecido cuándo una sentencia se encuentra debidamente motivada respecto de la solución de cuestiones fácticas e, inclusive, respecto de la prueba indiciaria.

De esta manera, **el estándar constitucional de motivación se ha construido a través de criterios o parámetros negativos**; es decir, a partir de defectos en la motivación que muestran cómo ésta no debe ser realizada por el juzgador. Los parámetros que clasifican estos defectos sustanciales son: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento; c) Deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas); d) Motivación insuficiente; e) Motivación sustancialmente incongruente; y, f) Falta de motivaciones calificadas.

³⁰⁶ Ello ha dado pie a la formación de una línea jurisprudencial reiteradamente sostenida por el Tribunal Constitucional; por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 06093-2009-PHC/TC (caso Campos Navarro), N° 00469-2011-PHC/TC (caso Aguirre Ibáñez), y N° 08439-2013-PHC/TC (caso Palomino Reinoso). Sin embargo, la jurisprudencia bajo análisis, también, se fundamenta en avances de jurisprudencia constitucional previa, como las sentencias recaídas en los Expedientes N° 1480-2006-AA/TC y N° 3943-2006-PA/TC.

En términos de una teoría de la argumentación jurídica³⁰⁷, los defectos mencionados, que implican el no cumplimiento del principio de la debida motivación, son traducidos o reconducidos como incorrecciones en la justificación interna o en la justificación externa, de las premisas y las conclusiones de un razonamiento jurídico. Sin embargo, es valioso establecer una clasificación de defectos o formas de incorrección, tal como se ha realizado en la sentencia constitucional, puesto que permite tanto al juez constitucional como al juez penal (de segunda instancia), contar con criterios evaluativos para el control de las decisiones judiciales adoptadas en materias de hecho y de derecho.

Ahora bien, el caso que llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional resulta relevante para el problema planteado en el presente trabajo; puesto que, implicaba determinar si la procesada Giuliana tuvo la intención de matar a su madre o, por el contrario, si la herida que le causó la muerte fue accidental. En este sentido, las hipótesis que se analizaron en el proceso penal primigenio fueron, por un lado, que la procesada mató a su madre con un cuchillo de cocina en el marco de una pelea en la que la primera tenía superioridad en el arma empleada; y, por otro lado, que la procesada y la víctima, al encontrarse en una pelea en donde ambas utilizaban cuchillos, de manera accidental, la segunda terminó siendo herida de gravedad.

Las sentencias de los órganos jurisdiccionales del proceso penal sostuvieron como hipótesis probada la primera de las dos mencionadas y, para ello, se utilizó la prueba por indicios, como el número de heridas, el tipo de arma empleada, el contexto de discusión, las relaciones conflictivas entre autora y víctima, entre otros; sin embargo, el Tribunal Constitucional sostuvo que la motivación del razonamiento indiciario, en realidad, no lograba justificar la prueba de la hipótesis incriminatoria, hallando en éste falta de corrección lógica, falta de coherencia narrativa y falta de justificación externa.

³⁰⁷ La teoría de la argumentación jurídica, a la luz de contribuciones estándar y contemporáneas, ha sido desarrollada en el marco teórico del presente trabajo, al cual nos remitimos sobre el uso de sus categorías o conceptos.

Respecto de ello, principalmente, es notoria la incorrección en la justificación externa de la motivación del razonamiento indiciario empleado por los juzgadores penales; en específico, de los defectos mencionados por el Tribunal Constitucional, la incorrección en la justificación de los enunciados de hecho indiciarios, utilizados para llegar a la conclusión sobre los hechos, es determinante para establecer que no era correcto dar por probada la hipótesis que sostenía que la procesada Giuliana tenía la intención de matar a su madre utilizando un cuchillo de cocina.

En efecto, uno de los principales indicios que se utilizaron para dar por probada la hipótesis incriminatoria fue que la procesada se encontraba en ventaja frente a su madre, porque ella tenía un arma de mayor lesividad que esta última; sin embargo, este enunciado indiciario no se encontraba justificado, primero, porque el juzgador penal omite dar razones que expliquen tal afirmación. Pero, segundo, también porque en la misma sentencia se aceptó que la víctima tenía un cuchillo de cocina al igual que la procesada; y, que ambas se encontraban en un contexto de pelea con armas punzocortantes.

Por otro lado, también es determinante la defectuosa utilización de máximas de la experiencia que debían avalar la prueba de enunciados de hechos indiciarios, desde los cuales inferir una intención de matar; puesto que, en el proceso penal se sostuvo que la procesada había tenido dicha intención porque había infringido más heridas a su madre que las que esta última le infringió. Sin embargo, tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, no constituye un aval suficiente ni razonable una simple constatación cuantitativa de las heridas, pues de tener menos heridas no se puede descartar la hipótesis alternativa que establecería que ambas personas se atacaban, pudiendo haberse realizado una herida mortal accidental contra cualquiera de ellas.

La motivación de la prueba indiciaria implica la justificación de los hechos indiciarios probados, a partir de los cuales se pretende dar por probada una hipótesis principal; pero, también, implica que se deban dar razones para justificar que los indicios y la hipótesis sean los que mejor

explican los elementos de prueba actuados y valorados en el proceso penal. Si no se explica justificadamente por qué los enunciados, principal e indiciarios, declarados probados en la sentencia resultan ser la mejor explicación a los elementos de prueba, descartando las hipótesis alternativas relevantes, entonces, no se habrá cumplido con el estándar constitucional de motivación; y, tampoco, con el estándar de prueba para la condena en un proceso penal.

En consecuencia, la sentencia constitucional bajo análisis puede entenderse, desde la perspectiva del presente trabajo, como la ratificación de que **para la prueba de la intención es necesario utilizar un razonamiento inductivo (e indiciario) que se encuentre debidamente motivado**; puesto que, si no se justifica por qué se tiene por probada la existencia de tal intención, entonces, no resulta adecuado declarar como probada una hipótesis que implique o requiera que un sujeto haya tenido una intención específica. Ello, complementándose, con las exigencias normativas o fácticas, de la necesidad de una prueba de la intención en un caso específico.

En esta línea, **es la necesidad de motivar la prueba de una hipótesis incriminatoria lo que, también, implica la necesidad de probar la intención (de manera motivada), cuando este hecho psicológico forme parte de la hipótesis materia de prueba como uno de sus enunciados fácticos**. Si esto es así, la motivación de la prueba de la intención debe cumplir con el estándar constitucional establecido por el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia bajo análisis; y, también, debe ser capaz de colmar la exigencia de un estándar probatorio para una hipótesis incriminatoria en un proceso penal. Todo ello, a través de la prueba indiciaria, un procedimiento inductivo capaz de averiguar la verdad sobre hechos externos y hechos psicológicos, en igual sentido.

SUBCAPÍTULO II

DE LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

Los resultados que se presentan en el presente epígrafe tratan sobre el análisis de cinco casos judiciales que han sido materia de pronunciamiento en las cortes de justicia del **Distrito Judicial de La Libertad**, a través de sentencias de segunda instancia, seleccionadas por su relevancia respecto del tema tratado en el presente trabajo de investigación; en éstos, no se han creado precedentes ni doctrina jurisprudencial, pero puede observarse el tratamiento directo que se realiza sobre la prueba de los hechos internos como la intención, o sobre la imputación normativa del dolo y de los elementos subjetivos adicionales a éste.

SENTENCIAS DE INSTANCIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD				
Sala	Caso	S.S.	Población	Muestra
Sala Penal de Apelaciones de Emergencia por Vacaciones de La Libertad	“Intento de feminicidio” (Expediente N° 05064-2013-40)	1	1	1
Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de La Libertad	“Plata como cancha” (Expediente N° 04826-2014-60)	2	2	2
	“Tápers con droga” (Expediente N° 06779-2016-75)			
Tercera Sala Penal Superior de Apelaciones de La Libertad	“Segundo intento de homicidio” (Expediente N° 993-2015-72)	2	2	2
	“Homicidio premeditado o por infidelidad” (Expediente N° 03354-2010-51)			
Total			5	

1. Caso “Segundo intento de homicidio”



a. Sumilla

Sentencia de vista, de fecha 04 de setiembre de 2017 (Expediente N° 993-2015-72), emitida por la Tercera Sala de Apelaciones de La Libertad, en el proceso penal seguido contra el procesado Denis Noé García Cruz como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Wilder Olivares Ponce. Los hechos imputados consisten en que el agraviado estaba conversando con un amigo, afuera de un inmueble, cuando el procesado se le acercó y efectuó disparos de arma de fuego con dirección hacia él. Ante esto, el agraviado ingresó a un callejón que le permitía el acceso al mencionado inmueble; pero, el procesado corrió hacia su encuentro continuando con los disparos en su contra, logrando impactar uno de los proyectiles en el muslo derecho del agraviado.

Luego de escuchar los disparos efectuados por el procesado, los vecinos llamaron a la policía, quienes se constituyeron a los pocos minutos de sucedido los hechos y trasladaron al agraviado herido al hospital. El impacto de proyectil le provocó al agraviado una herida penetrante en muslo derecho, que ha requerido 04 días de atención facultativa y 12 días de incapacidad médico legal. El Ministerio Público realizó la acusación, y las imputaciones fáctica y normativa, en dichos términos; y, con fecha 23 de diciembre de 2016, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo condenó al procesado como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo condenó a Denis Noé García Cruz como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Wilder Olivares Ponce, imponiéndole una pena de 05 años y 06 meses de pena privativa de libertad efectiva, así como la reparación civil correspondiente. La sentencia condenatoria resolvió ello pese a que el procesado nunca aceptó haber intentado matar al agraviado mediante disparos de arma de fuego el día de los hechos.

c. Fundamentos del recurso de apelación

La defensa técnica del procesado Denis Noé García Cruz presentó recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, solicitando la absolución del procesado. Se alega que existen contradicciones en los testimonios de cargo y no se ha efectuado una correcta valoración de dichas declaraciones. La testigo Faustina Irma Varas Olivares no habría visto el hecho concreto de los supuestos disparos del procesado, además existiendo enemistad entre ella y los familiares del imputado, presenta incredibilidad subjetiva. La declaración del amigo del agraviado, Danny Elvis Neyra Varas, fue contradictoria en la narración los hechos, no pudo precisar por dónde se fue el agraviado, aunque antes había dicho que estuvo con él; y, luego refirió que no fueron dos personas las que llegaron con armas, sino tan solo el procesado, sin embargo, antes había referido que fueron dos sujetos los que dispararon.

Además, la declaración del agraviado presenta incredibilidad subjetiva, debido a que tenía problemas con el procesado antes de los hechos, por ello manifestó que el procesado fue a amenazarle; sin embargo, él ya se encontraba recluido en el penal. No se ha valorado la declaración de Margarita Romelia Pereda Quispe, quien narró que el procesado estuvo trabajando en su casa el día de los hechos; y, tampoco lo manifestado por el procesado, quien refirió que el día de los hechos, efectivamente, se encontraba trabajando en la casa de Margarita Romelia Pereda Quispe, y en la tarde el procesado se encontraba almorzando. En

la audiencia de apelación, la defensa del procesado ratificó todos estos puntos anteriormente establecidos en su escrito de impugnación.

d. Fundamentos de la Tercera Sala de Apelaciones

La Sala Penal coincide con el juez de primera instancia en que la testigo Fausta Irma Varas Olivares sí presencié los hechos y advirtió, al agraviado y a su amigo, que el procesado realizaba disparos hacia el lugar donde se encontraban. En similar sentido, que la sindicación del agraviado coincide con lo manifestado por los testigos Danny Elvis Neyra Varas y Fausta Irma Varas Olivares; por lo que, la existencia de conflictos precedentes entre el procesado y el agraviado no descarta la credibilidad de la información incriminatoria al tener corroboración periférica. La Sala Penal considera que el Juez *ad quo* sí ha valorado la declaración de Margarita Romelia Pereda Quispe, la cual no contradice los testimonios de cargo, puesto que los hechos imputados ocurrieron en hora distinta a la cual el procesado realizaba un trabajo en su casa.

De igual manera, el Juez *ad quo* sí ha valorado la declaración del procesado Denis Noé García Cruz, restándole verosimilitud porque no se corroboró la información brindada por él, por el contrario, los testigos de cargo sitúan y vinculan al procesado con el hecho punible. Conforme al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, concurren las garantías de certeza en las declaraciones de los testigos Wilder Olivares Ponce (agraviado), Fausta Irma Varas Olivares y Danny Elvis Neyra Varas. Hay ausencia de incredibilidad subjetiva en las declaraciones de los testigos de cargo. Si bien el agraviado ya ha tenido problemas por hechos similares con el procesado y la testigo Fausta Irma Varas Olivares ha tenido problemas con los hermanos del procesado; sin embargo, el examen en juicio de los referidos testigos ha generado plena convicción en el juez *ad quo* sobre la objetividad de la incriminación.

En consecuencia, queda acreditado objetivamente que el procesado Denis Noé García Cruz de manera intencional ha realizado diversos disparos cuando el agraviado conjuntamente, con su amigo Danny Elvis Neyra Varas, se encontraban afuera de un inmueble,

habiendo impactado específicamente una bala en el muslo derecho del agraviado, provocándole una herida penetrante. En definitiva, el procesado es autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Wilder Olivares Ponce, en tanto el primero tenía la intención de matar (*animus necandi*).

El Recurso de Nulidad N° 558-2012-Lima considera que el *animus necandi* es el elemento esencial para establecer el grado de culpabilidad por la infracción penal, en tanto determina que el agente ha querido matar a la víctima. El propósito criminal constituye un presupuesto subjetivo que tendrá que ser inferido de los elementos objetivos o de hechos anteriores, coetáneos y posteriores a la comisión del evento delictivo mediante prueba de indicios. Entre los supuestos que permiten deducir la intención del sujeto, se tienen: i) las relaciones entre el autor y la víctima; ii) la personalidad del agresor; iii) las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, particularmente si mediaron actos provocativos, palabras insultantes y amenazas de males; iv) la dirección, el número y la violencia de los golpes; v) las circunstancias conexas de la acción.

La intención del procesado de matar al agraviado puede deducirse de las circunstancias precedentes acreditadas. El procesado tiene una primera sentencia que le condenó como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, al haber sido detenido en posesión de un arma de fuego artesanal tipo escopetín. El procesado tiene una segunda sentencia que le condenó como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa en agravio de Wilder Olivares Ponce, por el hecho consistente en que el procesado, acompañado de su hermano, dispararon con arma de fuego contra el agraviado causándole una herida perforante en el brazo y muslo derecho por impacto de bala. La invocación de estos antecedentes judiciales del procesado, generados en el distrito judicial de La Libertad, constituye un hecho de notoriedad judicial (como una modalidad de hecho notorio), el cual no es objeto de prueba.

Conforme a los parámetros de valoración desarrollados por el Recurso de Nulidad N° 558-2012-Lima, se concluye que el procesado ha

efectuado los disparos con arma de fuego contra el agraviado con *animus necandi*; esto es, que ha querido matar a la víctima, lo que se infiere de los elementos objetivos anteriores a la comisión del evento delictivo. Ha quedado probado en resoluciones judiciales expedidas anteriores que: a) el procesado ya intentó matar por primera vez al agraviado mediante disparos de arma de fuego en la misma zona, causándole en esa oportunidad una herida perforante en el brazo y muslo derecho por impacto de bala; y, b) el procesado ya ha tenido posesión de un arma de fuego artesanal tipo escopetín. Por tanto, ha quedado suficientemente acreditado éstas son circunstancias conexas de un segundo intento de matar del procesado hacia el agravado, con la misma modalidad delictiva y en la misma escena del crimen. Por lo tanto, se confirmar la sentencia condenatoria.

2. Caso “Intento de feminicidio”



a. Sumilla

Sentencia de vista, de fecha 16 de febrero de 2018 (Expediente N° 05064-2013-40), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Emergencia por Vacaciones de La Libertad, en el proceso penal seguido contra los procesados Avelino Portal Castrejón y Rubí Alaya Chilón, en agravio de María Nélica Chuquimango Vargas. Los hechos imputados consisten en que los procesados Avelino (esposo de la agraviada) y Rubí (quien se dedicaba a preparar brebajes alucinógenos), llegaron a la casa de la agraviada María Nélica, diciéndole que le iban a curar de un dolor de vientre. En seguida, los procesados subieron al segundo piso. Luego, la agraviada también subió y, al ingresar, vio un costal con objetos de brujería, entre ellos una calavera y una gaviota grande. Los procesados

le dieron a la agraviada un vaso con líquido color verde y ella lo tomó; pero, después de 5 minutos, vomitó su contenido por el fuerte dolor de estómago que le provocó.

En la mañana del día siguiente, Rubí le dio otro vaso con líquido verde a la agraviada, quien nuevamente se lo tomó; su esposo, Avelino, le dijo que llevaría a su hija al colegio pues ella no podría salir, quedándose dormida después que tomó el brebaje para, luego, quedar semiconsciente. En dicho momento, el procesado Avelino golpeó a la agraviada para matarla con un arco de sierra, porque ella se rehusaba a vender su casa firmando unos documentos, siendo ayudado por el procesado Rubí. Al día siguiente, la agraviada María Nélide despertó en el Hospital, presentando lesiones traumáticas de origen contuso y trauma craneo encefálico severo. El Ministerio Público realizó la acusación calificando los hechos como un delito de Femicidio en grado de tentativa; pero, con fecha 18 de octubre de 2016, el Primer Juzgado Penal Colegiado de Trujillo condenó a los procesados Avelino y Rubí como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de lesiones graves por violencia familiar.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

El Primer Juzgado Penal Colegiado de Trujillo condenó a Avelino Portal Castrejón como autor del delito de lesiones graves por violencia familiar, y a Rubí Alaya Chilón como cómplice primario del mismo delito, en agravio de María Nélide Chuquimango Vargas; imponiéndoles penas privativas de libertad efectiva de 08 años y 07 años, respectivamente, así como la reparación civil solidaria correspondiente. La sentencia condenatoria resolvió ello pese a que, en el requerimiento acusatorio, el Ministerio Público había imputado normativamente los enunciados de hecho como un delito de Femicidio en grado de tentativa.

c. Fundamentos de los recursos de apelación de los procesados

Las defensas técnicas de los procesados Avelino Portal Castrejón y Rubí Alaya Chilón interpusieron recursos de apelación individualmente,

solicitando que se les absuelva de la sentencia que les condena como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de lesiones graves por violencia familiar, en agravio de María Nélide Chuquimango Vargas. En esta línea, el procesado Avelino sostiene que el único medio de prueba de cargo es la versión de la agraviada, la cual ha ido variando durante todo el proceso; por el contrario, la pericia químico toxicológica concluye que los brebajes que se habrían dado a la agraviada no generan mayor daño contra su salud; por lo tanto, el juzgador no habría realizado una correcta valoración de los medios de prueba actuados ni aplicado correctamente las reglas jurisprudenciales del Acuerdo Plenario N° 02-2005.

El procesado Rubí, por su parte, sostiene en su recurso de apelación que él solamente ha realizado la conducta de llegar desde Cajamarca a solicitud del procesado Avelino; y, los brebajes que habría traído, de acuerdo con la pericia químico-toxicológica no habrían sido nocivos contra la agraviada, por lo que la condena en su contra sería injusta.

d. Fundamentos del recurso de apelación del Ministerio Público

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria en el extremo en que ésta variaba la calificación jurídica realizada en el requerimiento fiscal de acusación; y, en este sentido, se solicitó que se modifique la sentencia condenando al procesado Avelino Portal Castrejón como autor del delito de Femicidio en grado de tentativa, y al procesado Rubí Alaya Chilón como cómplice primario del delito de Homicidio agravado en grado de tentativa.

Se argumenta, para tal efecto, que los procesados se han aprovechado de que la agraviada pensaba que ellos le iban a ayudar a curarse; asimismo, no se han valorado correctamente todos los medios de prueba, de los cuales es posible establecer que ha existido un “ánimo de matar” por parte del procesado Avelino, quien a fin de asegurar ello llamó al procesado Rubí para que le ayudase. Por lo tanto, debió aplicarse el Acuerdo Plenario N° 01-2016, respecto de los alcances típicos del delito

de Femicidio; desde el cual, se podría concluir que, dado que las lesiones se han dado contra el cerebro de la víctima, lo que se buscaba no pudo haber sido simplemente lesionarla, sino que matarla.

e. Fundamentos de la Sala Penal de Apelaciones de Emergencia

La declaración testimonial de la agraviada María Nélica sí cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, puesto que, existe 1) presenta ausencia de incredulidad subjetiva, al no haber una relación de enemistado u odio anterior al hecho entre los procesados y la agraviada, es más ella confiaba en que ellos le curarían; 2) la declaración es verosímil, pues fue coherente, lógica, válida y corroborada mediante otros medios de prueba; y, 3) existe persistencia en la incriminación, puesto que sindicó de manera reiterada que el procesado Rubí le tiró a la cama y le cogió las manos, mientras que su cónyuge, el procesado Avelino, aprovechó ello para golpearle con un arco de sierra en el cráneo.

En este sentido, la Sala Penal determina que sí existió un atentado contra la salud de la agraviada María Nélica y que dicho atentado sí es imputable a los procesados Avelino y Rubí, en base al conjunto de medios de prueba que fueron actuados en juicio oral; por lo que, también es posible imputar objetivamente el hecho a dichos procesados, quebrantando y defraudando sus respectivos roles. Ahora bien, respecto del cuestionamiento sobre si la responsabilidad penal de los procesados debía establecerse respecto del delito de lesiones graves o del de parricidio/femicidio (de acuerdo con cómo se regulaba al momento de los hechos).

La diferenciación entre un delito de tentativa de homicidio y uno de lesiones graves se establece fácilmente con la distinción entre *animus necandi* y *animus vulnerandi*; siendo, el primero por el cual se tiene la intención de matar a otro. Sin embargo, en la práctica jurídica la distinción resulta casi imposible de realizar, por lo que en última instancia ésta va a depender del sano criterio de los jueces. Para determinar ello se considera, entonces, la forma, el modo y las circunstancias en que ocurrió

el evento delictuoso, así como el tipo de instrumento que utilizó el agente y la clase de persona a la que fue dirigido el ataque. En definitiva, si luego de realizado el análisis de los datos obtenidos, se puede afirmar que el autor actuó con total conocimiento del riesgo que creaba para la vida de la víctima y, a pesar de ello, continuó su conducta, entonces ésta estaba destinada a actuar contra la vida misma y constituye feminicidio al existir por lo menos dolo eventual respecto del resultado muerte.

En el presente caso, se puede afirmar categóricamente que la conducta realizada por los procesados tenía la intención y la finalidad no sólo de lesionar gravemente a la agraviada; sino que, la finalidad fue la de matar a la víctima, esto es, ejecutar la acción de matar. Para lo cual, los procesados, se hicieron de ellos medios e instrumentos para la ejecución de dicha acción; y, si el resultado muerte no se llegó a dar según su plan criminal fue porque abandonaron el lugar con la creencia de que éste ya se había dado. Entonces, teniendo la certeza de que los agentes tenían la intención de acabar con la vida de la víctima, lo cual no fue valorado por el juzgador de primera instancia que no analizó la imputación subjetiva de la conducta realizada, corresponde condenar al procesado Avelino como autor del delito de parricidio/feminicidio en grado de tentativa y al procesado Rubí como cómplice primario del delito de homicidio calificado por alevosía.

3. Caso “Homicidio premeditado o por infidelidad”



a. Sumilla

Sentencia de vista, de fecha 20 de setiembre de 2018 (Expediente N° 03354-2010-51), emitida por la Tercera Sala Penal Superior de

Apelaciones de La Libertad, en el proceso penal seguido contra Elvis Agapito Sánchez Rodríguez, por la comisión del delito de Homicidio calificado por alevosía, en agravio de Hilder Ismael Gastañadui Fernández. Los hechos imputados consisten en que el agraviado Hilder (de 17 años), se encontraba junto a una adolescente, sentados en el suelo de una grada, cuando llegó el procesado Elvis (alias “Agapo”), por la parte alta del lugar, sin ser visto por el agraviado ni su acompañante, quienes se encontraban de espaldas. En seguida, el procesado ejecutó varios disparos de arma de fuego (revólver) contra el agraviado, el primero fue por la espalda del agraviado; el segundo por delante del cuerpo cuando él se desvaneció; el tercero por la región del esternón, debajo del punto esternoclavicular; y, el cuarto, por el hemitórax izquierdo, debajo de la línea esternoclavicular. Como consecuencia, el agraviado murió con causa básica de shock hipovolémico por heridas perforantes; y, por su parte, el procesado se dio a la fuga.

El Ministerio Público formuló la acusación calificando los hechos como un delito de Homicidio calificado por alevosía; y, con fecha 08 de enero de 2018, el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo condenó al procesado Elvis Agapito Sánchez Rodríguez como autor responsable de dicho delito.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

El Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo condenó a Elvis Agapito Sánchez Rodríguez como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio calificado por alevosía, en agravio de Elvis Agapito Sánchez Rodríguez, imponiéndole 10 años de pena privativa de libertad efectiva, así como la reparación civil correspondiente. La sentencia condenatoria resolvió ello pese a que el procesado alegó que el móvil que le habría llevado a disparar contra el agraviado fueron los celos que tenía derivados de que la adolescente, que acompañaba a este último, fuera su enamorada.

c. Fundamentos del recurso de apelación de la defensa del procesado

El procesado Elvis Agapito Sánchez Rodríguez interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, solicitando que se revoque y reformándola se le condene por el delito contra la vida, el cuerpo, y la salud, en la modalidad de homicidio por emoción violenta. En este sentido, argumentó que no existen medios de prueba que acrediten la agravante de alevosía; puesto que, si bien la pericia balística practicada a los disparos en el cuerpo del occiso determina que fueron cuatro, sin embargo, no se determinó el orden de estos, siendo que –según él–, el primer disparo vino por delante y los demás en distintas partes del cuerpo. Además, afirma haber tenido como móvil del homicidio los celos, debido a que la adolescente que acompañaba al occiso era la enamorada del procesado, y les había encontrado ese día manteniendo relaciones sexuales.

d. Fundamentos de la Tercera Sala Penal Superior de Apelaciones

La Sala Penal Superior parte de que, en el juicio oral, el procesado aceptó haber dado muerte al agraviado, pero negó haberlo hecho con alevosía, alegando que fue un homicidio por emoción violenta, en vista que encontró al agraviado teniendo relaciones sexuales con su enamorada (la adolescente que acompañaba al agraviado al momento de los hechos), quien no declaró en juicio por haber fallecido. En este sentido, la Sala Penal sólo tiene competencia para determinar cuál es la calificación jurídica adecuada de los hechos en el presente caso. Por un lado, el homicidio perpetrado con alevosía consiste en que el autor, para la ejecución del delito, emplee medios que tiendan a asegurar el resultado, eliminando el riesgo de que la víctima pueda defenderse. Lo decisivo es el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo por la defensa de la víctima. No se requiere un motivo especial, basta que el sujeto busque la situación favorable, la conozca, y la aproveche o quiera aprovecharla.

Por otro lado, para que se configure el delito de homicidio por emoción violenta, se requiere dos presupuestos: 1) el hecho tiene que

cometerse en un lapso de tiempo durante el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, por lo que, no puede transcurrir un largo espacio temporal entre el hecho provocante y su reacción; y, 2) la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto. En consecuencia, el agente debe actuar en un estado de conmoción anímica repentina; esto es, bajo un impulso afectivo desordenado y violento, en el cual no se acepta la premeditación.

De acuerdo con la pericia balística practicada al occiso, que determinó los lugares de impacto de los cuatro disparos de entrada por arma de fuego realizados contra él; y, con la diligencia de verificación en la escena del delito, donde se observa que el agraviado y su acompañante estuvieron en las laderas de una pendiente; resulta evidente que el primer disparo, realizado por el procesado, provino de atrás e impactó en la espalda de la víctima, y que luego se efectuaron los otros tres disparos en diferentes partes de su cuerpo. El agraviado, entonces, no tuvo ninguna posibilidad de defenderse por lo sorpresivo del ataque; mientras que, el procesado, actuó en forma premeditada y sobreseguro al utilizar un arma de fuego para perpetrar el homicidio, por lo que, concurren los presupuestos del homicidio por alevosía.

A pesar de esto, el procesado ha manifestado que al encontrar al agraviado con su enamorada manteniendo relaciones sexuales, reaccionó disparándole hasta matarle. Sin embargo, teniendo en cuenta que el procesado puede defenderse de la imputación fáctica en su contra presentando medios de prueba de descargo, él no ha ofrecido ninguno para corroborar su defensa afirmativa. Por consiguiente, debe descartarse la calificación jurídica de homicidio por emoción violenta; y, por el contrario, ha quedado suficientemente acreditada la premeditación en la ejecución del delito, en tanto que el procesado ha utilizado un instrumento eficaz para la producción de la muerte, y una forma tendiente a asegurarla, al realizar cuatro disparos en zonas vitales del cuerpo, siendo el primer impacto por la espalda, y sin el riesgo de que la víctima pueda

defenderse. En consecuencia, la sentencia condenatoria por el delito de homicidio calificado por alevosía se confirma en todos sus extremos

4. Caso “Plata como cancha”



a. Sumilla

Sentencia de vista, de fecha 24 de octubre de 2018 (Expediente N° 04826-2014-60), emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Apelaciones de La Libertad, en el proceso penal seguido contra César Acuña Peralta, por la comisión del delito contra la Fe pública en la modalidad de Falsedad genérica; y, contra César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, por la presunta comisión del delito contra el Derecho al sufragio en la modalidad de Inducción al voto; ambos delitos en agravio de El Estado, representado por la Procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones. Los hechos imputados consisten, por un lado, en que el procesado César Acuña Peralta simuló la realización de elecciones internas en el partido político Alianza Para el Progreso (APP), para poder participar en las elecciones municipales a la alcaldía provincial de Trujillo del año 2010, como representante del mencionado partido (del cual también es presidente y fundador).

Y, por otro lado, en que los procesados César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero dieron dádivas (entrega de víveres), a pobladores de la provincia de Trujillo a fin de que voten en favor del partido político Alianza Para el Progreso (APP), en las elecciones municipales y regionales del año 2010. El Ministerio Público realizó la acusación, y las imputaciones fáctica y normativa, en dichos términos; sin embargo, con fecha 27 de setiembre de 2017, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de

Trujillo emitió sentencia absolviendo a los procesados de la acusación fiscal en su contra.

b. Fundamentos de la sentencia absolutoria

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo absolvió al procesado César Acuña Peralta, de la acusación en su contra como autor responsable del delito contra la Fe pública en la modalidad de Falsedad genérica; y, a los procesados César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, de la acusación en su contra como coautores responsables del delito contra el Derecho al sufragio en la modalidad de Inducción al voto; ambos delitos, en agravio de El Estado, representado por la Procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones. En este sentido, se argumentó que no se había probado que César Acuña Peralta fue autor directo del delito de Falsedad genérica; y, que no se introdujo, a juicio oral, los elementos probatorios de cargo respecto de que César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero hayan sido responsables de realizar una entrega de víveres (no suficientemente acreditada), que tenga la entidad suficiente para determinar la elección de los pobladores de Trujillo.

c. Fundamentos de los recursos de apelación del Ministerio Público

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, a fin de que ésta sea declarada nula y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un órgano jurisdiccional distinto, debido a que la mencionada sentencia se fundamentaría en una motivación jurídica aparente, afectando el principio constitucional de una debida motivación de las resoluciones judiciales. En la audiencia de vista, el representante del Ministerio Público, sostuvo para fundamentar ello que no se han valorado adecuadamente los medios de prueba actuados en juicio oral; respecto del delito de Falsedad genérica, sólo se tuvo en cuenta parcialmente las declaraciones de los testigos de cargo, se ha confundido el título de imputación contra César Acuña que debía determinarse, y no se ha tenido en cuenta que de las actas de escrutinio

de las elecciones presuntamente simuladas se puede establecer que el número de supuestos votantes hacen imposible su realización.

En similar sentido, respecto del delito de Inducción al voto, no se han tenido en cuenta las declaraciones previas de los testigos que acudieron al juicio oral y se vieron temerosas a realizar las mismas sindicaciones dadas en dichas declaraciones previas; y, no se ha valorado que la procesada Tania Baca tenía la capacidad de captación de votantes, dado su puesto en la Municipalidad Provincial de Trujillo. Respecto de las dos imputaciones realizadas, no se ha valorado adecuadamente el video donde los procesados planifican los hechos, no pronunciándose el juzgador de primera instancia al respecto.

d. Fundamentos del recurso de apelación de la Procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones

El representante de la Procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones sostuvo en la audiencia de vista que, en el proceso democrático, los organismos pertenecientes al sistema electoral no participan salvo que los partidos políticos lo soliciten; por ello, son estos últimos quienes establecen las reglas para sus elecciones internas. En este sentido, se debió haber tenido en cuenta que las actas de escrutinio de las elecciones que habrían sido simuladas reflejaban un número de personas que no podrían haber, en realidad, votado en las mismas; ello, con independencia a si el Jurado Nacional de Elecciones cuestionó las actas de escrutinio anteriormente.

Respecto de la entrega de dádivas por votos, el juzgador de primera instancia señaló que 10 soles no eran suficientes para inducir al voto; sin embargo, teniendo en cuenta que los pobladores afectados se encontraban en extrema pobreza, el dar dádivas por 10 soles sí es idóneo para determinar el voto de dichas personas. En consecuencia, en los dos casos el juzgador ha incurrido en una indebida valoración probatoria; por lo tanto, la sentencia absolutoria debería ser declarada nula y ordenarse la realización de un nuevo juicio oral.

e. Fundamentos de la Segunda Sala de Apelaciones de La Libertad

La Sala Penal, respecto de la imputación por el delito de Falsedad genérica, aduce que no constituyen indicios los enunciados de hecho probados de que César Acuña Peralta haya planificado o ideado la simulación de las elecciones internas del partido político Alianza Para el Progreso (APP), lo cual se encuentra acreditado por la copia del video una reunión realizada el día 18 de marzo de 2010 y su respectiva acta de transcripción. Puesto que, en este video, sólo se muestra la fase de ideación como uno de los “grados de desarrollo del delito”; es decir, sólo muestra la fase interna del *iter criminis* compuesta por ideación, deliberación o resolución. Pero, este accionar (planificar), no es reprochable penalmente, al no lesionarse ni ponerse en peligro ningún bien jurídico; debiéndose aplicar el principio según el cual los pensamientos no son punibles.

En similar sentido, se tendrían las actas de escrutinio de las elecciones internas supuestamente simuladas; sin embargo, tampoco constituyen indicios determinados enunciados de hecho probados respecto de la forma y las circunstancias en que se realizaron las elecciones internas en el partido político Alianza Para el Progreso (APP), porque las mencionadas actas, o la elección en si misma, no fueron observadas por el Jurado Nacional de Elecciones en su función de fiscalización. Por lo tanto, sólo existiría el indicio de que los candidatos mencionados por el procesado César Acuña en el video de reunión, efectivamente, salieron elegidos; pero, no coexisten con esto ningún otro indicio a fin de cumplir con los requisitos de la valoración de la prueba por indicios contingentes.

Por otro lado, respecto del delito de Inducción al voto, se tiene que sólo pudo haberse cometido este delito en el período entre la inscripción de los candidatos elegidos en las elecciones internas (31 de mayo de 2010) y el día en que se llevaron a cabo las elecciones municipales y regionales (02 de octubre de 2010). De esto se sigue que la planificación realizada por los procesados César Acuña y Tania Baca, en el ya mencionado video de la reunión del día 18 de marzo de 2010, es una

conducta atípica por estar fuera de dicho lapso de tiempo. En esta línea, además, las declaraciones de las personas que señalaron haber recibido o visto la entrega de vivires y dádivas, en sus declaraciones previas en sede fiscal, no constituyen indicios de haberse realizado el hecho imputado como inducción al voto, en tanto que estas personas se han contradicho en juicio oral.

En efecto, con ello, no se ha podido acreditar con certeza el momento o el tiempo en el cual habrían sido repartidas las dádivas por parte de los procesados; y, tampoco, de que efectivamente se hayan repartido las dádivas para condicionar a las personas a que determinen su voto por el partido político de los procesados. En consecuencia, tampoco se tienen indicios suficientes que puedan acreditar esta segunda imputación. Con lo cual, corresponde confirmar la sentencia absolutoria en todos sus extremos.

5. Caso “Tápers con droga”



a. Sumilla

Sentencia de vista, de fecha 07 de setiembre de 2018 (Expediente N° 06779-2016-75), emitida por la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de La Libertad, en el proceso penal seguido contra Yajaira Celeste Marquina, por la comisión del delito de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio de El Estado. Los hechos imputados consisten en que la procesada Yajaira Celeste Marquina Marquez se encontraba ingresando al Establecimiento Penitenciario de Varones “El Milagro”, habiendo indicado como motivo

que iba a llevarle comida a su esposo, quien se encontraba preso; en dicho momento, personal de dicha institución procedió a la revisión de un táper color transparente que llevaba, el cual contenía carne con huesos grandes. Entonces, se verificó que al interior de los huesos había nueve bolsitas plásticas transparentes, conteniendo a su vez Pasta Básica de Cocaína con un peso neto de 447 gramos.

El Ministerio Público formuló la acusación calificando los hechos como un delito de Promoción o Favorecimiento del Tráfico Ilícito de Droga; y, con fecha 08 de enero de 2018, el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo condenó a la procesada Yajaira Celeste Marquina Marquez como coautora responsable de dicho delito.

b. Fundamentos de la sentencia condenatoria

El Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo condenó a Yajaira Celeste Marquina Marquez como coautora del delito contra la Salud pública en la modalidad de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio de El Estado, imponiéndole 15 años de pena privativa de libertad efectiva, así como la inhabilitación y la reparación civil correspondientes. En este sentido, el Colegiado determinó que la procesada tenía posesión de la droga incautada y que ella se encontraba ingresando con ella al Establecimiento Penitenciario, a fin de entregársela a su esposo, preso en dicho lugar.

c. Fundamentos del recurso de apelación de la procesada

La procesada a través de su defensa técnica interpuso recurso de apelación sosteniendo que la sentencia condenatoria contiene contradicciones. El juzgado *Ad quo* parte de la declaración testimonial de Lourdes Yovanna Clavijo Morales, personal del INPE, quien manifestó que al revisar manualmente el táper no pudo ver la droga, y sólo al removerlo pudo ver que la presa de carne junto al hueso tenía una bolsita. Sin embargo, si esto es así, la procesada tampoco pudo saber que había droga entre la comida. La testigo Clavijo Morales señala que la procesada

estaba nerviosa, pero psicológicamente no podría dar datos tan precisos, pues estaría dando datos falsos.

El sentenciado Jean Smith Azañero Quito (a quien iba dirigida la comida), ha reconocido su responsabilidad y que no le dijo sobre la droga a la procesada; en las conversaciones por Whatsapp entre ellos dos, el sentenciado sólo le dijo que una señora le iba a dar un táper para “recursearse”, indicándole el lugar de entrega. Se ha condenado a la procesada, pese a que el testigo Dante Muñoz Arroyo (efectivo PNP), en el momento de la intervención, dijo haber escuchado de la procesada que el táper se lo entregó en la calle una mujer de nombre Olinda; al igual que el testigo José Luis Quesquén Yturreguique, quien señaló que la procesada dijo que la comida se la encargaron afuera y que ella estaba nerviosa.

Entonces, se verifica que la versión de la procesada se encuentra corroborada, esto es, que ella no tenía conocimiento de la droga en el táper de comida. El juzgado *Ad Quo* sólo tiene por acreditado, conforme al acta de intervención, que la procesada estuvo posesión la droga, pero no se ha demostrado el dolo; puesto que, no se ha determinado que haya podido conocer que portaba droga, el mismo testigo impropio dice que ella no sabía del contenido del táper, incluso le llevaba otros bienes al recluso dentro del penal. En suma, no se han valorado las circunstancias anteriores y concomitantes, a la intervención policial. Por tanto, la defensa solicitó que la sentencia condenatoria sea revocada.

d. Fundamentos de la Primera Sala de Apelaciones de La Libertad

La Sala Penal Superior, en el presente caso, sostiene la posibilidad de realizar un control de la valoración probatoria. En este sentido, respecto de que no se ha tomado en cuenta que la procesada no pudo haber visto la droga a simple vista, debe entenderse que el testimonio de la acusada, en este caso, no es prueba, ya que la declaración del único procesado de un delito no tiene la condición de prueba. Por tanto, no puede considerarse contradictorio el hecho que el Colegiado no haya

tomado en cuenta la declaración de la procesada, al no consistir prueba alguna, sino el ejercicio de su derecho a negar la incriminación fiscal.

Si se analiza la declaración brindada por la testigo Clavijo Morales, en juicio oral, es correcto que manifestó no haber podido ver la droga en un principio; sin embargo, su declaración no es lo único que el Colegiado ha tomado en cuenta, sino todo el universo probatorio, que descarta la tesis defensiva al no poseer respaldo de corroboración. En esta línea, no se ha presentado la persona supuestamente desconocida para la procesada, llamada "Olinda", ni de otras personas que podrían consolidar esta tesis. Tampoco ha declarado la procesada en juicio oral, así que tal información es solo parte del alegato de la defensa, lo cual puede servir para revocar la sentencia condenatoria.

Sin perjuicio de ello, resulta sumamente increíble, de conformidad con las máximas de la experiencia, que alguien reciba comida para su pareja de parte de una persona desconocida (sin saber que contenía droga), encontrándose la pareja privada de libertad por un delito de tráfico ilícito de drogas y habiendo llevado por sí misma la comida. Por otro lado, la testigo Clavijo Morales, en realidad, sí pudo apreciar la existencia de la droga, pues pudo ver un elemento extraño en la comida y su sospecha que le hizo revisarla. En realidad, la contradicción aparece en la teoría del caso de la defensa, pues de acuerdo con la visualización de su equipo celular, aparece constante comunicación telefónica con el contacto "A", quien era el sentenciado que iba a recibir la droga.

En este sentido, además de llamadas telefónicas, existen mensajes de texto en donde se aprecian las coordinaciones entre el sentenciado y la procesada; indicándole que debía a su vez coordinar con alias "Loka" para la entrega de la comida. Esta persona sería Rosa Vargas López, según el propio sentenciado, pero ella no ha concurrido a juicio oral ni ha sido ofrecida su declaración como prueba de descargo. Además, de las conversaciones se sigue que era falso la procesada recibía por primera vez la comida de "Olinda" (madre de alias "Loka"); y, que la propia procesada era quien le proporcionaba los insumos para que ella pudiera acondicionar la droga.

En consecuencia, no existe contradicción alguna en el razonamiento judicial impugnado, ni es una valoración inadecuada; sino que, ésta reposa en el universo de la prueba actuada, mientras que el argumento de defensa alegado no tiene asidero probatorio. Respecto de que la testigo Clavijo Morales refirió que la procesada estaba nerviosa y, a pesar de ello, pudo dar datos precisos, debe recordarse que, en realidad, la procesada no ha declarado. En todo caso, los fundamentos esgrimidos acreditan que no es verdad que la procesada haya encontrado a “Olinda” en las afueras del Establecimiento Penitenciario, sino que hubo todo un preámbulo y preparación telefónica para la entrega de la comida con droga camuflada.

La única explicación posible para el nerviosismo de la procesada, por el contrario, es que conocía del ilícito proceder, esto es, del contenido de la droga en el táper de comida; y si, aun así, aceptó llevarla fue por la insistencia del sentenciado y, fundamentalmente, por la confianza que tenía a partir de las anteriores oportunidades que lo hizo y no había pasado nada. Ahora bien, con relación a que no se habría demostrado el dolo en el presente caso, debe destacarse el contenido de las conversaciones previas entre la procesada y el sentenciado; en donde, se habla sobre la entrada de “bolsas” al Establecimiento Penitenciario, y que en ciertos momentos no podía hacerse ello por la intervención de una “ministra”. A partir de esto y de lo ya argumentado, se infiere el dolo en la actuación de la procesada. En consecuencia, se confirmó la sentencia condenatoria impugnada.

6. Análisis y discusión sobre las sentencias de instancia

En primer lugar, es necesario realizar una apreciación general sobre la búsqueda de casos en los cuales se ha discutido la necesidad o no de probar un hecho psicológico como la intención. Esta búsqueda se ha realizado a través de visitas a las sedes del Ministerio Público y del Poder Judicial, en Trujillo, Perú; pudiendo determinar que no es un tema de recurrente discusión en las cortes del Distrito Judicial de La Libertad, aunque, como lo demuestran los casos bajo análisis, en algunos casos ha resultado sumamente relevante

la determinación de una intención para la resolución del caso. Esto, de acuerdo con toda la información recabada, se debe a la poca atención prestada al lado subjetivo de un hecho materia de un proceso penal, tanto en su aspecto normativo como en el fáctico.

En efecto, la imputación subjetiva de la conducta y la prueba de la base fáctica para ésta, normalmente, son descuidadas en las sentencias de instancia; aunque, ello pueda deberse a que las discusiones y las defensas planteadas por las partes del proceso penal tienden a centrarse en otro tipo de cuestiones. Es decir, tal como se ha visto en las sentencias y precedentes analizados hasta ahora, la determinación de una intención como problema relevante de prueba en un caso suele originarse (pero no necesariamente), de la admisión por un procesado de que objetivamente ha realizado la conducta que se le atribuye, pero sin una intención específica o de manera accidental; sin embargo, las defensas técnicas de los procesados parecen preferir sujetarse a una tesis totalmente absolutoria, sin recurrir a hipótesis alternativas de los hechos.

En todo caso, ello no pondría en desmedro la necesidad de la prueba de la intención en los casos donde el tipo penal o las hipótesis planteadas en el proceso lo exigen; debido a que, lo anterior sólo implicaría que existen posiciones de defensa alternativas que pueden ser observadas, de ahora en adelante, tal como muestran los casos bajo análisis. En este sentido, corresponde realizar una discusión de los enfoques planteados a los cinco casos escogidos para la presentación de este subcapítulo; teniendo en cuenta que su emisión, en todo caso, implica un cambio en las prácticas judiciales que tendería a dar cada vez mayor importancia al lado subjetivo del hecho en base a cuestiones normativas y fácticas.

Para el análisis del primer caso, que hemos denominado “Segundo intento de homicidio”, debe tenerse en cuenta lo anteriormente argumentado respecto del Recurso de Nulidad N° 558-2012/Lima en el subcapítulo anterior; debido a que, este caso aplica los indicios tipo y los criterios establecidos en esta ejecutoria suprema para la prueba de la intención de matar. Es decir, el Tribunal Superior ha asumido que en este caso era necesaria la prueba de la intención, tal como lo fue en el caso que conoció la

Corte Suprema; y, por tanto, siguió y tuvo en cuenta lo señalado por ésta última para la resolución del caso.

Sin embargo, tal como se ha venido afirmando, la distinción subjetiva entre un delito de homicidio en grado de tentativa y un delito de lesiones, en realidad, no necesariamente viene dada siempre por la determinación de un *animus necandi* frente a un *animus laedendi*. **Para la configuración de un delito de grado de tentativa no siempre se requiere la prueba de una intención; puesto que, se puede imputar subjetivamente la comisión de un delito en dicha fase ejecutiva con dolo básico, lo cual no exige en el ámbito fáctico la prueba de alguna intención.** Por lo tanto, el problema es mejor atendible observando si la persona, cuando realizó la conducta, era competente para tener el conocimiento de que, como consecuencia probable, se podría haber ocasionado la muerte del sujeto pasivo.

En el presente caso, el procesado García Cruz, mediante su recurso de apelación, alega que ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos y que, contrariamente a los elementos de prueba de cargo, estuvo trabajando en la casa de una tercera persona. Ante dicha defensa, el Tribunal Superior realiza un adecuado control de valoración probatoria, con la finalidad de establecer si en la sentencia de primera instancia se ha cumplido con la valoración y motivación de la prueba indiciaria que tuvo como conclusión que el procesado sí había estado en el lugar de los hechos y había disparado contra el agraviado.

Teniendo en cuenta, como enunciado de hecho probado, que el procesado disparó contra el agraviado, a continuación, se buscó probar la intención de matar en su conducta. En este caso, como ya se ha dicho, bastaba con establecer que podía imputarse al procesado la realización de los disparos con el dolo básico del homicidio, para que éste constituya un delito de homicidio en grado de tentativa. Sin embargo, ello se debe a la forma abstracta en la cual el dolo es establecido como elemento subjetivo general en los delitos, en el sistema jurídico-penal peruano, sin realizar una diferenciación en las consecuencias de que en un caso se impute un dolo directo o un dolo indirecto.

Es decir, no importa que un delito de homicidio simple se haya cometido mediante dolo directo o dolo eventual (básico); puesto que, el código penal peruano no hace distingo alguno en la reprochabilidad o la determinación de la pena. **Esta situación normativa es incongruente con la relevancia de una división tripartita del dolo; en la cual, los dolos cualificados implican la creación de un peligro mayor para el bien jurídico, por lo que deberían implicar un mayor reproche.** Por ejemplo, la división tripartita de los elementos subjetivos del delito de homicidio en el sistema jurídico norteamericano permite establecer distintos niveles de reproche y de pena, de acuerdo con lo que puede ser determinado en el caso concreto.

El caso bajo análisis demuestra que, pese a poder probarse la intención de matar en la conducta de disparar del procesado contra el agraviado y, posteriormente, que dicha intención pueda ser valorada como la configuración de un dolo directo de homicidio en grado de tentativa, la determinación de todo ello no tiene mayor diferencia que realizar una imputación normativa del dolo básico. Esto resulta contraintuitivo con la idea de que es necesario un mayor reproche contra conductas que son intencionales, por presentar tanto una intención directa o una intención oblicua; básicamente, no puede resultar igual realizar una conducta con la intención de lograr un resultado específico, realizarla con el conocimiento de que un resultado específico será consecuencia necesaria de la conducta, y realizar la misma conducta sólo con el conocimiento de que un resultado específico podría ser una consecuencia probable de ésta.

Volviendo al caso del procesado García Cruz, se tienen como enunciados de hecho indiciarios de que tuvo la intención de matar al agraviado (pese a que él sobrevivió a los disparos), de manera principal, que era la segunda vez que le atacaba disparándole, ya habiendo por tanto intentado matarle antes, lo cual terminó en una primera condena por el delito de homicidio en grado de tentativa en contra del agraviado; y, que también había sido condenado anteriormente por la tenencia ilegal de un arma de fuego, en el momento de que fue intervenido por la comisión del primer intento de matar al agraviado. Además de ello, también resulta relevante, que el arma era idónea para dar

muerte al agraviado; y, que el procesado realizó varios disparos en contra del agraviado, causándole lesiones por 12 días de incapacidad médico legal.

Entonces, se encontraba acreditado que el procesado tenía la intención de matar, por segunda vez, al agraviado; sin embargo, normativamente, ello no resulta indispensable de evaluar, porque si bien se podría afirmar que el procesado actuó con dolo directo de homicidio en grado de tentativa, también, sólo se podría haber hecho el análisis en el sentido que se configuro un dolo básico, obteniendo la misma consecuencia normativa. Por lo tanto, podemos afirmar que, **bajo la normativa penal peruana vigente³⁰⁸, existen ciertos casos en los que, a pesar de poderse probar una intención específica, ello no dará un resultado distinto al de sólo realizar una imputación por dolo básico sin contar con dicho tipo de base fáctica.**

Claro está, existirán otros casos en donde el tipo penal o las hipótesis del proceso exigirán, de alguna forma u otra, la determinación de una intención; sin embargo, en los casos como el del “Segundo intento de homicidio” será necesario realizar una apreciación de *lege ferenda*. En este sentido, **resulta necesario que la normativa penal prevea la posibilidad de establecer un mayor reproche penal y una pena mayor en los casos en donde pueda imputarse un dolo cualificado, después de haberse probado la base fáctica necesaria para tal tipo de imputación;** en otras palabras, el derecho penal debe permitir imponer una mayor pena a quien ha actuado con dolo directo respecto de quien ha actuado con dolo indirecto y, a su vez, de este último con quien actuó con dolo eventual (básico).

El segundo caso bajo análisis, que hemos denominado “Intento de feminicidio”, a grandes rasgos presenta características similares al primer caso analizado; puesto que, en éste también se discutió la delimitación entre un tipo cualificado de homicidio en grado de tentativa y las lesiones agravadas. Pero, este segundo caso presenta características particulares como el que se haya imputado el tipo cualificado de Feminicidio al autor del hecho; en esta línea, ya habiendo discutido sobre la forma en que debe delimitarse el delito de homicidio en grado de tentativa y el delito de lesiones,

³⁰⁸ Véase el marco normativo sobre derecho penal sustantivo citado en el presente trabajo, al cual nos remitimos para mayor especificidad.

y cuál debería ser la relevancia del dolo directo en ésta, en caso resulte imputable, entonces, en este caso, nos centraremos en el análisis y discusión de sus características particulares.

En este sentido, se tiene que en el marco del proceso penal se atribuyó a los procesados Portal Castrejón y Alaya Chilón haberle dado una bebida envenenada a la agraviada, quien era la conviviente del primero, con lo cual ella perdió el conocimiento y fue golpeada gravemente en la cabeza, pero logró sobrevivir. Las defensas de los procesados si bien no contradijeron el hecho de que la agraviada tomó una bebida preparada por Alaya Chilón, quien había llegado de Cajamarca por el llamado de Portal Castrojón, reuniéndose ambos con la agraviada para que tomé la bebida como si fuera medicinal; sin embargo, en base a una pericia toxicológica, alegaron que la bebida no era mortal y, además, que no era verdad que su conviviente le golpeó para darle muerte.

En este caso, se realizó la valoración probatoria de la declaración de la única testigo-agraviada corroborada indiciariamente, con lo cual se tuvo como enunciado de hecho probado que los procesados le dieron una bebida envenenada y golpearon a la agraviada, dejándole gravemente herida. En primera instancia se condenó a los procesados por el delito de lesiones graves; sin embargo, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, a fin de que se les condenara por los delitos feminicidio y homicidio calificado, en grados de tentativa. El Tribunal Superior, en base a la prueba indiciaria, dio por probada la intención de matar de los procesados y tipifico los hechos en los delitos cualificados del homicidio en grado de tentativa.

Sin embargo, resulta relevante tener en cuenta la definición del delito de Feminicidio y su relación con la prueba de los hechos psicológicos; puesto que, el Tribunal Superior sí tuvo en cuenta que este tipo de homicidio es, usualmente, definido como un crimen contra la mujer por razón de su género, por el hecho de ser mujer. La técnica legislativa para criminalizar la conducta de matar a una mujer por el hecho de serlo ha cambiado drásticamente en el código penal peruano, desde la regulación del delito como un homicidio

contra la cónyuge o la pareja³⁰⁹, hasta la del delito de feminicidio propiamente dicho: dar muerte a una mujer por su condición de tal³¹⁰.

La regulación del tipo penal de Feminicidio, también, implica el establecimiento de exigencias de prueba de hechos psicológicos; por lo cual, al igual que en delitos con dolo directo preestablecido o elemento volitivos adicionales al dolo, que ya se han analizado, este último delito parece exige para la imputación subjetiva que se acredite como base fáctica un motivo en la conducta del procesado que dio muerte a una mujer. El autor tendría que dar muerte a la mujer no sólo con la intención de matar, sino que también por el motivo de que ella era mujer, en alguno de los contextos normativamente preestablecidos; lo cual, implica una exigencia y dificultad probatoria mayor a la de probar una intención³¹¹.

Por ejemplo, en el caso de “Intento de feminicidio”, el procesado Portal Castrejón no tenía la intención de matar a su conviviente por razones de género, sino porque (de acuerdo con la acusación fiscal), quería quedarse con el inmueble en donde vivían; sin embargo, con la antigua redacción del delito de Feminicidio bastaba con que se constatará que existía la relación de convivientes y que el procesado matara a sabiendas de ello, para que se

³⁰⁹ El artículo 107 del Código Penal peruano, ahora modificado, establecía: “El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108. **Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio**” (el resaltado es nuestro).

³¹⁰ El artículo 108-B del Código Penal peruano, con las modificaciones actuales, establece: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años **el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos**: 1. Violencia familiar. 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual. 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente. 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor. 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación. 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente. 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación. 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad. 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana. 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. 8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente. 9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas. La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda” (el resaltado es nuestro).

³¹¹ Sobre los problemas probatorios originados por la técnica legislativa sobre el delito de Feminicidio, véase en Carmen VÁSQUEZ ROJAS (2018, págs. 1-27).

configure el delito. Por el contrario, con la actual redacción el hecho no hubiera sido típico del delito de Femicidio, porque el procesado no intentó matar a la agraviada por el hecho de que ella era mujer, aunque se presentaba uno de los contextos necesarios para la configuración del delito (violencia familiar).

La exigencia normativa de un elemento motivacional al dolo en el delito de Femicidio implica el requerimiento o la necesidad de probar un motivo en la conducta del autor, lo cual es distinto a la prueba de una intención; puesto que, si bien ambos son hechos psicológicos o estados mentales, los motivos o móviles del autor son las razones que originan en él tener la intención de, por ejemplo, matar a una mujer. Por ello, los motivos son hechos o estados aún más internos que la intención y, en realidad, no pertenecen a la estructura de la acción humana como sí el “tener una intención”; en estricto, configuran las razones previas y deliberativas para formarse una intención y, posteriormente, realizar la acción.

Por definición, **los motivos son de más difícil averiguación que una intención; por lo que, en muchos casos, exigir la prueba de un motivo específico puede implicar el riesgo de hacer de muy difícil aplicación el tipo penal que normativamente lo exija e, inclusive, de hacerlo ineficaz.** Bajo una apreciación de *lege ferenda*, una forma más eficaz de combatir políticamente la violencia contra la mujer consistiría en regular el delito de Femicidio como el matar a una mujer intencionalmente, bajo contextos previamente establecidos; con lo cual, desde el tipo penal se exigiría sólo la prueba de la intención de matar a una mujer, bajo contextos sociales de violencia de género, y no que se tenga que probar un motivo de matar a la mujer por el hecho de que lo sea.

El tercer caso bajo análisis, que hemos denominado “Homicidio premeditado o por infidelidad”, a diferencia de los dos casos anteriormente discutidos, ha requerido la prueba de una intención; sin embargo, las hipótesis vertidas en el proceso penal y sus respectivas calificaciones jurídicas implicaron el debate no sobre si la acción tuvo una intención o no la tuvo, sino que sobre qué tipo de intención fue ésta. En específico, se discutió si el procesado Sánchez Rodríguez tuvo la intención previa de matar al

agraviado, quien se encontraba con la pareja del primero, o si la acción fue realizada debido a una emoción violenta.

Claramente, en este caso, el juzgador de los hechos debió establecer, a través de prueba indiciaria, si la acción del procesado se había realizado mediante una intención previa (premeditada), o mediante una intención generada por una emoción violenta. El Tribunal Superior, por su parte, realizó un control de esta valoración probatoria, en base a los enunciados de hecho indiciarios que se encontraron debidamente acreditados en el presente caso. De esta manera, es necesario tener en cuenta la diferenciación que se había realizado entre una emoción y una intención, a propósito del análisis de la jurisprudencia del sistema jurídico español.

La emoción es un estado mental capaz de generar en una persona el tener la intención de realizar una acción para lograr un resultado; pero, no es la intención en sí misma, en realidad, es la razón (imperfecta, apresurada o no bien pensada) para tener una intención. Por otro lado, la emoción de este tipo puede diferenciarse de otros motivos al ser el principal determinante para la toma inmediata de una intención, sin mayor deliberación, por lo que se encuentra “más cerca” a la realización de la acción. En este sentido, **la determinación de una emoción implica realizar una explicación teleológica de la acción, que tenga como resultado el que la persona la realizó por que tuvo la emoción, desplazando criterios de racionalidad con los cuales en otros contextos hubieran proporcionado razones para actuar distinto.**

En el caso bajo análisis, el Tribunal Superior llegó a la conclusión que la hipótesis de la intención previa para matar había sido correctamente declarada probada; puesto que, la hipótesis alternativa de la acción emocional no tenía sustento fáctico. En otras palabras, pese a postularse esta tesis defensiva, el procesado no logró explicar mediante los elementos de prueba actuados en el juicio oral (de los cuales su defensa no incorporó ninguno relevante), que su acción era emocional; en definitiva, no se logró probar la emoción del procesado, por lo que no correspondía realizar el análisis para la imputación del elemento volitivo atenuante del homicidio por emoción violenta.

Por el contrario, los indicios del caso muestran que hubo planificación y premeditación en el presente caso; primero, porque el procesado se aseguró de llegar a lugar de los hechos por la espalda del agraviado, para poder dispararle y asegurar su muerte; y, segundo, teniendo en cuenta el arma que utilizó y llevó al lugar del hecho era idónea para matar al agraviado, es decir, era otra manera mediante la cual el procesado escogió llevar a cabo un plan de matar. En este caso, la decisión sobre los hechos pudo haber sido distinta, si el conjunto de elementos de prueba actuados en juicio oral hubiere sido otro –recuérdese que la justificación del enunciado de hecho probado es relativa al contexto probatorio del proceso–, que implicara, por ejemplo, que el procesado disparó al agraviado en el momento en el que le encontró junto a su pareja teniendo relaciones sexuales. Este hecho indiciario fue alegado por el procesado, pero no fue probado; pues, sólo existían elementos que señalaban que ello podría haber sucedido en otro momento.

Ahora bien, el tratamiento de los motivos como el móvil de violencia de género o el de emoción violenta, como demuestran los casos bajo análisis, es notoriamente distinto; ya se ha mencionado, por ejemplo, que la emoción es un determinante cercado de la intención y de la acción, por lo que acarrea menores problemas probatorios que los motivos de deliberación como un móvil de matar a una mujer por su condición de tal. Sin embargo, existe un fundamento distinto para tratar de forma diferenciada dos tipos de motivos como hechos psicológicos relevantes para el derecho procesal penal y el derecho penal.

Los motivos o las motivaciones pueden tanto agravar como atenuar el reproche penal; sin embargo, para que éstas sean relevantes para el derecho penal debe tenerse en cuenta la correcta aplicación del principio de culpabilidad por el hecho que, en el marco de un derecho penal liberal y garantista, implica la proscripción de cualquier criminalización o punición sobre el ámbito interno de la persona. Entonces, cualquier justificación a un mayor reproche por la presencia de un motivo específico o, inclusive, la de una intención o una emoción, debe consistir en un fundamento

objetivo sobre la mayor peligrosidad de la conducta³¹²; por ejemplo, una intención directa implica premeditación y, por tanto, mayor aseguramiento del resultado lesivo contra un bien jurídico, por lo que puede justificarse un mayor reproche.

Sin embargo, la determinación de hechos del ámbito de la persona, cuanto más internos o privados sean respecto de ella, mayor será el peligro de caer en una criminalización de la personalidad del autor. Realizar un mayor reproche penal por motivaciones que pudo tener la persona, entre varias de naturaleza negativa o positiva, para posteriormente llegar a tener una intención de hacer algo, puede sobrepasar la relevancia limitada de los hechos internos permitida por la necesidad de observar el cumplimiento del principio de culpabilidad. En consecuencia, **resulta atendible que sólo algunos hechos internos puedan ser tenidos en cuenta en un proceso penal, principalmente, aquellos que se encuentren dentro o cerca de la estructura de la acción humana (intenciones y emociones).**

Por el contrario, las motivaciones en principio no deberían poder implicar un mayor reproche para la conducta de un autor, porque ello resultaría en una criminalización de su personalidad y no de lo que él realmente hizo. Sin embargo, algunos motivos pueden permanecer siendo relevantes, al escapar de esta limitación; en específico, aquellos motivos que son posibles de determinar probatoriamente y que atenúan el reproche penal en lugar de agravarlo. Entre estas motivaciones se encuentran, por ejemplo, el miedo insuperable; además, de las ya analizadas emociones que pueden implicar realizar una acción no meditada e impulsiva.

El cuarto caso bajo análisis, que hemos denominado “Plata como cancha”, puede dar un ejemplo de cómo la prueba de la intención no implica la contravención del principio de culpabilidad por el hecho o por el acto; y, por el contrario, se encuentra limitado y justificado por éste mismo. En el juicio oral contra los procesados Acuña Peralta y Baca Romero, habiéndoseles atribuido la conducta de haber simulado intencionalmente elecciones internas en su partido político y haber otorgado dádivas para que ciudadanos pobre

³¹² Véase sobre el planteamiento y las posibles soluciones de este problema normativo, ampliamente, en José Milton PERALTA (2012).

votaran por sus candidatos en las posteriores elecciones regionales y municipales, se actuó un video en donde aparecían los procesados planificando la realización de estas conductas; sin embargo, el Tribunal Superior argumentó que este video mostraba un plan que sólo estuvo en la mente de los autores, lo que no resulta relevante penalmente.

Este argumento confunde la cuestión fáctica sobre la prueba de la intención de simular un proceso de elecciones con la cuestión normativa sobre la no delictuosidad de un hecho que sólo llega a la fase de ideación. El video en donde el procesado aparece dividiendo roles y planificando cómo harían las conductas que, luego, se le imputarían a título de los delitos de falsedad genérica e inducción al voto, no muestra el hecho o la conducta por la que podría haber sido condenado; sino que, consiste en un elemento de juicio que prueba consistentemente el enunciado de hecho indiciario relativo a que los procesados planificaron cometer los hechos que son tipificados en los tipos penales mencionados.

En esta línea, como ya se había mencionado en el presente trabajo, el indicio de la planificación es relevante para la acreditación de que el autor ha tenido la intención de realizar la acción que planificó; puesto que, si alguien planea realizar una conducta y, luego, realiza tal conducta según su plan, entonces, es razonable inferir que la persona tuvo la intención de realizar tal acción y, con ello, obtener un resultado. Ahora bien, en el caso bajo análisis, los procesados planificaron que ciertos candidatos serían elegidos en su partido político de manera simulada; luego, efectivamente, estas personas fueron elegidas en las elecciones internas como candidatos para las posteriores elecciones regionales y municipales; en consecuencia, teniendo en cuenta la demás evidencia relevante, es razonable inferir que los procesados tuvieron la intención de simular el proceso electoral interno con ganadores previamente seleccionados.

De esta manera, utilizar el elemento de prueba del video para construir un indicio de planificación no constituye criminalizar la fase de ideación o planificación del hecho presuntamente delictivo; por el contrario, sólo constituye establecer un hecho indiciario que será utilizado en un razonamiento inductivo que pueda confirmar la hipótesis consistente en que

los procesados no sólo planificaron realizar un proceso de elecciones simulado, sino que efectivamente lo hicieron de manera intencional. En esta línea, vemos cómo la intención es un elemento de la estructura de la acción humana, que puede ser previa a ésta o encontrarse en ésta, pero que permite reconstruirla como una clase de acción que ha sido realizada para lograr un resultado pretendido o buscado³¹³.

La intención de mentir, falsear o simular lo que realmente ocurriría con el proceso de elecciones internas, en el partido político de los procesados, era de necesaria determinación; sin embargo, ni el juzgador de primera instancia ni el Tribunal Superior han hecho uso de los hechos indiciarios que el Ministerio Público introdujo en el proceso penal. Es decir, pese a que era necesaria la prueba de tal intención, el Tribunal Superior no observó este defecto de motivación en el razonamiento probatorio del juzgador de primera instancia; puesto que, inclusive el declarar no probado un enunciado de hecho requiere de motivación suficiente, pero en el presente caso los órganos jurisdiccionales no han tenido en cuenta toda la evidencia ni los hechos indiciarios probados para tomar tal decisión.

En definitiva, la prueba de la intención de simular resultaba necesaria y no contravenía el principio de culpabilidad por el hecho; sino que, este mismo principio termina exigiendo que la responsabilidad penal por un hecho debe encontrarse sujeta a lo que la persona efectivamente realizó. **La individualización de acciones, en el ámbito fáctico; es decir, de lo que una persona efectivamente ha realizado requiere de la determinación de intenciones. Por lo tanto, el principio de culpabilidad también exige y, a la vez, limita la prueba de hechos psicológicos en el proceso penal;** lo cual, requiere de necesaria presencia y justificación, cuando normativa o fácticamente es exigible, de la prueba de una intención a fin de cumplir con la debida motivación de un razonamiento judicial en materia de hechos.

Por último, el quinto caso bajo análisis, que hemos denominado “Tápers con droga”, resulta relevante para poder reafirmar la necesidad de abandonar la práctica judicial reiterativa de unificar la imputación del dolo y la prueba de los hechos psicológicos relevantes para la imputación subjetiva. En esta

³¹³ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (1995, págs. 147-161; 2013a, págs. 136-149).

línea, la prueba del dolo, no sólo terminológicamente, sino tal cómo ésta es puesta en práctica, unificando razones normativas y probatorias para determinar que la persona actúo con dolo, implica una vulneración al principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales; puesto que, con ello no se cumpliría con la justificación suficiente y precisa de una premisa normativa y de una premisa fáctica, separadas funcionalmente por las pretensiones de corrección distintas que buscan sus argumentaciones.

Aquello que es materia de prueba en una sentencia o decisión judicial debe ser argumentado con un razonamiento inductivo que pretenda averiguar la verdad sobre los hechos (como adecuación imperfecta a la realidad), por ejemplo, con la prueba de la intención como un hecho psicológico; en cambio, aquello que es materia de imputación normativa o interpretación, en la misma sentencia o decisión judicial, debe ser argumentado con un razonamiento práctico que pretenda ser válido a la luz de un sistema normativo, obteniendo la mejor respuesta correcta de acuerdo con las valoraciones jurídicas pertinentes extraídas de principios y reglas.

Esto último no ha sido tomado en cuenta por el Tribunal Superior al determinar si se había realizado una adecuada imputación subjetiva de la conducta de la procesada Marquina Márquez; puesto que, no ha existido una separación entre la prueba de los conocimientos exigidos (si ello era necesario), y la imputación del dolo en la conducta de la procesada. En consecuencia, se convirtió un problema normativo de determinación de un dolo básico por competencia del conocimiento, para el delito de Favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en un problema probatorio de hechos internos; lo cual, no era exigido por el tipo penal para el cumplimiento del principio de legalidad.

SUBCAPÍTULO III

DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS

Los resultados que se presentan en el presente epígrafe tratan sobre el análisis de las posiciones teóricas encontradas que tienen diez autores en el ámbito académico respecto de la necesidad de la prueba de la intención en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta, claro está, que las posiciones doctrinales o teóricas no pueden ser clasificadas siempre como un contraste entre lo blanco y lo negro; es decir, los planteamientos teóricos no suelen asumirse como un todo o nada, sino que pueden revistar matices y posiciones intermedias.

De esta manera, la división dada en este subcapítulo entre los autores a favor de la necesidad de la prueba de la intención, y aquellos que están en contra de la necesidad de probar dicho hecho interno, debe entenderse como una manera discrecional de interpretar los trabajos de los autores seleccionados, según criterios de representatividad y relevancia para la resolución del problema planteado en la presente investigación. Sin embargo, esta discrecionalidad busca encontrarse justificada por un estudio adecuado de los diez autores seleccionados, tal como se realizará en los siguientes apartados.

POSICIONES DE LOS AUTORES				
Posición	Autor	S.S.	Población	Muestra
A favor de la prueba de la intención	Daniel GONZÁLEZ LAGIER	5	5	5
	Marina GASCÓN ABELLÁN			
	Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ			
	Herbert L. A. HART			
	Gabriel PÉREZ BARBERÁ			
En contra de la prueba de la intención	Joachim HRUSCHKA	5	5	5
	Ramón RAGUÉS I VALLÈS			
	Günther JAKOBS			
	José Carlos PORCIÚNCULA			
	José Antonio CARO JOHN			
Total		10		

Por otro lado, la selección de los autores, en cuanto a su número, también es discrecional; puesto que, probablemente existan otros autores que han fijado una posición relevante sobre la necesidad o no de probar la intención en un proceso penal. A pesar de esto, los argumentos a favor o en contra, más relevantes sobre este problema, sí han podido ser destacados por los diez autores seleccionados; y, en lo posible, se tratará de hacer referencia a otros autores que respaldan una misma opinión en el desarrollo de estas ideas.

1. Autores a favor de la necesidad de la prueba de la intención

1.1. Daniel GONZÁLEZ LAGIER

Daniel González Lagier es catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, España, ha escrito tres trabajos sosteniendo la necesidad de probar la intención en una sentencia penal: “Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)” (2003a); “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima” (2005a); y, “La prueba de la intención y la explicación de la acción humana” (2006). En el trasfondo de la posición de este autor se encuentra una larga línea de investigación sobre la teoría de la acción en la filosofía y en el derecho³¹⁴; en tanto que, sitúa al estado mental *intención* como uno de los elementos de la estructura de la acción humana.

De esta manera, sostiene que la prueba de la intención implica el descubrimiento y la descripción de un hecho psicológico del sujeto; por tanto, es un razonamiento que, a partir del principio de racionalidad mínima que comúnmente es utilizado en las acciones intencionales, permite conocer indirectamente la intención previa a la acción o en la acción, efectivamente realizada. A su vez, ello permite explicar teleológicamente una acción, teniendo en cuenta que actuar teniendo una intención es hacer una acción procurando o persiguiendo un fin.

³¹⁴ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (1995; 2005c; 2013a).

De acuerdo con ello, la atribución de intenciones aparece de forma necesaria en el ámbito probatorio para, por lo menos, dos fines: primero, para determinar qué tipo de acción es la que la persona ha realizado; y, segundo, para concluir si la acción fue realizada con dolo o imprudentemente. Sin embargo, las intenciones en tanto estados mentales o hechos internos tienen un modo subjetivo de existencia y no son directamente observables por terceros; es decir, son hechos psicológicos que deben ser inferidos a partir de la conducta externa de la persona a la que se le atribuye una intención en específico. Este problema se manifiesta tanto en la filosofía como en el derecho.

En la filosofía este problema es central para poder distinguir entre acciones y movimientos corporales, planteándose que una acción se explica en base a las razones que se tuvieron para realizarla, en tanto fenómeno con significado, a diferencia de los movimientos corporales. En cambio, en el derecho, atribuir intenciones constituye un aspecto fundamental para poder establecer la responsabilidad de las personas por sus acciones. Ahora bien, a pesar de esta importancia, los juristas muestran una actitud escéptica frente a la prueba de las intenciones, a través de distintos argumentos.

Primero, los argumentos ontológicos se basan en la tesis que, rechazando el dualismo cartesiano, propone la eliminación de toda referencia a lo mental o al menos la eliminación de algunas de sus propiedades más características, por ejemplo, la conciencia. Segundo, los argumentos epistemológicos inciden en que la prueba de la intención es poco fiable o es imposible, puesto que no es posible demostrar sin margen de error qué intención tuvo una persona. Y, tercero, los argumentos ideológicos aducen que los fines de la pena hacen innecesario o, incluso, inconveniente tratar de describir las intenciones reales de las personas.

Ante estas argumentaciones se refuta respectivamente que, primero, la eliminación de lo mental conlleva a tener que aceptar conclusiones bastante contraintuitivas, las tesis que proponen ello (como el conductismo) carecen de una fundamentación suficiente para poder

explicar la evidencia sobre la existencia de estados mentales. Segundo, respecto de los argumentos epistemológicos, si su afirmación se generaliza, coherentemente se llegaría a la conclusión de la imposibilidad de probar cualquier cosa, pues no es posible probar nada (externo o interno) sin márgenes de error³¹⁵.

Y, tercero, respecto de los argumentos ideológicos, que son atribuidos a los penalistas normativistas, se critica que no dan ninguna relevancia a la reprochabilidad de la conducta a la hora de justificar la necesidad o el grado de la imposición de sanciones. Entonces, la intención como elemento de la acción humana es un caso particular relevante de los hechos psicológicos, los cuales son diferentes y autónomos respecto de los hechos externos; y, son normalmente descritos y no adscritos a través de enunciados fácticos.

Para conocer qué intención tuvo una persona se parte de las formas en las cuales se explica una acción, esto es, respondiendo a qué razones responde la realización de una acción determinada. De esta manera, resalta la racionalidad de las acciones humanas como condición de su explicación; puesto que, para poder explicar una acción debemos presumir que se está realizando racionalmente. Sin embargo, por sentido común sabemos que no realizamos acciones perfectamente racionales; por lo tanto, se debe reconstruir la racionalidad de nuestras acciones a través del ya mencionado principio de racionalidad mínima, es decir, teniendo en cuenta criterios imperfectos de racionalidad que guían las acciones humanas.

Estos aportes han sido complementados con nuevas investigaciones, por parte del autor, en los ámbitos de la filosofía de la mente y de la epistemología relevantes para el derecho. En este sentido, el rechazo al argumento ontológico ha sido reabierto como una defensa a la tesis del materialismo no reduccionista; es decir, sosteniendo que si bien no existen dos sustancias o realidades (una física y otra mental), ello no quiere decir que todo se reduzca a lo fisicalista o se elimine lo mental,

³¹⁵ En este sentido, también, en María Laura MANRIQUE PÉREZ (2012, págs. 67-73).

por ejemplo, la intención no es mero estado cerebral, sino que es un estado mental que emerge del funcionamiento neuronal³¹⁶.

Esto conlleva a que sea necesario rechazar las posiciones adscriptivas de la intención, debido a que se fundan en un materialismo conductista que se sostiene en la falacia de confundir las reglas del uso de las palabras con la ontología; es decir, confunde las bases para atribuir un estado mental con el hecho que se atribuye. En similar sentido, también, se hace un balance de la neurociencia en relación con lo mental, entendiendo que los experimentos neurocientíficos, aunque válidos y útiles, no coadyuvan a la eliminación de lo mental; existiendo una diferencia sustancial entre lo neuronal y lo mental, en el complejo proceso de realizar una conducta³¹⁷.

1.2. Marina GASCÓN ABELLÁN

Marina Gascón Abellán es catedrática de filosofía del derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, ha escrito el libro “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba” (2010); en el cual, ha desarrollado un estudio sobre el modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos, teniendo en cuenta su carácter institucionalizado y en base a un enfoque argumentativo de la prueba. En el marco de dicha investigación, ha realizado un análisis de la relevancia de los hechos psicológicos en la formación de la premisa menor del razonamiento judicial.

De esta manera, sostiene que los hechos psicológicos son internos a la esfera mental, cognoscitiva o emocional de un sujeto; y, pese a que no son observables, estos son auténticos hechos, es decir, pueden ser comprobados a través de juicios descriptivos. En específico, estos hechos psicológicos denotan los motivos, intenciones o finalidades de la conducta realizada por la persona; o, que ésta tiene conocimiento de una circunstancia objetiva. Además, tienen suma relevancia en la sentencia

³¹⁶ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2016, págs. 385-412); y, respecto de la tesis del materialismo no reduccionista adoptada, en John R. SEARLE (2008, págs. 121-155).

³¹⁷ Véase en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2013b, págs. 25-42; 2018, págs. 43-72); y, respecto de un problema más amplio, en relación a los fundamentos de la neuroética y la responsabilidad moral, en Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2017).

penal; puesto que, en tanto no existe delito sin culpa o dolo, la dimensión interna o subjetiva del hecho ha de ser siempre constatada como enunciado de hecho probado para que la conducta enjuiciada pueda ser subsumida en el tipo penal.

Entonces, el supuesto fáctico legal es el que otorga relevancia al género de hechos psicológicos cuya comprobación ha de hacerse mediante una serie pautas de interpretación descriptiva de la conducta humana. En este sentido, el conocimiento de este tipo de hechos es siempre indirecto, esto es, son inferidos o descubiertos a partir de otros hechos externos³¹⁸; por lo que, en comparación con este último tipo de hechos, existe un grado de mayor dificultad para tenerlos por probados, lo cual no quiere decir que ello no sea posible o sea necesario hacerlo.

Por ejemplo, en un delito de homicidio, es razonable pensar que *A* provocó intencionadamente la muerte de *B* porque le asestó varias puñaladas en el corazón; o, porque le mató después de haberle amenazado de muerte en repetidas ocasiones y de haber preparado un plan metódico y preciso. De manera similar, en un delito de receptación, existen razones para concluir que el acusado conocía el origen ilícito de la mercancía que compraba si resulta probado que preguntó al vendedor sobre su origen; y, éste le contestase que era mejor que no supiera de donde provenía.

En esta línea, sostener que la averiguación de los hechos psicológicos se realiza mediante juicios de valor implica una mistificación sobre los mismos; pues, el conocimiento de este tipo de hechos es tan indirecto como el de la mayor parte de los hechos externos, existiendo diferencia sólo en el grado de dificultad. En todo caso, el grado de certeza que es posible alcanzar sobre los hechos psicológicos se encuentra acorde con el modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos.

³¹⁸ En esta línea, se realiza una cita importante –específicamente, en Marina GASCÓN ABELLÁN (2010, pág. 71)–, de Jeremy BENTHAM, quien refiere que “el hecho psicológico, oculto en el interior del hombre, únicamente puede probarse por hechos físicos (...). Tratándose de un hurto, la intención de apoderarse de la cosa y de usarla, junto a la conciencia de no tener ningún derecho sobre la cosa tomada: he aquí dos hechos psicológicos que se prueban, sea por las manifestaciones del individuo, sea por sus precauciones para huir o para ocultar el objeto robado, etc.”.

En definitiva, los hechos psicológicos son estrictamente hechos y no valores (o juicios de valor); por lo tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos. A pesar de que, la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada en comparación con la de algunos hechos externos; pero, ello sí implica que se imponga con mayor fuerza la necesidad de una motivación que haga explícita las razones que justifiquen la decisión de dar por probado un enunciado sobre un hecho psicológico como la intención.

Por lo tanto, no se acepta la opinión matizada de que sí es necesario determinar los hechos psicológicos relevantes, pero lo que se descubriría no son estos en sí mismos; sino que, sólo se comprueban los indicios que son sustituidos por la aceptación del hecho psicológico³¹⁹. Debido a que, nuevamente, los hechos psicológicos son auténticos hechos; por lo que, los enunciados que los describen pueden ser comprobados a través de la determinación de su verdad o falsedad, no siendo necesario recurrir a la mencionada posición.

1.3. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

Perfecto Andrés Ibáñez es magistrado emérito en la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de España, ha escrito el artículo de investigación titulado “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” (1992)³²⁰, en el cual ha realizado un estudio sobre la motivación en la *quaestio facti*; lo cual, ha incluido un análisis sobre la relevancia de la motivación de los denominados hechos internos o psicológicos en la sentencia penal.

Se parte de la crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que sostenía que la determinación de los hechos psicológicos, en la sentencia penal, se realiza mediante juicios de valor; con lo cual, su incorrección podría observarse a través de un recurso de casación. Ello es erróneo, puesto que aspectos como la determinación del carácter

³¹⁹ En esta línea, por ejemplo, Michele TARUFFO (2011, págs. 159-165).

³²⁰ Este trabajo se enmarca en una línea de investigación del autor sobre la teoría de la prueba, en este sentido, véanse los artículos reunidos en Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (2005).

intencional o no de la acción de una persona, de acuerdo con criterios epistemológicos, no difiere en su cognoscibilidad de la de los hechos externos; por lo que, los enunciados que tengan como referencia, por ejemplo, a la dimensión intencional de la persona deben ser objeto de prueba.

Tratar de permitir la sede casacional para estos problemas, a fin de (en apariencia) reforzar las garantías del enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico; en tanto que, la concepción que identifica a los hechos psicológicos como valoraciones niega la existencia, como tal, de una dimensión central de la conducta humana, como la es de la intencionalidad de la persona; y, también, la posibilidad de acceder a un conocimiento racional de la misma. Es decir, según la tesis criticada, el único aspecto del comportamiento del cual podría predicarse la existencia o inexistencia real y, por tanto, ser susceptible de recibir el calificativo de fáctico, sería el integrado por los actos externos, perceptibles por los sentidos.

Sólo la dimensión externa del comportamiento podría ser objeto de proposiciones asertivas, es decir, aquéllas de las que cabe afirmar verdad o falsedad; porque, sus referentes serían los únicos con posibilidades objetivas de tener o no tener existencia real. Por el contrario, la determinación del carácter intencional o no intencional de la acción humana o del elemento subjetivo del delito, resultaría desplazado al ámbito del discurso sobre los juicios de valor, esto es, en base a proposiciones carentes de referente empírico.

En efecto, los juicios de valor se expresan en lenguaje preceptivo y no descriptivo, mediante enunciados que no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no corresponden a ningún hecho o circunstancia susceptible de verificación. Por lo que, la consecuencia de la equivalencia criticada sería que las proposiciones sobre hechos psicológicos no tengan contenido informativo que pueda ser susceptible de prueba, refutación o contrastación empírica; en sentido contrario, simplemente tendrían contenido valorativo.

Sin embargo, teniendo en cuenta el modo de operar de los juicios de valor³²¹, estos difieren de poder hacer referencia a hechos psicológicos; puesto que, mediante los primeros el hablante sólo transmite una evaluación valorativa (de bueno o malo, por ejemplo) sobre una conducta, lo cual no dice nada sobre si ésta fue intencional o no, o si se realizó con la presencia de algún elemento interno. Es decir, mediante juicios de valor no se puede determinar, por ejemplo, que una persona haya tenido una intención al realizar una acción.

Por último, en el plano epistemológico, no puede sostenerse una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia física de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer la dimensión intencional del mismo; es decir, lo externo y lo interno, de un determinado comportamiento, son cognoscibles de la misma manera. Esto, a pesar de que el conocimiento de los hechos psicológicos pueda suponer un mayor grado de dificultad; en tanto que, si bien su determinación demanda mayor cuidado en el análisis y en la motivación del razonamiento probatorio, ella no implica una distinta naturaleza de la actividad cognoscitiva.

1.4. Herbert L. A. HART

Herbert Lionel Adolphus Hart (†) fue el primer catedrático de *Jurisprudence* de la Universidad de Oxford, Reino Unido, siendo reconocido como el filósofo del derecho más importante del siglo XX y como autor de uno de los libros más importantes para esta rama académica: “El concepto de derecho” (2009); pero, también realizó importantes contribuciones en ámbitos más específicos, como en la filosofía del derecho penal, y respecto del problema de la atribución de intenciones a las conductas de las personas que son relevantes para el derecho.

³²¹ Al respecto, se realiza una cita importante – específicamente en Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (1992, págs. 268-269)–, de Alfred AYER, quien sostiene que “[al valorar una acción] no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Sólo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese ‘Usted robó ese dinero’, con un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiendo determinados signos de exclamación. El tono de los signos de exclamación no añade nada a la significación literal de la oración. Sólo sirven para demostrar que la expresión está acompañada de ciertos sentimientos del que habla”.

En un primer momento, publicó el trabajo titulado “*The ascription of responsibility and rights*” (1949), en donde defendía una posición adscriptivista de las intenciones en la conducta³²²; es decir, sostenía que si bien en algunos delitos se requiere de la determinación de una intención específica, ello no exige la prueba de los mismos, sino que el cumplimiento de una serie de criterios que permiten adscribir o imputar el “elemento mental”. Entonces, utilizaba un sentido fuerte de atribución, según la cual no se descubre cuál fue la intención que se tuvo para la conducta, sino que se decide cuál es ésta³²³.

Sin embargo, en el marco de la recopilación de sus trabajos sobre filosofía del derecho penal, Herbert L. A. HART (2008a, pág. V), explícitamente rechazó la posición antes defendida, al considerar que las críticas hacia ésta se encontraban justificadas³²⁴. Es decir, se rechaza la concepción de que, para la atribución de responsabilidad por una acción, en todos los casos, sólo sería necesario seguir las reglas o convenciones sales que permiten imputar su realización, en contravención de las normas penales.

Bajo una nueva concepción, publicó el artículo denominado “*Intention and punishment*” (2008b), en el cual se planteó la interrogante sobre porqué algunos delitos se definen a través de la inclusión de estados mentales y porqué estos son más severamente castigados que otros delitos. En específico, en el caso de la intención, que es uno de los principales determinantes de la responsabilidad por las acciones y de la severidad de la punición por éstas. Si bien no todos los delitos requieren una intención específica, puesto que pueden ser cometidos con otros tipos de elementos subjetivos o *mens rea*; ésta si es necesaria en varios delitos graves como el asesinato, por lo que no puede haber dudas sobre la relevancia de la intención para la atribución de la responsabilidad.

Pero, la intención no sólo es relevante para determinar si una persona puede ser responsable por la comisión de un delito (determinar

³²² En similar sentido, también, en Stuart HAMPSHIRE & Herbert L. A. HART (1958, págs. 1-12).

³²³ Esta línea de pensamiento continuó siendo desarrollada por Joel FEINBERG (1970).

³²⁴ Principalmente, las críticas realizadas por Peter T. GEACH (1960, págs. 221-225), y George PITCHER (1960, págs. 226-235).

si lo ha cometido); sino que, también resulta necesaria para establecer qué tan severa puede ser la punición contra la persona que es encontrada responsable. Entonces, la intención es necesaria y relevante, al menos, en estos dos sentidos; pero, cuando los juristas hablan sobre ésta no siempre se refieren a lo mismo o a lo que ordinariamente se entiende con ello.

Para esclarecer ello, se divide la noción de intención en tres partes: “hacer algo intencionalmente”, “hacer algo con una intención ulterior”, y “simple intención” (sin necesidad de hacer algo). La primera es relativa, por ejemplo, a la pregunta sobre si una persona realizó una acción de manera accidental o intencionalmente; la segunda, se encuentra en relación con la averiguación de intenciones específicas, como la de matar en el delito de asesinato; pero, la tercera, al no implicar el hacer algo con una intención no tiene relevancia para el derecho penal, aunque puede que sí para algunos casos de derecho civil³²⁵.

En el primero de los casos, por otro lado, el derecho no requerirá que la persona haya realizado la acción con la intención de lograr el resultado, sino que simplemente haya previsto las consecuencias como posibles; pues, con ello, basta para decir que realizó la conducta intencionalmente. Pero, en otros casos, sí se requerirá la realización de la acción mediante una intención directa, distinta de una intención oblicua; es decir, será necesario que exista una relación conceptual entre acción y resultado, y no simplemente una previsibilidad de las consecuencias.

Sin embargo, tanto en los casos de intención directa como en los de intención oblicua, existe un factor central que las asemeja en relación con la determinación de responsabilidad por las acciones que les incluyen; esto es, que la persona ha tenido control sobre el resultado o las consecuencias que ha provocado su conducta. Por ejemplo, un asesino (responsable del delito de *murder*), ha tenido la decisión y el control sobre la muerte o la vida de la víctima; su acción es la que ha determinado su destino.

³²⁵ En esta línea, también, en Carlos Santiago NINO (1987, págs. 68-72).

De esta manera, en ciertos casos, será necesario que se demuestre que un acusado actuó procurando lograr un resultado (intención directa); por ejemplo, en el delito de ayuda al enemigo en guerra, en el caso *R v. Steane* [1947], a fin de cumplir con el requerimiento de una intención específica en texto del estatuto, fue necesario que se determinará que el acusado hizo una transmisión al enemigo, en tiempos de guerra, para ayudarlo y no solamente previendo o conociendo que ésta le ayudaría.

Por último, se explica que los casos sobre intenciones específicas sean más severamente punibles, bajo una teoría preventiva de la pena, en tanto que implican un mayor daño o aseguramiento (y no simple conocimiento), sobre el daño que se causará; sin embargo, debe observarse que existirían problemas entre la distinción entre intención directa e intención oblicua, en relación con una mayor punición de la primera, en tanto que puede deberse sólo a un reproche por un propósito malvado y no por una justificación preventiva de la pena.

1.5. Gabriel PÉREZ BARBERÁ

Gabriel Pérez Barberá es catedrático de derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina, y fiscal general ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico del Ministerio Público Fiscal de Argentina; él ha escrito el libro titulado “El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental” (2011), el cual es una versión modificada de la investigación contenida en su tesis doctoral titulada “El dolo eventual. El estado de la cuestión en la dogmática penal alemana. Una propuesta conceptual válida para el derecho penal argentino”.

En estos trabajos se sostiene que el dolo como, elemento de la imputación subjetiva, no es voluntad ni es conocimiento; y, de similar manera, la imprudencia no es ausencia de voluntad ni es ausencia de conocimiento. En realidad, el dolo no forma parte del mundo fáctico, sino que del mundo normativo; por lo que, el dolo no es un hecho psicológico ni de ninguna otra índole. Por lo tanto, el elemento subjetivo dolo

subsume hechos, pero no se subsume en algún otro elemento de un tipo penal; por el contrario, éste sí subsume, entre otros, a determinados hechos psíquicos como conocimientos, creencias, representaciones, intenciones, etc.

Entonces, las personas no tienen dolo; sino que, actúan con conocimientos, creencias, representaciones e intenciones, hechos que pueden ser subsumidos como parte del dolo o de la imputación subjetiva. En esta línea, el dolo es una propiedad que caracteriza a casos, no a personas; y, en particular, a casos genéricos. No es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque su función consiste en que una conducta penalmente relevante se enjuicie como más o menos disvaliosa; en tanto que, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos.

En cambio, los estados mentales sí son hechos disposicionales comprobables empíricamente, a través de una metodología operacional. En consecuencia, en el proceso penal, los hechos psicológicos deben ser constatados y no atribuidos al acusado. Pero, no es el dolo lo que se prueba en el proceso; sino que, justamente, son los datos psíquicos y físicos los que resultan relevantes, de acuerdo con el derecho penal, para ser materia de prueba.

En este sentido, el resultado central consiste en la normativización de los elementos subjetivos del delito y, en especial, del dolo; en el sentido de que se abandona cualquier equivalencia de estos con estados mentales del sujeto, sin embargo, ello no quiere decir que los hechos psicológicos como la intención nunca sean relevantes para la imputación subjetiva. Por el contrario, en algunos delitos, será relevante y necesaria la determinación de un estado mental como dato empírico que realiza el elemento subjetivo de dolo en la conducta.

Por tanto, partiendo de un diálogo teórico entre la teoría social de sistemas y la filosofía de la mente, es necesario aceptar que existe lo mental o lo psíquico (sistemas psíquicos); en este marco, estado mental es toda operación singular que es llevada a cabo por un sistema psíquico, que existe y es parte del mundo. Si esto es así, los estados mentales

como la intención, cuando son relevantes para el derecho penal o el caso en concreto, deben ser objeto de prueba empírica en el proceso penal; en específico, a través de la prueba indirecta o prueba por indicios.

En consecuencia, la intención y los demás estados mentales son parte de la base empírica necesaria para realizar una adecuada imputación subjetiva de la conducta en los delitos; especialmente, en la imputación a título de dolo. Como resultado, por ejemplo, se tiene que es posible negar el dolo aun cuando haya una intención de realizar un peligro con una acción; en tanto que, lo decisivo al final siempre será la presencia o ausencia de racionalidad en la determinación de la conducta, y el análisis de subsunción del estado mental en el tipo subjetivo del delito.

2. Autores en contra de la necesidad de la prueba de la intención

2.1. Joachim HRUSCHKA

Joachim Hruschka (†) fue catedrático de derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho en la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Núremberg, Alemania; habiendo realizado, en el ámbito académico, valiosos aportes a la teoría de la imputación, la doctrina kantiana del derecho y la parte general del derecho penal. En relación con el tema del presente trabajo investigación, ha escrito el artículo titulado “Sobre la difícil prueba del dolo” (2009a), en el cual ha defendido que el dolo no es objeto de prueba en un proceso penal, sino que sólo es una cuestión de imputación.

De acuerdo con ello, se debe abandonar la idea de que el dolo es un hecho o un conjunto de hechos, para poder dar cuenta de que este no es objeto de prueba; puesto que, en realidad, lo espiritual no se prueba o se descubre. En general, no es posible probar los hechos “internos”, sólo es posible probar los hechos “externos”; por lo tanto, el dolo se imputa y cuando ello se hace, se está adscribiendo el dolo al sujeto que ha realizado la conducta delictiva y no se está describiendo algún aspecto de la realidad.

En esta línea, no sólo el dolo no es un hecho, sino que tampoco lo son sus componentes singulares; es decir, los elementos volitivo o cognitivo que pueden ser parte del tipo subjetivo doloso, tampoco, son hechos, por lo que no deben ser considerados como materia de prueba. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la teoría cognitiva del dolo, la cual sostiene que éste debe ser definido sólo en relación con el elemento cognitivo y no con el volitivo; puesto que, no tiene sentido darles igualdad de rango a ambos elementos, siendo el cognitivo el determinante para el establecimiento de una conducta dolosa.

En todo caso, el problema sobre la determinación del dolo no se resuelve si el elemento volitivo o el cognitivo siguen siendo vistos como hechos; puesto que, si estos fueran hechos internos su prueba plena sólo podría alcanzarse con la confesión del autor. Por el contrario, la imputación del dolo puede operar como la presunción normativa de que, dada la comprobación de ciertos hechos externos, se presume que la conducta es dolosa.

Por otro lado, según ello, es dudosa la idea de que la prueba por indicios puede ser suficiente para determinar el dolo; debido a que, si lo importante es que se determinen ciertos indicios para la prueba del dolo, entonces, no se entiende cómo estas circunstancias externas podrían ser suficiente para probar un elemento del dolo, estaríamos ante simples indicios y no ante una prueba de ello. Por lo tanto, si el dolo fuera algo interno o espiritual no podría ser probado ni determinado, en el marco del proceso penal.

En consecuencia, la determinación del dolo sólo puede ser realizada mediante un juicio de imputación; el cual, en ningún sentido es algo arbitrario, puesto que ésta es la única posibilidad de determinar-imputar el dolo a partir de las circunstancias externas de la conducta. Es decir, a través de hechos que son perceptibles por los sentidos, y no mediante aspectos espirituales que no pueden encontrarse en el mundo de los hechos, es posible realizar la imputación del dolo en un proceso penal.

2.2. Ramón RAGUÉS I VALLÈS

Ramón Ragués I Vallès es catedrático de derecho penal en la Universitat Pompeu Fabra (UPF), Barcelona, España, ha escrito artículos y trabajos de investigación sobre la prueba del dolo en el proceso penal; de manera específica, publicó el libro titulado “El dolo y su prueba en el proceso penal” (1999), en base al contenido de su tesis doctoral; así como, los artículos titulados “Consideraciones sobre la prueba del dolo” (2004), y “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental” (2012).

De acuerdo con estos aportes, para poder desarrollar la prueba del dolo es necesario, primero, tener un concepto claro sobre éste; entonces, se le puede entender al dolo como el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, con lo cual se abandona la teoría de la voluntad sobre el tipo subjetivo. Entonces, lo que se prueba para la determinación del dolo son los conocimientos del acusado al momento de realizar la conducta delictiva; ésta es la prueba de hechos psicológicos que puede hacerse mediante la confesión del acusado o mediante la prueba indiciaria.

Sin embargo, para realizar este tipo de prueba, en realidad, es necesaria la aplicación de reglas de atribución (en sentido fuerte) o de adscripción de los conocimientos penalmente relevantes de acuerdo con la imputación subjetiva. Puesto que, la aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto, por delito doloso, cuando se averiguan o descubren determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de la realización del comportamiento objetivamente típico; en tanto no existen los medios adecuados para ello, hace imposible cualquier condena por delito doloso.

En este sentido, no es posible garantizar que los resultados que se obtengan de las ciencias empíricas, la confesión del acusado o la prueba de indicios, vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad psíquica del sujeto activo que comete la conducta delictiva. Es decir, los métodos de determinación de los hechos psicológicos no son lo suficientemente seguros o no se encuentran en la posibilidad de probar

cuál fue el estado mental real que el sujeto tuvo al momento de la comisión de su conducta.

Además, según la perspectiva tradicional, el empleo de estos medios probatorios sólo sirve para acreditar un hecho cuando, como resultado de la valoración probatoria, se provoca en el juez de manera personal la *íntima convicción* de que tal hecho ha sucedido realmente; sin embargo, ello aplicado a la prueba de los hechos psicológicos como la intención o el conocimiento, vuelve en excesivo subjetiva y arbitraria su determinación en un proceso penal.

De esta manera, la solución consiste en hacer depender, la determinación del conocimiento requerido por el dolo, del significado social de la conducta y de las circunstancias externas que acompañan a ésta; es decir, la aplicación de criterios de atribución del dolo, que presenta notables ventajas en la posibilidad de imputar responsabilidad a una persona por la comisión de un delito doloso, es el método idóneo para su determinación normativa.

En consecuencia, en sentido estricto, existe dolo cuando a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias externas que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyendo a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal; es decir, cuando es posible atribuir a una persona correctamente un determinado grado de conocimiento en la comisión de una conducta preestablecida como delito³²⁶.

2.3. Günther JAKOBS

Günther Jakobs fue catedrático de derecho penal y de filosofía del derecho en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Alemania (actualmente retirado), siendo uno de los penalistas mejor reconocidos de la segunda mitad del siglo XX, al haber elaborado un sistema dogmático del delito que implica un nuevo paso en la evolución de la

³²⁶ Véase una aplicación primigenia de estas ideas en los comentarios a una jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en Ramón RAGUÉS I VÁLLES (1996, págs. 795-823).

ciencia del derecho penal³²⁷; en esta línea, ha publicado varios trabajos sobre la determinación y la relevancia del ámbito subjetivo del hecho punible para su teoría del delito, por ejemplo, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos” (1997b), y “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal” (1989).

Inclusive, ha tratado críticamente la visión psicologista del tipo subjetivo del delito, en su “Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación” (1995, págs. 375-377). De esta manera, parte de la idea de que el lado subjetivo del hecho (delictivo) siempre tiene la función de servir a los fines preventivos generales de la pena; es decir, al mantenimiento de la vigencia de la norma penal. Entonces, para la vigencia fáctica de la norma sólo es relevante el conocimiento y no los aspectos volitivos de la conducta; en este sentido, lo que hace más grave al dolo en comparación con la imprudencia es, justamente, el conocimiento de todos los elementos o circunstancias externas relevantes del comportamiento.

Por el contrario, para esta determinación, la voluntad (o la intención) es irrelevante. El fundamento de la distinción entre imputación dolosa e imputación imprudente reside en el diferente tratamiento de los defectos cognitivos y los defectos volitivos en el derecho penal; en tanto que, estos últimos, no eximen de responsabilidad penal porque el derecho no puede probar que se exija el querer motivarse por la norma (no es relevante), pero los defectos cognitivos sí la eximen porque es necesario determinar una base cognitiva correcta para la conducta dolosa.

Entonces, la imputación imprudente radica en un defecto cognitivo evitable, mientras que la imputación dolosa consiste en la realización de una conducta sin defectos cognitivos. Ahora bien, los conceptos jurídicos de dolo e imprudencia son construidos normativamente, sin realmente ser necesario recurrir a la determinación de hechos psicológicos o espirituales; en esta línea, el derecho penal no atiende o no tiene como

³²⁷ Sobre este sistema dogmático, el funcionalismo como teoría normativista del derecho penal, véase lo expuesto en el marco teórico del presente trabajo.

referencia a toda la realidad psicológica; sino que, a lo mucho, extrae pequeños fragmentos o elementos singulares, de acuerdo con los principios y reglas del derecho.

En consecuencia, el concepto normativo de dolo orientado a la valoración social de la conducta no se basa en la interpretación de la realidad psicológica ocurrida; por el contrario, prescindiendo de todo tipo de psicología esotérica, la determinación del dolo se centra en la subjetivación o individualización del rol social de la persona (en tanto nos encontramos en una sociedad en la cual un sujeto puede tener diversos roles), de acuerdo con criterios objetivos.

Por último, si bien el derecho penal tiene en cuenta a los hechos psicológicos (sólo selectivamente), no tienen relevancia en su contexto individual; sino que, estos son interpretados de acuerdo con un contexto social y jurídico, determinado. Esto se muestra, por ejemplo, en que conductas con mismos motivos o hechos psicológicos puedan ser valoradas positiva o negativamente por el derecho penal; dependiendo, en concreto, de los criterios de imputación objetiva y subjetiva de la conducta.

2.4. José Carlos PORCIÚNCULA

José Carlos Porciúncula es socio fundador del estudio Porciúncula Advocacia & Consultoria Jurídica y doctor en derecho penal por la Universitat de Barcelona; ha publicado el contenido de la investigación de su tesis doctoral en el libro titulado “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno” (2014), en el cual ha realizado un importante estudio sobre el papel de lo subjetivo y de lo objetivo en el concepto de delito. En esta línea, ha desarrollado una reconceptualización de los elementos subjetivos del delito en el marco de una postura materialista en filosofía de la mente.

En esta línea, sostiene que la concepción de los elementos subjetivos como procesos internos, elementos mentales o hechos psicológicos no ofrece la idea correcta del uso de los términos y los verbos psicológicos. En realidad, los elementos subjetivos no han de ser

vistos como cosas que ocurren en el fondo del alma, como aspectos espirituales del ser, sino como momentos de la acción. Una necesaria precisión gramatical muestra el error de considerar que los elementos subjetivos deben ser inferidos, a través de la constatación de circunstancias externas o de la conducta del individuo, dado su supuesto carácter inobservable.

Puesto que, si los procesos internos necesitan de criterios externos; entonces, no hay que tomar lo externo como una fachada tras la cual las fuerzas mentales se encuentran o trabajan³²⁸. Lo externo debe ser comprendido como un criterio de lo interno; es decir, el criterio para la atribución de elementos subjetivos es el comportamiento humano en el flujo de la vida. Por lo tanto, no se deben averiguar o comprobar empíricamente estos elementos subjetivos, como hechos psicológicos, pues se estaría buscando al fantasma inexistente de una máquina³²⁹.

Por el contrario, los elementos subjetivos deben ser entendidos como partes o componentes del sentido exteriorizado de la conducta; por lo que, la exteriorización de lo interno rompe con la división del mundo exterior con el ámbito interno de la persona, dando paso a la intersubjetividad de la conducta. En contraparte, la división entre tipo objetivo (mundo externo), y tipo subjetivo (ámbito interno), no puede seguir siendo mantenida.

En otras palabras, los elementos subjetivos del delito pasan a ser entendidos como componentes de un sujeto y su conducta exteriorizados; y, la subjetividad pasa a encontrarse en el marco de la intersubjetividad. Por lo tanto, la referida división del tipo es desplazada por una versión unificada del tipo penal, esto es, resulta necesario adoptar la construcción del tipo intersubjetivo³³⁰. Esto tiene como consecuencia que, en el caso del dolo, su imputación se realice en función del contexto social constitutivo del significado de la acción; es decir, de manera adscriptiva o mediante una atribución en sentido fuerte.

³²⁸ En esta línea, se sigue a Ludwig WITTGENSTEIN (2014, págs. 347-381).

³²⁹ Esta idea es tomada de la crítica al dualismo cartesiano realizada por Gilbert RYLE (2005, págs. 25-37).

³³⁰ Una propuesta similar, en Santiago MIR PUIG (1988, págs. 661-684).

En esta línea, el dolo siempre se encuentra *en* la acción; y, es necesario utilizar las reglas sociales y las convenciones, derivadas de la relación gramatical existente entre lo externo como conjunto de criterios de lo interno, para poder determinar el dolo en un caso concreto. Lo que importa, entonces, es el significado social de la acción y no la presencia de, por ejemplo, una intención previa específica como hecho psicológico distinto y autónomo de la conducta. Simplemente, porque la autonomía de lo interno en referencia a lo externo no existe.

2.5. José Antonio CARO JOHN

José Antonio Caro John es catedrático de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y doctor en derecho por la Universidad de Bonn, Alemania; ha escrito los artículos titulados “La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo” (2012), e “Imputación subjetiva” (2006). En los cuales, en el marco de una concepción normativista del derecho, sostiene que la relevancia penal de lo subjetivo parte de una visión que va desde lo externo hacia lo interno. Primero, lo externo se configura por el significado social perturbador de la conducta específica; y, segundo, lo interno se constituye como el sentido normativo que se atribuye a la conducta como conocimiento.

En este sentido, el conocimiento jurídico-penalmente relevante para la imputación subjetiva a título de dolo no se descubre ni se averigua, como si fuera un hecho psicológico; sino que, se imputa en atención a las circunstancias personales y al contexto externo del concreto escenario en el cual se ha realizado la acción. Puesto que, lo único que debe ser determinado es el conocimiento necesario para tener la capacidad de evitar la defraudación a las expectativas sociales penalmente respaldadas.

Este conocimiento no es aquel que efectivamente ha tenido el sujeto, teniendo en cuenta la normativización del dolo, lo que se imputa es el conocimiento que el sujeto debía tener o el que se espera que tenga, de acuerdo con el contexto social específico y las circunstancias externas relevantes. Por el contrario, la imputación a título de dolo no necesita de

un elemento volitivo; puesto que, es inadecuado hablar de la voluntad de realizar o crear riesgos no permitidos, cuando el criterio de imputación subjetiva ya sostiene el deber de evitarlos o neutralizarlos.

En consecuencia, adoptando una teoría del dolo cognitivo, éste es sólo el conocimiento sobre la existencia del riesgo típico, lo que debió haber sido evitado por el autor. La forma de como determinar o imputar este conocimiento no es entenderle como un estado mental del sujeto; sino que, como ya se dijo, a través de las reglas y criterios sociales de la conducta. Además de este rechazo a la visión psicológica de los elementos subjetivos del delito, debe tenerse en cuenta que existen evidentes dificultades para la demostración de un conocimiento psicológico en la mente del autor.

Principalmente, porque ello depende de la confesión autoinculpatoria; la cual, se convertiría en la prueba por excelencia para la existencia de dolo, pues sólo el autor sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Aunque, por otro lado, también se utiliza la prueba de indicios; la cual, implica la aplicación de determinadas máximas de la experiencia a hechos indiciarios y objetivos previamente probados, para poder inferir la existencia del dato psicológico.

Sin embargo, el recurso a estos dos criterios, desde una visión psicologista del tipo subjetivo, sólo tiene utilidad cuando el resultado de la valoración probatoria produce, en el juez, la *íntima convicción* de que el suceso mental ha acontecido realmente. Es decir, sólo sirven para dar contenido o sustento a la íntima convicción judicial acerca de cómo se desarrolló el suceso; pero, ello resulta insuficiente y arbitrario para la determinación del dolo, pues depende del convencimiento subjetivo del juez. Por lo tanto, el dolo debe ser determinado a través de criterios objetivos de atribución (en sentido fuerte), dotando a la decisión sobre la imputación subjetiva de racionalidad y seguridad; no pudiendo, entonces, los datos psicológicos ser relevantes para la imputación.

3. Análisis y discusión de las posiciones doctrinarias sobre la necesidad de probar la intención

En primer lugar, es posible destacar la limitada existencia de comunicación entre las ideas defendidas por los diez autores seleccionados en el presente epígrafe; en el sentido de que la mayoría de los autores sí tiene en cuenta las ideas y los criterios que también se encuentran en el trasfondo de las posiciones de los otros, pero sólo respecto de la relevancia de las teorías en filosofía del lenguaje que tratan el tema del significado social de la acción, tendientes a concordar con una posición materialista y reduccionista en filosofía de la mente.

La mayoría de las posiciones en contra de la necesidad de probar la intención no toman en cuenta los avances en la teoría racionalista de la prueba, en relación con un modelo cognoscitivista del conocimiento judicial de los hechos; y, similarmente, las posiciones en favor de la necesidad de probar la intención, normalmente, no toman en cuenta las delimitaciones sobre la definición del dolo y los elementos subjetivos del delito en una teoría normativista del derecho penal.

De esta manera, las posturas analizadas no pueden reconstruirse teniendo en cuenta las críticas específicas que se realizan sobre las ideas que se presumen correctas en el marco de otras posiciones. A pesar de esto, del análisis realizado es posible establecer que los argumentos en contra de la necesidad de probar la intención son adecuadamente rechazados por las posiciones a favor de ello; esto, principalmente, se demuestra a través de estudios específicos como los realizados por Daniel GONZÁLEZ LAGIER, en los cuales se critican los principales argumentos que pueden ser encontrados en las posiciones en contra de la necesidad de probar la intención.

Entonces, corresponde realizar el análisis explicando porqué y en qué sentido el rechazo de la negativa a la prueba de la intención es exitosa; para, luego, dar cuenta qué ideas o teorías no son tomadas en cuenta a fin de delimitar y reconstruir mejor la postura a favor de la necesidad de probar dicho estado mental. De esta manera, los argumentos ontológicos en contra de la necesidad de probar la intención, que refieren a la inexistencia de lo mental, no logran contrarrestar la noción intuitiva de que lo interno o lo mental

existe; puesto que, si bien es necesario rechazar las posiciones dualistas que sostienen la división del mundo en dos sustancias no es sostenible, ello no conlleva necesariamente a la inexistencia de los hechos psicológicos.

El abandono del dualismo en filosofía de la mente no conlleva, necesariamente, a un materialismo reduccionista o eliminacionista; por el contrario, **es más plausible sostener una posición materialista no reduccionista, según el cual no existan dos sustancias o realidades, sino que dentro de un sólo plano fáctico puedan encontrarse hechos con aspectos interno y externo, esto es, fenómenos físicos-mentales.**

Por ejemplo, no es posible negar estados mentales como el dolor, cuando intuitivamente sabemos que éste existe si nos golpeamos con algo; en realidad, de los estados cerebrales emergerán los estados mentales que compartirán un mismo hecho con doble aspecto; es decir, existirán tanto fenómenos neuronales como fenómenos mentales que consisten en el hecho de sentir dolor. De similar manera, la realización de acciones por parte de las personas, no sólo tienen un ámbito externo, sino que también se realiza mediante estados mentales o hechos internos de la persona.

Entonces, **la intención es un hecho y ello no puede ser tergiversado o cambiado por una construcción jurídica o social; porque, al igual que los hechos externos, los hechos psicológicos son objetivos.** No debe confundirse que los hechos psicológicos sean relativos al sujeto, porque su modo de existencia es dependiente de éste (la conciencia está en el cerebro de una persona), con que estos sean objetivos en su forma de ser constatados; puesto que, su naturaleza no es distinta a la de otra forma de la materia, sino que, a lo mucho, tiene propiedades distintas.

Esto, también, conlleva al rechazo de los argumentos epistemológicos en contra de la prueba de la intención; porque, si la intención y los demás estados mentales son hechos propiamente dichos, entonces, pueden ser descubiertos a través del conocimiento racional. Respecto a la presuposición de que los hechos psicológicos no pueden ser probados en el proceso penal, la falta de comunicación entre la teoría de la prueba y la teoría del delito es notable; pues, en concreto, se rechaza la necesidad de probar la intención debido a que la prueba indiciaria es insuficiente en el proceso penal o porque

el juez declara probado un enunciado de hecho cuando alcanza una íntima convicción no segura en el ámbito penal.

La teoría de la prueba, por el contrario, ha rechazado estas dos últimas posiciones; y, en cambio, sostiene que el juez declara probados los enunciados de hecho, en un proceso penal, cuando alcanza un estándar de prueba objetivo y no a través de una íntima convicción, sino que a través de la libre valoración racional de la prueba. De igual manera, se rechaza la infravaloración de la prueba indiciaria o de la prueba indirecta; puesto que, ésta no tiene distinta naturaleza que la prueba directa, ambos son tipos de conocimiento inductivo, existiendo una diferencia sólo cuantitativa en el procedimiento o el razonamiento probatorio³³¹.

Es decir, el conocimiento de los hechos psicológicos como la intención, a través de la prueba indiciaria, es capaz de alcanzar el estándar de prueba penal, porque el conocimiento judicial de los hechos es siempre inductivo y ello es válido para el conocimiento de los hechos en cualquier tipo de investigación empírica. Resulta dudoso, por otro lado, que se pueda tener acceso al ámbito interno de otras personas; sin embargo, si no se acepta que podemos conocer los estados mentales de otros, entonces, no podríamos ni siquiera entablar una conversación, puesto que la comprensión de los actos de habla (por ejemplo), requiere de identificación de intenciones.

En realidad, es totalmente común que identifiquemos y hablemos sobre estados mentales de otras personas; con lo cual, la presunción de que por el simple hecho de que la intención se encuentra en la mente de otra persona, es imposible conocerla, se derrumba. En efecto, llevando la tesis del materialismo no reduccionista al terreno del conocimiento empírico de los hechos psicológicos, se sigue que estos no sólo existen de forma objetiva, sino que su cognoscibilidad también lo es; por lo tanto, **es posible predicar verdad o falsedad de los enunciados sobre intenciones u otros estados mentales.**

³³¹ Respecto de ello, se ha tratado con mayor amplitud en el marco teórico del presente trabajo.

Entonces, **los hechos psicológicos existen y es posible conocerlos a través de los métodos inductivos, con los cuales los operadores jurídicos y todas las personas cuentan.** A partir de ello, los argumentos ideológicos que niegan la necesidad de la prueba de la intención también son rechazables; en el sentido de que, afirmaciones que sostienen lo espiritual de lo interno o la irrelevancia de la intención porque no dice nada respecto de la conducta, no dan cuenta que ésta es utilizada para identificar acciones y para indicar clases de acciones que son realizadas con intenciones directas, por ejemplo.

En consecuencia, a pesar de que en las posiciones a favor de la necesidad de la prueba de la intención no se realiza una diferenciación tajante entre el dolo como elemento subjetivo normativizado y la intención como realidad fáctica interna al sujeto cognoscente, éstas sí logran establecer una defensa exitosa de la prueba de la intención. Es decir, dejando de lado que no se aborda el debate sobre qué es el dolo, lo que finalmente es relacionado sobre el debate de qué es lo que se prueba, se toma como objeto de prueba un enunciado de hecho referente a la intención del sujeto, de lo cual se parte de la necesidad de su prueba en el proceso penal.

Una excepción a esto último se encuentra en la posición específica de Gabriel PÉREZ BARBERÁ, quien sostiene una reformulación de la teoría del dolo, en base a una concepción normativista del derecho penal, inclusive, abandonando adecuadamente el concepto de dolo como estado mental. De esta manera, entonces, hace posible la distinción entre el elemento subjetivo normativizado y el estado mental como base fáctica para la imputación subjetiva; con lo cual, da cuenta que la prueba de la intención no es un requerimiento que aparece en todas las conductas imputadas a título de dolo, sino sólo en algunos casos dependiendo del tipo penal específico.

Por el contrario, **la regla general será que el dolo (básico) no requerirá la prueba de una intención;** y, sólo cuando el supuesto de hecho que es regulado en el tipo penal se identifica a través de una intención específica, que puede ser imputada como dolo directo o como elemento subjetivo-volitivo adicional al dolo, entonces, será necesario que se pruebe dicha intención para poder encontrar a esa persona responsable penalmente por la comisión

de tal conducta. Ello, claro está, de acuerdo con la aplicación del principio de legalidad, según el cual es necesario que el caso particular ejemplifique realmente el caso genérico de la norma, para poderla aplicar al caso en concreto.

Pero, además de ello, debe tenerse en cuenta que la necesidad de la prueba de la intención proviene, de manera más general, de las hipótesis que pueden plantearse en el proceso penal. En este sentido, por un lado, las hipótesis incriminatoria, negativa a la incriminatoria y alternativas, que pueden ser planteadas, son las que (en su pretensión de describir más adecuadamente la realidad), determinan si es posible la aplicación de un delito que requiera de la determinación de una intención específica; o, por otro lado, puede que estas hipótesis, por sí mismas, requieran la prueba de la intención al situar a este estado mental como el elemento diferenciador entre éstas y, por ello, con independencia del tipo penal específico, será necesaria dicha prueba.

En consecuencia, **la prueba de la intención será necesaria ante estos dos tipos de casos; los cuales, de acuerdo con el enfoque argumentativo de la prueba, pueden ser denominado casos difíciles, puesto que requerirán de un especial tratamiento en la motivación de la decisión sobre la premisa fáctica.** En definitiva, porque será necesario la realización de un razonamiento probatorio más exhaustivo que permita partir de la prueba indiciaria al descubrimiento del hecho psicológico.

Por último, sí resultan aceptables los cuestionamientos a una extensión innecesaria de la determinación de hechos psicológicos en el proceso penal; por ejemplo, los motivos al pertenecer a un ámbito muy interno e individual del sujeto, si se requiere su prueba, ello puede implicar llevar a la personalidad de la persona a juicio, lo cual se encuentra en contradicción con un derecho penal liberal. Este riesgo puede derivarse a estados mentales como la intención si no se logra establecer una justificación dentro del sistema de la justicia penal e, inclusive, desde un punto de vista externo, de porqué ésta resulta relevante para un mayor reproche penal; lo cual, sólo puede explicarse bajo términos objetivos, como el del mayor peligro que genera en relación con el no cumplimiento de los fines del derecho penal.

SUBCAPÍTULO IV

RAZONES JURÍDICAS QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE LA PRUEBA DE LA INTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Primera. - La separación entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas ante la necesidad de establecer, diferenciadamente, el objeto de prueba y el objeto de imputación.

La separación funcional entre *quaestrio iuris* y *quaestio facti* es un presupuesto esencial para la aplicación del derecho, especialmente, a través de la argumentación jurídica. Para entender ello, debe recordarse que el razonamiento jurídico se caracteriza por reconstruirse a través de un silogismo jurídico, el cual contiene una premisa normativa, una premisa fáctica, un nexo deductivo y una conclusión; y, para que el razonamiento sea válido interna y externamente, será necesario que las premisas del argumento estén correctamente justificadas, con lo cual, se podrá aceptar justificadamente la conclusión obtenida como solución jurídica. La forma en cómo llegar a las premisas justificadas y cómo ello se evalúa, entonces, difiere funcionalmente; esencialmente, porque en éstas se pueden encontrar pretensiones de corrección con fines distintos.

La argumentación en materia de hechos, a través de un razonamiento probatorio, tiene una pretensión epistemológica de verdad; es decir, la prueba de los enunciados de hecho que, luego, conformaran la premisa fáctica, tiene como finalidad que estos enunciados se adecuen aproximativamente a la realidad, en otras palabras, que pueda predicarse verdad sobre estos. En cambio, la argumentación en materia de normas y calificaciones jurídicas tiene una pretensión de validez valorativa; es decir, con las razones de la interpretación y la imputación normativa, se busca obtener la mejor respuesta correcta, en base a un sistema normativo de reglas y principios, con lo cual se pueda establecer la premisa normativa y, también, afirmar que el enunciado de hecho probado es un caso específico del caso genérico establecido en la norma.

Si esto se tiene en cuenta, en relación con los hechos psicológicos que son relevantes para el derecho procesal penal, entonces, se debe buscar la separación entre cuestiones fácticas (como la prueba de la intención) y

cuestiones normativas (como la imputación del dolo), rechazando cualquier práctica o teoría que implique reducir el razonamiento jurídico a, por ejemplo, una prueba del dolo. En este sentido, en un proceso penal, se deberá establecer como una cuestión normativa cuál es el tipo penal relevante y cuáles son los elementos subjetivos que deben imputarse a la conducta del autor; y, teniendo en cuenta ello, se podrá establecer cuál es la base fáctica (como conjunto de enunciados de hecho probados) para, luego, realizar la mencionada imputación.

Por lo tanto, la separación aquí aludida determina la necesidad de probar una intención que, luego, será valorada bajo una imputación subjetiva; puesto que, siempre se requerirá probar una intención si ésta es indicada como parte de la base fáctica que debe incluirse en el enunciado de hecho a probar o, mejor dicho, en la hipótesis materia de prueba. De igual manera, si la imputación de un elemento volitivo normativizado y la prueba de una intención son dos actividades argumentativas funcionalmente distintas, entonces, se justificada la necesidad de que, mediante un razonamiento probatorio, se tenga por probado el enunciado sobre el hecho de que el autor ha tenido la intención de hacer una acción y, con ello, lograr un resultado; con lo cual, en un momento posterior del contexto de justificación, esta hipótesis pueda ser subsumida en una norma penal a efectos de aplicar la consecuencia jurídica.

Segunda. - La implicancia del principio de legalidad en la determinación del objeto de prueba, a través del establecimiento de un supuesto de hecho subsumible en una disposición normativa, que requiere verificarse fácticamente para la aplicación válida de la norma contenida en ésta.

El principio de legalidad en materia de derecho penal sustantivo constituye una de las principales normas que estructuran la legislación y la jurisdicción de este subsistema jurídico. Este principio establece exigencias estrictas: para la regulación de supuestos de hecho o casos genéricos que serán estipulados como delitos; para la interpretación de las disposiciones normativas en las que se encuentran regulados los delitos; y, para la aplicación de las normas penales a casos particulares de acuerdo con los requerimientos para la configuración de los delitos. Sin embargo, además de ello, el principio de legalidad penal también tiene implicancias importantes en el ámbito procesal; puesto que, de las exigencias sobre qué elementos deben configurarse para la imputación del

delito, también se puede derivar el supuesto de hecho (con sus aspectos fácticos) que debe ser materia de prueba en el proceso penal.

Es decir, el principio de legalidad tiene la particularidad de establecer el objeto de prueba en el proceso penal, pues su cumplimiento exige que el caso particular materia de prueba realmente sea un ejemplo del caso genérico que es estipulado en la norma. De esta manera, no puede cumplirse con el principio de legalidad si el enunciado de hecho declarado probado no cuenta con las circunstancias o características fácticas relevantes que, justamente, le hacen ser uno de los casos a los que se refiere el supuesto de hecho; teniendo en cuenta, además, que para hacer válido el silogismo principal del razonamiento jurídico se debe contar con una premisa fáctica que, por un lado, como enunciado sobre hechos se encuentre probada y, por otro, que se encuentre bajo una correcta calificación jurídica.

Entonces, los problemas relativos a la premisa fáctica, en el marco de la argumentación jurídica, se dividen en problemas de calificación y en problemas de prueba. El principio de legalidad establece exigencias para estos dos ámbitos de la determinación de la premisa fáctica; en referencia al lado subjetivo del hecho en materia penal, los tipos penales incorporan elementos subjetivos que requieren tener una base fáctica a la cual se dirigirá la valoración normativa en términos de imputación subjetiva (un problema de calificación jurídica). Si, en un caso, la hipótesis probada no se encuentra conformada por el enunciado de hecho que constituirá tal base fáctica (problema de prueba), entonces, la aplicación de la norma penal a dicho caso incumplirá o vulnerará el principio de legalidad.

De esta manera, cuando los tipos penales hacen referencia a los elementos subjetivos del delito aludiendo a distintos estados mentales del sujeto al realizar una conducta, el cumplimiento del principio de legalidad implica que estos estados mentales deben ser probados como enunciados de hecho que conforman una hipótesis de incriminación. Para que, al tenerlos como enunciados fácticos aceptados o tratados como ciertos, sean valorados a fin de determinar si cumplen con los requerimientos normativos de la imputación subjetiva del delito en cuestión. Por el contrario, si un tipo penal requiere un estado mental determinado y éste no es materia de averiguación en el proceso penal, entonces, la subsunción normativa siempre será inválida.

En este sentido, legislativamente se han establecido tipos penales que requieren elementos subjetivos volitivos; por ejemplo, tipos penales que sólo pueden ser cometidos con dolo directo o que exigen la configuración de un elemento volitivo adicional al dolo. La norma penal que los constituye no puede aplicarse a un caso concreto, sin vulnerar el principio de legalidad, si no se prueba la referencia fáctica de estos elementos volitivos normativizados; y, justamente, esta base fáctica (parte del supuesto de hecho o caso genérico), viene constituida por intenciones que estructuran la acción humana como un hecho que sucede en el mundo.

En consecuencia, el cumplimiento del principio de legalidad implica que la prueba de la intención sea necesaria en todos aquellos casos en los que el tipo penal hace referencia a elementos volitivos y, de manera más estricta, a intenciones específicas como estados mentales presentes en una conducta como hecho; por lo tanto, no en todos los casos donde el delito deba ser imputado a título de dolo se requiere la prueba de la intención, sino que sólo cuando se regule un elemento volitivo que tienda a agravar la conducta por estar dirigida directamente contra la lesión del bien jurídico (resultado típico)

Tercera. - La aplicación adecuada del principio de culpabilidad por el hecho como límite en la determinación de los hechos internos relevantes para la imputación de la responsabilidad por una conducta efectivamente realizada; que, a su vez, implica la exigencia de tal determinación para la individualización de la conducta como hecho.

En el marco del derecho penal influenciado por el liberalismo y el garantismo o, también, de su estructuración en un Estado Constitucional de Derecho, se sigue el requerimiento estricto de la observancia adecuada del principio de culpabilidad por el hecho o por el acto. En esta línea, dicho principio implica la proscripción de la criminalización del ámbito interno de las personas; en otras palabras, prohíbe que los delitos versen sobre la punición de pensamientos, ideas, sentimientos, etc. de los ciudadanos, a fin de resguardar su derecho fundamental a la libre determinación de la personalidad. Por ello, este principio también implica que la pena no puede dirigirse contra la personalidad del sujeto, ni justificarse por un defecto en la configuración de ésta.

De esto se sigue que, por regla general, los hechos psicológicos o internos no deben implicar un mayor reproche penal o la criminalización independiente de una conducta; sin embargo, la acción humana (como un suceso fáctico), tiene una estructura compleja que hace referencia a tres ámbitos: el causal, el intencional y el social. En esta línea, la acción humana, en principio, tiene entre sus elementos: una secuencia de movimientos corporales, un cambio en el mundo, una intención y el sentido o significado de la acción; por lo que, en muchos casos, para explicar e individualizar la acción será necesario identificar o determinar cuál es la intención de ésta.

Junto con ello, debe tenerse en cuenta que el lenguaje de la acción no puede reducirse a aspectos externos de la conducta; sino que, normalmente, éste alude a estados mentales con los cuales se realiza la conducta, para poder individualizarla o explicarla. En efecto, tanto en el lenguaje ordinario como en el lenguaje técnico-jurídico, cuando se habla sobre la acción, es imposible no hacer referencia a estados mentales del sujeto para poder decir a qué clase de acción nos referimos. En igual sentido, el lenguaje del legislador asume el hacer referencia a estados mentales para establecer qué acción es la que se está regulando en el supuesto de hecho de la norma penal.

En esta línea, el principio de culpabilidad por el hecho se encuentra comprometido con la exigencia de la determinación de hechos psicológicos para la individualización de los actos efectivamente realizados por los cuales una persona puede ser responsable penalmente; sin embargo, también, limita la posibilidad de que estos hechos puedan ser relevantes para el derecho penal, en el sentido de que debe evitarse el riesgo de que, al centrar la criminalización del hecho por un estado mental, no se desvalore la acción en su sentido, sino que la personalidad del autor de ésta. En consecuencia, no todos los hechos psicológicos o internos pueden ser relevantes para el derecho penal, sino que sólo aquellos que no impliquen la criminalización o la punición de una conducta por la personalidad del autor.

De esta manera, los estados mentales como las intenciones, que se encuentran en la estructura de la acción humana y constituyen un vínculo entre el ámbito externo y el ámbito interno de una acción, serán de necesaria determinación cuando el supuesto de hecho de un tipo penal las incorpore; o, inclusive, cuando la intención sea determinante para conocer, en los hechos,

ante qué clase de acción nos encontramos. Por el contrario, los hechos psicológicos que pertenecen a un ámbito aún más interno del sujeto y muestran preferencias de carácter o de personalidad, como las motivaciones, no deberían tener relevancia penal y, tampoco, poder implicar un mayor reproche penal.

En consecuencia, el principio de culpabilidad por el hecho limita y exige la necesidad de probar la intención, en los supuestos ya mencionados; puesto que, implica una excepción necesaria de la regla general según la cual los hechos psicológicos no deben ser relevantes para la criminalización y la punición de conductas, sino que ello debería ser determinado por los aspectos externos de ésta. Aunque, claro está, una intención no fundamenta directamente un mayor reproche penal; sino que, las consecuencias de realizar una acción con una intención es lo que permite un mayor reproche penal; por ejemplo, cuando hay una intención directa en una acción, en el ámbito externo, se constata una mayor peligrosidad al aseguramiento de la lesión contra el bien jurídico, fundamentando un mayor reproche penal.

Cuarta. – La emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas en materia de hechos internos o psicológicos, como la intención, ante casos difíciles originados por las hipótesis planteadas en el proceso penal.

En primer lugar, es necesario reconocer que las anteriores razones que justifican la necesidad de probar una intención en el proceso penal no son, necesariamente, concluyentes; puesto que, implican que la intención sea de necesaria determinación, pero aún no se establece porqué debe ser, estrictamente, materia de prueba y no parte de la calificación jurídica. Al respecto, se sostuvo que la separación funcional entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas situaba la determinación de la intención como una cuestión fáctica, distinta a los problemas normativos de la imputación subjetiva; y, se adujo que ello se debía a la pretensión de verdad en la determinación y motivación de la existencia de la intención en la conducta.

La presente razón, entonces, busca complementar este último argumento, a fin de hacerlo concluyente. La intención es un estado psicológico o interno al sujeto, pero dicho estatus no quiere decir que ésta no tenga la cualidad de ser parte de la realidad, del *factum* o del mundo; por el contrario, la intención es propiamente un hecho psicológico que, aunque interno a una persona, sucede

en el mundo. Puesto que, no existen distintas realidades en el mundo, no hay una división entre lo externo y lo mental; todos los fenómenos de la única realidad, aunque tengan propiedades externas o internas, pertenecen al mismo conjunto de hechos o sucesos del mundo.

En este sentido, si la intención es un hecho, entonces, se encuentra enmarcada como una cuestión fáctica en el marco del razonamiento judicial que trate con ésta; ante esto, podría decirse que la intención no se descubre, sino que se adscribe a la conducta del sujeto para identificar su acción, por lo que, si bien es relevante para la determinación de la premisa fáctica, pertenecería a una cuestión de interpretación del hecho. Sin embargo, ello no da cuenta de que cuando se busca averiguar cuál es la intención con la que actuó una persona no se utilizan criterios objetivos o indicios tipo en el sentido de realizar un razonamiento deductivo o de imputación; por el contrario, todos los indicadores, indicios o criterios para averiguar una intención responden a la lógica del razonamiento probatorio inductivo.

Entonces, para que la determinación de la intención esté debidamente motivada, ésta debe tomarse como parte del razonamiento inductivo de una prueba indiciaria; de lo contrario, se estaría utilizando una pretensión de corrección con referencia al sistema normativo, cuando en realidad lo que se busca es una pretensión de verdad. Es decir, cuando se afirma que una acción se hizo con una determinada intención, utilizando criterios objetivos o externos, lo que se pretende es describir la realidad; con dicha afirmación, en otras palabras, el juzgador de los hechos se encuentra comprometido con decir un enunciado fáctico sobre la intención que sea el que realmente ha ocurrido, esto es, que dicha intención realmente haya sido el estado mental con el cual actuó la persona.

En consecuencia, el enunciado que describe la intención como elemento de la acción humana sólo estará justificado si es respaldado por un razonamiento probatorio que, mediante enunciados de hecho indiciarios, permita realizar una inferencia válida y verificada que concluya con este mismo enunciado (sobre la intención). Por ello, el principio de la debida motivación de las decisiones judiciales se constituye como la principal razón (concluyente), que exige no una imputación, adscripción o atribución en sentido fuerte, de una intención; sino que,

al exigir brindar razones válidas que justifican la decisión, implica la necesidad de probar la intención.

Ahora bien, no en todos los casos penales se requiere o se exigirá la prueba de una intención específica; por un lado, será necesaria la prueba de la intención, de acuerdo con lo argumentado respecto del principio de legalidad, cuando el tipo penal estatuya un elemento volitivo que haga referencia a la valoración de una intención que debe ser determinada como la base fáctica de ésta; pero, por otro lado, también será necesaria la prueba de una intención específica (como se ha venido intuyendo), cuando las hipótesis sobre los hechos sostenidas en juicio, ponen en controversia si la acción ha sido cometida mediante una intención o no.

Es posible reconstruir el argumentado en el sentido de que, en ambos casos, son las hipótesis del proceso penal las que determinan la necesidad de la prueba de la intención; puesto que, en el primer caso, si bien es el tipo penal el que estatuye el elemento volitivo, sin embargo, es la fijación de los enunciados fácticos lo que determina qué tipo penal será relevante. Las calificaciones jurídicas siempre son variables e, inclusive, provisionales, pero los hechos (pasados) no cambian; las hipótesis sobre los hechos pueden variar, pero inclusive se busca que éstas sean una inculpativa y una absolutoria (negativa o alternativa) y, en todo caso, sólo aquellas que pueden explicar el conjunto de elementos de prueba en el proceso.

Si la conducta realizada por una persona tuvo una intención directa respecto del resultado, esto es algo que los sujetos procesales no pueden variar; por lo tanto, cuando resulte necesaria la prueba de esta intención, siempre se estará ante un caso difícil en materia de hechos originado por las hipótesis planteadas en el proceso penal. Pudiendo originarse dicha necesidad por el tipo penal relevante que se busca imputar o, únicamente, por la contradicción entre las hipótesis mencionadas; pero, siempre deberá tenerse como un caso difícil. Esto último tiene dos consecuencias, la aplicación diferenciada tanto de un estándar constitucional de motivación de la decisión judicial en materia de hechos, como del estándar de prueba en materia penal; con los cuales, se sabrá cuándo un enunciado sobre una intención específica puede ser declarado probado.

Quinta. - La relevancia de los estados mentales en el derecho procesal penal, legitimada por los presupuestos filosóficos que dan cuenta de su existencia en la realidad y de la posibilidad de conocerlos a través del razonamiento inductivo.

La última razón que justifica la necesidad de probar la intención en el proceso penal consiste en hacer explícitos dos presupuestos filosóficos que se encuentran tras el Estado Constitucional de Derecho, al tomar como relevantes jurídicamente los hechos psicológicos. En este sentido, la justificación del proceso penal, de los delitos y de las penas, en una sociedad constitucional y jurídicamente organizada, contiene varios presupuestos filosóficos externos al derecho mismo; bajo los cuales, desde un punto de vista externo, podremos evaluar si la vigencia del sistema de justicia penal en una determinada sociedad es legítima e, inclusive, si es necesaria.

El primer presupuesto proviene de la filosofía de la mente y consiste en el rechazo de todo dualismo, es decir, de las doctrinas según las cuales existen dos tipos de sustancias en el mundo y, por tanto, dos realidades: una mental y otra física. El derecho penal se ha influenciado por este tipo de doctrinas; por ejemplo, al recordar las ideas hegelianas de que lo mental pertenece al ámbito espiritual (del yo); sin embargo, es necesario adoptar un materialismo no reduccionista que permita afirmar que sólo existe una realidad, donde se encuentran fenómenos físicos y fenómenos físico-mentales. Es decir, el rechazo del dualismo no tiene por qué significar la eliminación de lo mental como parte del mundo; por el contrario, las conductas normalmente tienen un doble aspecto: son un solo suceso con aspectos físico y mental.

Además, si esto es así, podemos realizar afirmaciones y construir enunciados sobre otras mentes; porque, de lo contrario, caeríamos en un solipsismo en el cual no sería posible que las personas se comuniquen entre ellas. Por ejemplo, cuando dos personas entablan una conversación, ambas buscan averiguar la intención del mensaje del otro a fin de, realmente, comprender el acto de habla que están percibiendo. De igual manera, no podemos hacer referencia a las acciones de otro ni clasificar acciones sin un lenguaje mental; éste no es un tipo de habla mitificado, sino que alude al normal uso de nuestra psicología del sentido común para poder comunicarnos y conocer los hechos psicológicos que ocurren en el mundo.

El segundo presupuesto proviene de la epistemología y consiste en la afirmación de que sí podemos conocer la realidad, con todos los fenómenos que ocurren en ésta, incluyendo aquellos que tienen un aspecto mental. En esta línea, es necesario adoptar un realismo interno, inclusive, con sus consecuencias ontológicas; es decir, si bien tendríamos razones para ser escépticos sobre la existencia de una realidad y de la posibilidad de conocerla, éstas no son fundadas. El conocimiento de la realidad no tiene por qué ser perfecto ni lograrse sin mayor discusión; por lo tanto, su posibilidad viene dada por la reivindicación del concepto de verdad como adecuación aproximativa a la realidad que se busca, normalmente, a través de un razonamiento inductivo.

Estos presupuestos filosóficos hacen viable la legitimación externa de un sistema de justicia penal en donde será necesaria la prueba de la intención; estableciendo, además, que ésta es perfectamente posible, porque las intenciones son hechos que existen y pueden ser conocidos y descubiertos a través del razonamiento inductivo. En el caso del proceso penal, de manera más específica, el conocimiento de las intenciones del autor consiste en la realización de un razonamiento probatorio indiciario a fin de establecer y justificar (con pretensión de verdad), que un enunciado de hecho sobre la existencia de una intención relativa a una acción humana se encuentra probado.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

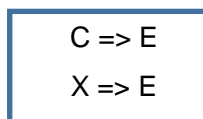
1. Hipótesis

“La intención es un hecho psicológico y su determinación corresponde a una cuestión fáctica, y no normativa, por lo que se justifica la necesidad de probarla, en la medida que permitirá la emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas ante casos difíciles, en el proceso penal peruano”.

2. Diseño

El diseño de contrastación de la hipótesis es el Expost-facto retrospectivo.

3. Esquema



Donde:

X = Causas o razones que justifican la necesidad de probar la intención.

E = La emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas en materia de hechos.

CONTRASTACIÓN

Causas según los resultados de la investigación	X => E	Causas según la hipótesis planteada
La separación entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas.	↔	La separación entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas.
La implicancia del principio de legalidad en la determinación del objeto de prueba.		
La aplicación adecuada del principio de culpabilidad por el hecho.	↔	La emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas
La emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas.		
La relevancia de los estados mentales en el derecho procesal penal, legitimada por presupuestos filosóficos.		

4. Conclusión

La separación entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas y la emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas en materia de hechos, eran las razones que justificaban las hipótesis planteadas al inicio de la presente investigación; las mismas que, también, se han encontrado en los resultados obtenidos en ésta. Por lo tanto, la hipótesis se encuentra confirmada totalmente.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

La separación entre cuestiones fácticas y normativas establece una diferenciación entre lo que debe ser probado y lo que debe ser imputado en un proceso penal; de esta manera, la imputación subjetiva, a través del denominado dolo directo y de los elementos volitivos adicionales al dolo, constituye una cuestión normativa que hace relevante la determinación de una intención específica que, como cuestión fáctica, requiere ser probada. Entonces, ni el dolo ni otro elemento subjetivo son estados mentales, sino que son categorías normativas que, en algunos casos, utilizan una intención como base fáctica materia de prueba.

SEGUNDA:

La prueba de los hechos psicológicos y, por tanto, de la intención, no es sustancialmente distinta de la prueba de los hechos externos; puesto que, en ambos casos, se utilizará un razonamiento inductivo falible e imperfecto, pero capaz de alcanzar una verdad como adecuación aproximativa a la realidad. Y, sólo existirá una diferencia en relación con el procedimiento probatorio, puesto que la determinación de una intención siempre requerirá de la prueba indiciaria o indirecta; la cual, sí es capaz de lograr alcanzar el estándar de prueba objetivo establecido para una condena en el proceso penal.

TERCERA:

La intención es un elemento de la estructura de la acción humana que vincula el ámbito interno de las razones para hacer algo con la efectiva realización de ello; por lo que, ésta es conceptualmente distinta de los motivos, deseos o motivaciones de la persona. Entonces, si bien se debe limitar el reproche penal por el ámbito interno de una persona; la intención resulta relevante para explicar la acción y para individualizarla, en tanto que “tener una intención de hacer una acción” implica comprometerse a realizarla. Por lo tanto, el límite de la relevancia penal de lo interno debe encontrarse en la proscripción

de un mayor reproche por los motivos; y, no en la relevancia justificada de las intenciones, emociones o los motivos que atenúan tal reproche.

CUARTA:

La intención es un hecho psicológico y, como tal, su determinación debe ser materia prueba, a fin de alcanzar una debida motivación de las decisiones judiciales en relación con la justificación de la premisa fáctica; pero, se ha delimitado que ello ocurre cuando, de los principios de legalidad y de culpabilidad por el hecho, sea exigible la prueba de una intención específica, originando un caso difícil en materia de hechos por el planteamiento de las hipótesis en el proceso penal.

QUINTA:

La necesidad de la prueba de un enunciado de hecho sobre una intención específica, también, se encuentra justificada por la relevancia legitimadora de dos presupuestos filosóficos: la existencia de los hechos psicológicos bajo una sola realidad y la posibilidad de conocer tales hechos a través de un razonamiento inductivo. Por lo tanto, existen razones concluyentes para afirmar que, en el proceso penal, es necesaria la prueba de la intención, pero sólo ante casos difíciles; teniendo, en consecuencia, como confirmada la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

De acuerdo con las conclusiones del presente trabajo de investigación, resulta necesario recomendar que los órganos encargados de la capacitación continua de los magistrados, como la Academia de la Magistratura o quien haga sus veces, incorporen entre los cursos o contenido académico a dictar, además de la teoría estándar de la argumentación jurídica en materia normativa o de interpretación, a los estudios sobre el razonamiento probatorio que se encuentren acompañados con las bases de epistemología, lógica, filosofía de la mente, teoría del conocimiento, etc., necesarias para su correcta comprensión.

SEGUNDA:

También, es necesario recomendar la elaboración de modelos o estructuras típicas de argumentación probatoria, a partir de esquemas de valoración racional que permitan estandarizar y explicar cómo se prueban los enunciados de hecho en el proceso penal; incluyendo, claro está, un esquema o modelo de prueba de los enunciados de hecho sobre los estados mentales que son relevantes para el derecho penal.

TERCERA:

Por último, se recomienda la realización de trabajos de investigación enfocados en las cuestiones normativas aquí tratadas sólo con la finalidad de separarlas de las cuestiones fácticas que fueron objeto principal de la tesis; puesto que, ello es indispensable para obtener teóricamente un conocimiento más completo sobre el tema, que pueda ser mejor aplicado en el sistema de justicia penal.

SUGERENCIA LEGISLATIVA

Resulta necesario sugerir la modificación del Código Penal a fin de que se diferencie la determinación de la pena en casos en que el título de imputación subjetiva sea mediante un dolo básico (o eventual), de aquellos en los que sea por dolo cualificado (dolo directo o dolo indirecto); de tal manera que, exista una triple graduación del reproche penal por la imputación dolosa. En específico, es necesaria la modificación del artículo 12 del Código Penal, que prescribe:

“Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

En el sentido que la diferenciación entre títulos de imputación subjetiva debe ser regulada de la siguiente manera:

“Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley. La pena aplicada por una infracción dolosa es siempre mayor a la de su forma culposa; y, corresponde aplicar mayor pena cuando la conducta se imputa a título de dolo directo y de dolo indirecto, de manera gradual, que de cuando se imputa a título de dolo básico”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A. (2016). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- ALCHOURRÓN, C. E., & BULYGIN, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. En *Análisis lógico y derecho* (E. Bulygin, Trad., págs. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXANDER, L., & KESSLER FERZAN, K. (2009). *Crime and Culpability. A theory of criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Lima: Palestra Editores.
- ALLEN, R. J., & PARDO, M. S. (2003). The myth of the fact-law distinction. *Northwestern University Law Review*, 97(4), 1769-1807.
- AMBOS, K. (2005a). ¿Es el procedimiento internacional "adversarial", "inquisitivo" o "mixto"? (M. Donís & R. Aldoney, Trans.). *Revista Brasileiro de Ciências Criminais (Instituto Revista Brasileiro de Ciências Criminais)*(57), 159-211.
- AMBOS, K. (2005b). *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. (E. Malarino, Trad.) Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung.
- AMBOS, K. (2011). ¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio? En *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y europeo* (C. Fernández-Pacheco Estrada, Trad., págs. 173-219). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- AMELUNG, K. (1991). Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (J.-M. Silva Sánchez, Trad., págs. 94-107). Madrid: Editorial Tecnos.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. (2015). *Análisis de la prueba*. (F. Carbonell, C. Agüero, D. Accatino, F. Arena, R. Coloma, J. P. Fassnidge, & J. Larroucau, Trans.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(12), 257-299.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2005). *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Distribuciones Fontamara.
- ANITUA, G. I. (2006). Notas sobre la metodología de investigaciones empíricas en el derecho. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 299-319). Madrid: Editorial Trotta.
- ARISTÓTELES. (2008). *Metafísica*. (M. L. Alía Alberca, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- ARMENTA DEU, T. (1995). Pena y proceso: fines comunes y fines específicos (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48(2), 441-464.
- ARMENTA DEU, T. (1998). Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no. *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*(16), 216-230.
- ARMENTA DEU, T. (2015). Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*(1), 121-139.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2006). El proceso penal con todas las garantías. *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*(33), 235-247.
- ASHWORTH, A. (2010). *Sentencing and criminal justice* (Fifth ed.). New York: Cambridge University Press.
- ATIENZA, M. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.

- ATIENZA, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(34), 73-88.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- BARBERIS, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (2010). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2(4), 6-30.
- BERRUEZO, R. (2012). El tipo subjetivo: el dolo. En *Imputación subjetiva. Seis aportes al debate jurídico-penal contemporáneo* (págs. 123-147). Lima: ARA Editores.
- BONORINO RAMÍREZ, P. R. (2014). Ni deducción ni inducción: abducción. En *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre la abducción* (págs. 163-187). Granada: Editorial Comares.
- CANCIO MELIÁ, M. (2004). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010a). ¿Crisis del lado subjetivo del hecho? En *Estudios de derecho penal* (págs. 153-180). Lima: Palestra Editores.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010b). Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. En *Estudios de derecho penal* (págs. 135-152). Lima: Palestra Editores.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010c). La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo. En *Estudios de derecho penal* (págs. 59-92). Lima: Palestra Editores.
- CARLI, A. (2008). *La ciencia como herramienta. Guía para la investigación y la realización de informes, monografías y las tesis científicas*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- CARO JOHN, J. A. (2006). Imputación subjetiva. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*(6), 235-252.
- CARO JOHN, J. A. (2012). La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo. *Derecho & Sociedad*(39), 22-34.
- CAVALLONE, B. (2012). En defensa de la verifobia. Consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. En *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad* (M. Aramburo, Trad., págs. 11-52). Lima: Palestra Editores.
- CONTRERAS ROJAS, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- COPI, I. M., & COHEN, C. (2013). *Introducción a la lógica* (Segunda ed.). (J. A. Rangel Sandoval, Trad.) México D. F.: Editorial Limusa.
- DA ROSA DE BUSTAMANTE, T. (2016). *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. (J. C. Panez Solórzano, & B. L. Ragas Solórzano, Trads.) Lima: Ediciones Legales.
- DAMAŠKA, M. R. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. (J. Picó i Junoy, Trad.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- DAMAŠKA, M. R. (2016). *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*. (A. Morales Vidal, Trad.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DAVIDSON, D. (1995). Tener la intención. En *Ensayos sobre acciones y sucesos* (I. d. México, Trad., págs. 107-129). México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- DEI VECCHI, D. (2016). La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. En *Debatiendo con Taruffo* (págs. 273-295). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- DÍAZ CHUNGA, S. E. (2017). El Ministerio Público como sujeto procesal: la protección de principios constitucionales en el recurso de apelación. En *IV Convención de derecho público* (págs. 261-289). Lima: Palestra Editores.
- DÍAZ PITA, M. D. (2006). La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. *Revista Penal*(17), 59-71.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2007). *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.

- DUFF, R. A. (2007). *Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*. Portland: Hart Publishing.
- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. (M. Gustavino, Trad.) Barcelona: Ariel Editores.
- ELSTER, J. (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. (J. J. Utrilla, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- ELSTER, J. (2002). *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*. (A. Santos Mosquera, Trad.) Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- ELSTER, J. (2010). *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*. (H. Pons, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2014). Mejor no saber... más: sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en derecho penal. *Discusiones*(13), 101-138.
- FEINBERG, J. (1970). Action and responsibility. En *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility* (págs. 119-151). London: Princeton University Press.
- FENECH, M. (1960). *Derecho procesal penal* (Vol. I). Barcelona: Editorial Labor.
- FERRAJOLI, L. (2011a). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Décima ed.). (P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillo Basoco, & R. Cantarero Bandrés, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (Vol. I). (P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, & A. Ruiz Miguel, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011c). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista (N. Guzmán, Trad.). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(34), 15-53.
- FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FERRER BELTRÁN, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (págs. 21-39). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FERRER BELTRÁN, J. (2016). Los estándares de prueba en el proceso penal español. En *Motivación y racionalidad de la prueba* (págs. 217-241). Lima: Editoria Jurídica Grijley.
- FERRER BELTRÁN, J. (2018). Los hechos en la casación penal. *Actualidad Penal*(48), 153-175.
- FEYERABEND, P. (1992). *Adiós a la razón* (Segunda ed.). (J. R. De Rivera, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- FLETCHER, G. P. (1998). *Basic concepts of criminal law*. New York: Oxford University Press.
- FRANK, J. (2009). *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- FRANK, J. (2016). Los hechos son conjeturas (S. Reyes, Trad.). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(10), 274-293.
- FRISCH, W. (2000). La imputación objetiva: estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)* (R. Robles Planas, Trad., págs. 19-67). Madrid: Civitas Ediciones.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 233-264.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Puno: Zela Grupo Editorial.
- GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La prueba por indicios*. Lima: Editorial Reforma.
- GARCÍA CAVERO, P. (2012a). *Derecho penal. Parte general* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores.
- GARCÍA CAVERO, P. (2012b). La imputación subjetiva en el derecho penal. En *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo* (págs. 13-28). Lima: ARA Editores.

- GARCÍA FIGUEROA, A. (2014). Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. En *Argumentación jurídica* (págs. 137-155). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARDNER, J. (2012). Racionalidad y estado de derecho en los delitos contra las personas. En *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (J. M. Peralta, Trad., págs. 55-77). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2003). Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". *Discusiones*(3), 43-54.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*(28), 127-139.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2014a). ¿Lógica del descubrimiento para la prueba? En *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción* (págs. 149-162). Granada: Editorial Comares.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2014b). Valoración de la prueba. En *Argumentación jurídica* (págs. 373-402). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GASCÓN ABELLÁN, M., & GARCÍA FIGUEROA, A. (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (Tercera ed.). Lima: Palestra Editores.
- GEACH, P. T. (1960). Ascriptivism. *The Philosophical Review*, 69(2), 221-225.
- GIMENO SENDRA, V. (2012). *Derecho procesal penal*. Navarra: Editorial Aranzadi. Thomson Reuters-Civitas.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1995). *Acción y norma en G. H. Von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003a). Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(26), 635-685.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003b). Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la democracia*(47), 35-50.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005a). La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima. En *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (págs. 189-228). Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005b). Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (págs. 17-52). Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005c). La estructura de la acción humana. En *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (págs. 145-188). Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2006). La prueba de la intención y la explicación de la acción humana. *Isegoría*(35), 173-192.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2013a). *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2013b). ¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío). En *Neurociencia y proceso judicial* (págs. 25-42). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2016). Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas (a propósito de "Proceso y neurociencia. Aspectos generales", de M. Taruffo). En *Debatiendo con Taruffo* (págs. 385-412). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2017). *A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2018). Tres retos de la neurociencia para el derecho penal. *Anuario de filosofía del derecho*, XXXIV, 43-72.
- GRECO, L. (2017). Dolo sin voluntad (E. Alemán, Trad.). *Nuevo Foro Penal*(88), 10-38.
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. (S. Álvarez Medina, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUASTINI, R. (2016). *Lecciones de derecho constitucional*. (C. Moreno More, Trad.) Lima: Ediciones Legales.
- HAACK, S. (1997). *Evidencia e investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*. (M. Á. Martínez García, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- HAACK, S. (2012). Toda la verdad y nada más que la verdad (A. Santacaloma & C. Vázquez Rojas, Trads.). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(35), 571-587.
- HAACK, S. (2013). El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. En *Estándares de prueba y prueba científica* (M. J. Viana, C. Bernal, & C. Vázquez, Trads., págs. 65-98). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- HAACK, S. (2014a). Epistemology legalized: or truth, justice and the american way. En *Evidence matters: Science, proof, and truth in the law* (págs. 27-46). New York: Cambridge University Press.
- HAACK, S. (2014b). Irreconcilable differences? The trouble marriage of science and law. En *Evidence matters. Science, proof, and truth in the law* (págs. 78-103). New York: Cambridge University Press.
- HAACK, S. (2015). La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados (C. Vázquez, Trad.). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(38), 15-40.
- HAACK, S. (2016). La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple después de todo. En *Debatiendo con Taruffo* (C. Vázquez, Trad., págs. 311-340). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- HABERMAS, J. (2002a). Introducción. El realismo después del giro lingüístico-pragmático. En *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (P. Fabra, & L. Díez, Trads., págs. 9-62). Madrid: Editorial Trotta.
- HABERMAS, J. (2002b). Verdad y justificación. El giro pragmático de Rorty. En *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (P. Fabra, & L. Díez, Trads., págs. 223-259). Madrid: Editorial Trotta.
- HAMPSHIRE, S., & HART, H. L. (1958). Decision, intention and certainty. *Mind. A quarterly review of psychology and philosophy*, LXVII(265), 1-12.
- HANSON, N. R. (1971). Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuadas de la ciencia. En *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación* (E. García Camarero, Trad., págs. 67-310). Madrid: Alianza Editorial.
- HART, H. L. (1949). The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, 49, 171-194.
- HART, H. L. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. En *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (J. J. Moreso, & P. E. Navarro, Trads., págs. 327-350). Barcelona: Crítica - Grupo Grijalbo-Mondadori.
- HART, H. L. (2008a). Preface. En *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law* (Second ed., pág. V). New York: Oxford University Press.
- HART, H. L. (2008b). Intention and punishment. En *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law* (Second ed., págs. 113-135). New York: Oxford University Press.
- HART, H. L. (2009). *El concepto de derecho* (Tercera ed.). (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H. L. (2014). Discrecionalidad (J. R. De Páramo, Trad.). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(37), 85-98.

- HASSEMER, W. (1990). Los elementos característicos del dolo (M. D. Díaz Pita, Trad.). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 43-3, 909-932.
- HEGEL, G. W. (1999 [1821]). *Principios de la filosofía del derecho* (Segunda ed.). (J. L. Vermaal, Trad.) Barcelona: Edhasa.
- HEMPEL, C. G. (1973). *Filosofía de la ciencia natural*. (A. Deaño, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- HEMPEL, C. G. (1979). *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*. (N. Míguez, Trad.) Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, M. D. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- HERRERA GUERRERO, M. (2009). La prueba indiciaria. *Ita Ius Esto*(2), 75-86.
- HERRERA GUERRERO, M. (2014). *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores.
- HERRERA GUERRERO, M. (2017). *Los recursos en el proceso penal. Un análisis doctrinal y jurisprudencial*. Lima: Instituto Pacífico.
- HORDER, J. (2007). The changing face of the law of homicide. En *Homicide law in comparative perspective* (págs. 19-38). Portland: Hart Publishing.
- HRUSCHKA, J. (2009a). Sobre la difícil prueba del dolo. En *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (R. Ragués I Vallès, Trad., págs. 181-197). Buenos Aires: Editorial B de F.
- HRUSCHKA, J. (2009b). Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (F. Baldó Lavilla, Trad., págs. 11-29). Buenos Aires: Editorial B de F.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2009). Los indicios tomados en serio. En *Interpretación y razonamiento jurídico* (págs. 475-509). Lima: Ara Editores.
- JAKOBS, G. (1989). Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal (J. Cuello Contreras, Trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(42-2), 633-652.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- JAKOBS, G. (1996a). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid: Civitas Ediciones.
- JAKOBS, G. (1996b). *La imputación objetiva en el derecho penal*. (M. Cancio Meliá, Trad.) Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- JAKOBS, G. (1997a). El concepto jurídico-penal de acción. En *Estudios de derecho penal* (M. Cancio Meliá, Trad., págs. 101-125). Madrid: Editorial Civitas.
- JAKOBS, G. (1997b). Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. En *Estudios de derecho penal* (C. J. Suárez González, Trad., págs. 127-146). Madrid: Editorial Civitas.
- JAKOBS, G. (1997c). Comportamiento evitable y sistema del derecho penal. En *Estudios de derecho penal* (M. Cancio Meliá, Trad., págs. 147-165). Madrid: Editorial Civitas.
- JAKOBS, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. (M. Cancio Meliá, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid: Civitas Ediciones.
- JAKOBS, G. (2004a). Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma. En *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (J. Sánchez-Vera Gomez-Trelles, Trad., págs. 75-97). Madrid: Civitas Ediciones.
- JAKOBS, G. (2004b). Personalidad y exclusión en derecho penal. En *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (T. Manso Porto, Trad., págs. 51-73). Madrid: Civitas Ediciones.

- JAKOBS, G. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. (J. A. Caro John, & M. Polaino-Orts, Trad.) Lima: Editores del Centro.
- JAMES, W. (2011 [1909]). *El significado de la verdad*. (R. Vilà Vernis, Trad.) Barcelona: Marbot Ediciones.
- JESCHECK, H.-H. (2003). Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria (P. Esquinas Valverde, Trad.). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(05-01), 1-19.
- JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Vol. I). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- KELSEN, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (Segunda ed.). (R. J. Vernengo, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KINDHÄUSER, U. (2005). ¿Indiferencia como dolo? En *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial* (P. García Cavero, Trad., págs. 33-54). Lima: ARA Editores.
- KINDHÄUSER, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva (J. P. Mañalich Raffo, Trad.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(4), 1-35.
- KINDHÄUSER, U. (2012). Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia (O. H. De la Vega M., Trad.). *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*(4-7), 8-18.
- KINDHÄUSER, U. (2014). Hechos brutos y elementos normativos del tipo (O. H. De La Vega Martinis, Trad.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1-24.
- KÖHLER, M. (2000). La imputación subjetiva: estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)* (P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Trad., págs. 69-90). Madrid: Civitas Ediciones.
- KUHN, T. S. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas* (Tercera ed.). (C. Solís Santos, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- LACEY, N. (1993). A clear concept of intention: Elusive or illusory? *The Modern Law Review*, 56(5), 621-642.
- LAUDAN, L. (2005). Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar (R. Calvo Soler, Trad.). *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*(28), 95-113.
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez, & E. Aguilera, Trad.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- LUHMANN, N. (2007). El derecho como sistema social. En *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación* (C. Gómez-Jara Díez, Trad., págs. 99-118). Lima: ARA Editores.
- MACCORMICK, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. (J. Á. Gascón Salvador, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- MAIER, J. B. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MANNHEIMER, M. J. (2011). Not the crime but the cover-up: A deterrence-based rationale for the premeditation-deliberation formula. *Indiana Law Journal*, 86, 879-937.
- MANRIQUE PÉREZ, M. L. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2014). *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- MIR PUIG, S. (1988). Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 41(3), 661-684.
- MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.
- MIR PUIG, S. (2005). Los límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(07-18), 1-24.
- MIR PUIG, S. (2008). *Derecho penal. Parte general* (Octava ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2005). La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (págs. 691-742). Madrid: Editorial Civitas.
- MONTERO AROCA, J. (2008). *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Navarra: Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas.
- MOORE, M. S. (2011). Intention as a marker of moral culpability and legal punishability. En *Philosophical foundations of criminal law* (págs. 179-205). Oxford: Oxford University Press.
- MORESO, J. J., & VILASAJONA, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- MOYA, C. J. (1990). *The philosophy of action. An introduction*. Cambridge: Polity Press.
- NARVÁEZ MORA, M. (2006). Las expresiones de lege lata en tanto que creencias ajustadas a derecho. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 231-257). Madrid: Editorial Trotta.
- NIEVA FENOLL, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- NIEVA FENOLL, J. (2013). Proceso penal y delitos de corrupción. (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(2), 1-22.
- NINO, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. (G. R. Navarro, Trad.) Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NINO, C. S. (1987). *Introducción a la filosofía de la acción humana*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA).
- ORÉ SOSA, E. A. (2016). Especiales consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas. *Actualidad penal*(30), 169-182.
- OTTO, H. (2017). *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal*. (J. R. Béguelin, Trad.) Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- OXMAN VILCHES, N. (2013). Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón. *Ius et Praxis*(19-1), 139-194.
- OXMAN VILCHES, N. (2016). *El elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje. Tesis doctoral*. Valencia: Universitat de València.
- PARSONS, S. (2000). Intention in criminal law: Why is so difficult to find? *Mountbatten Journal of Legal Studies*(4), 5-19.
- PECZENIK, A. (2009). *On Law and Reason* (Second ed.). New York: Springer.
- PERALTA, J. M. (2010). Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 63(1), 251-276.
- PERALTA, J. M. (2012). *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (2012). La noción de intención en la definición de genocidio. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIV(2), 163-177.
- PITCHER, G. (1960). Hart on action and responsibility. *The philosophical review*, 69(2), 226-235.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2015). *Derecho penal. Parte general*. Lima: ARA Editores.
- POLAINO-ORTS, M. (2010). Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social* (págs. 57-112). Lima: ARA Editores.
- PORCIÚNCULA, J. C. (2014). *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*. Barcelona: Atelier.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2014). Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. En *Argumentación jurídica* (págs. 17-42). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- PUPPE, I. (2014a). Normativismo y naturalismo en la dogmática jurídico-penal moderna. En *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación* (N. Pastor Núñez, Trad., págs. 137-171). Buenos Aires: Editorial B de F.
- PUPPE, I. (2014b). Perspectivas conceptuales del dolo eventual. En *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación* (R. Ragués, Trad., págs. 291-316). Buenos Aires: Editorial B de F.
- PUTNAM, H. (1988). *Razón, verdad e historia*. (J. M. Esteban Cloquell, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- PUTNAM, H. (1994). *Las mil caras del realismo*. (M. Vázquez Campos, & A. M. Liz Gutiérrez, Trads.) Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- PUTNAM, H., & HABERMAS, J. (2008). *Normas y valores*. (F. J. Gil Martín, & J. Vega Encabo, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- QUIROZ SALAZAR, W. F. (2014). *La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista. Atribución, acreditación en el juicio oral y probanza judicial*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- RAGUÉS I VÁLLES, R. (1996). La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49(2), 795-823.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (1998). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. Tesis doctoral*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*(4), 13-26.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2012). De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *InDret. Revista para el análisis del derecho*(3), 1-11.
- RAZ, J. (2013). Sobre la naturaleza del derecho. En *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica* (R. S. Brígido, Trad., págs. 103-136). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- REDONDO, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- RESCHER, N. (1997). Verdad como coherencia ideal. En *Teorías de la verdad en el siglo XX* (J. Rodríguez Alcázar, Trad., págs. 495-508). Madrid: Editorial Tecnos.
- ROXIN, C. (1976). Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. En *Problemas básicos de derecho penal* (D.-M. Luzón Peña, Trad., págs. 128-148). Madrid: Editorial Reus.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La teoría de la estructura del delito*. (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas Ediciones-Thomson Reuters.
- ROXIN, C. (2000a). *Política criminal y sistema del derecho penal* (Segunda ed.). (F. Muñoz Conde, Trad.) Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- ROXIN, C. (2000b). Problemas básicos del sistema de derecho penal. En *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (C. Gómez Rivero, Trad., págs. 37-55). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROXIN, C. (2000c). Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad. En *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (C. Gómez Rivero, Trad., págs. 57-94). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROXIN, C. (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania (R. Robles Planas & I. Coca Vila, Trads.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1-24.
- RUSSELL, B. (1940). *An inquiry into meaning and truth*. New York: Norton & Company.
- RUSSELL, B. (2004). *History of western philosophy*. London: Routledge.

- RYLE, G. (2005). *El concepto de lo mental*. (E. Rabossi, Trad.) Madrid: Ediciones Paidós Ibérica.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento. Tesis doctoral*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, A. (2018a). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, A. (2018b). Sistema penal inglés e imputación subjetiva. *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*(56), 130-151.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2005). Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo. *Derecho Penal y Criminología*, 26(79), 99-112.
- SCHÜNEMANN, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Calus Roxin en su 50.º aniversario* (J. M. Silva Sánchez, Trad., págs. 31-80). Madrid: Editorial Tecnos.
- SCHÜNEMANN, B. (2009a). Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. En *Obras* (M. Sacher, S. Bacigalupo, & L. Baza, Trans., Vol. II, págs. 393-425). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- SCHÜNEMANN, B. (2009b). La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En *Obras* (M. Sacher, Trad., Vol. I, págs. 187-217). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- SEARLE, J. R. (1992). *Intencionalidad. Un ensayo de filosofía de la mente*. (E. Ujaldón Benítez, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- SEARLE, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social*. (A. Domènech, Trad.) Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- SEARLE, J. R. (2006). *La mente. Una breve introducción*. (H. Pons, Trad.) Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- SEARLE, J. R. (2008). Situar de nuevo la conciencia en el cerebro. Replica a Philosophical Foundations of Neuroscience, de Bennett y Hacker. En *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje* (R. Filella, Trad., págs. 121-155). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- SEARLE, J. R. (2017a). *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (Novena ed.). (L. M. Valdés Villanueva, Trad.) Madrid: Ediciones Cátedra.
- SEARLE, J. R. (2017b). *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*. (J. Bostelmann, Trad.) Barcelona: Ediciones Culturales Paidós.
- SEARLE, J. R. (2018). *Ver las cosas tal como son. Una teoría de la percepción*. (V. M. Santamaría Navarro, Trad.) Madrid: Ediciones Cátedra.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Primera ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2000). Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En *Estudios de derecho penal* (págs. 197-212). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2007). *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SOLÍS ESPINOZA, A. (2001). *Metodología de la investigación jurídico social* (Segunda ed.). Lima: Editores ByB.
- STÖRIG, H. J. (2012). *Historia universal de la filosofía* (Segunda ed.). (A. Gómez Ramos, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- STRAWSON, P. F. (1995). Libertad y resentimiento. En *Libertad y resentimiento y otros ensayos* (J. J. Acero, Trad., págs. 35-67). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- STRUENSEE, E. (2009). Consideraciones sobre el dolo eventual (A. Kiss, Trad.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(4), 1-13.

- TARELLO, G. (2013). *La interpretación de la ley*. (D. Dei Vecchi, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- TARUFFO, M. (2008a). Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(31), 383-392.
- TARUFFO, M. (2008b). *La prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer Beltrán, Trads.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- TARUFFO, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (D. Accatino Scagliotti, Trad.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- TARUFFO, M. (2011). *La prueba de los hechos* (Cuarta ed.). (J. Ferrer Beltrán, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- TARUFFO, M. (2018). Verdad y prueba en el proceso. En *La prueba en el proceso. Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (págs. 13-23). Lima: Palestra Editores.
- TWINING, W. (2006). *Rethinking evidence. Exploratory essays* (Second ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- TWINING, W. (2009). De nuevo, los hechos en serio (R. Gama Leyva, Trad.). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(32), 317-340.
- UBERTIS, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. (P. Andrés Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, S. (2013). *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- VÁZQUEZ ROJAS, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- VÁZQUEZ ROJAS, C. (2018). Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios. *Borrador de la versión definitiva de próxima aparición en Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 1-27. Obtenido de <https://bit.ly/2SU2Nu3>
- VON BELING, E. (2002a). Esquema de derecho penal. En *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (S. Soler, Trad., págs. 21-269). Buenos Aires: Librería El Foro.
- VON BELING, E. (2002b). La doctrina del delito-tipo. En *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (S. Soler, Trad., págs. 271-342). Buenos Aires: Librería El Foro.
- VON WRIGHT, G. (1979). *Explicación y comprensión*. (L. Vega Reñon, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- WARNER, R. H. (2005). All mixed up about mixed questions. *The Journal of Appellate Practice and Process*, 7(1), 101-149.
- WELZEL, H. (2002). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (J. Cerezo Mir, Trad.) Buenos Aires: Editorial B de F.
- WELZEL, H. (2006). ¿Un malentendido sin solución? Acerca de la interpretación de la teoría finalista. En *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (G. Romero, Trad., págs. 1-16). Buenos Aires: Editorial B de F.
- WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. (R. Pariona Arana, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- WITTGENSTEIN, L. (2014). Investigaciones filosóficas. En *Ludwig Wittgenstein I* (A. García Suárez, & C. U. Moulines, Trads., Cuarta ed., págs. 155-633). Madrid: Editorial Gredos.
- WRÓBLEWSKI, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. (J. Igartua Salaverría, & F. J. Ezquiaga Ganuzas, Trads.) Lima: Editora Jurídica Grijley.
- YACOBUCCI, G. J. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 47-92.

ANEXOS

1. GUÍA DE OBSERVACIÓN SOBRE LA JURISPRUDENCIA

Sentencia	Sala	Delito	Fecha	Hecho psicológico	Tipo de tratamiento	Razones
R.N. N° 558-2012	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Homicidio Calificado	21 de mayo de 2012	Intención de matar	Cuestión fáctica	Porque se debe determinar mediante prueba de indicios
R.N. N° 3893-2009	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Tráfico Ilícito de Drogas	22 de octubre de 2010	Conocimiento de transporte de droga	Imprecisa	No se ha probado la propiedad de la droga; sin embargo, es irrelevante probarlo por carecer de relevancia penal.
Casación N° 367-2011	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Violación Sexual contra menor de edad	15 de julio de 2013	Conocimiento de que el aporte realizado sea esencial para el delito	Cuestión fáctica	Para determinar la responsabilidad del cómplice debe analizarse si la colaboración constituyó aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.
R.N. N° 3615-2013	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Homicidio calificado	20 de marzo de 2014	Atacar a la víctima a sabiendas de que ella, por su estado, no tendría mínimas posibilidades de defensa.	Cuestión normativa	Constituye hecho doloso que configura una circunstancia de alevosía
R.N. N° 3334-2014	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Tráfico Ilícito de Drogas	18 de agosto de 2015	Destino de la droga poseída/Conocimiento de la droga oculta destinada para el tráfico	No precisa.	No precisa adecuadamente la determinación.
R.N. N° 3017-2014	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Homicidio Calificado	10 de noviembre de 2015	Colocar veneno en la comida de la víctima actuando con ánimo homicida	Cuestión fáctica	Debe determinarse el ánimo homicida para que se configure el Homicidio Calificado, sino sólo puede existir lesiones imprudentes.
R.N. N° 2349-2014	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Trata de personas	28 de enero de 2016	La explotación laboral o sexual debe ser la Intención primigenia para captar o trasladar a una menor de edad	No es preciso, confunde cuestiones	Para la configuración del delito de trata, por explotación laboral, la labor debe agotar la fuerza de la víctima; explotación sexual, tiene que ser la razón por la que se capta a la menor
R.N. N° 1165-2015	Segunda Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Tráfico Ilícito de Drogas	23 de enero de 2017	Conocimiento de droga en maletín	Confunde cuestiones	No precisa adecuadamente la determinación.
Casación N° 997-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Feminicidio	10 de mayo de 2018	Intención de matar / Motivo de matar por la condición de mujer	Cuestión fáctica	Necesidad de acreditar la motivación de violencia de género
Sentencia del TC Exp. N° 00728-2008	Sala Plena del Tribunal Constitucional	Parricidio	13 de octubre de 2008	Intención de matar	Cuestión fáctica	La emisión de decisiones judiciales debidamente motivadas.
R.N. N° 422-2018	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Lavado de activos	26 de julio de 2018	Intención de blanquear activos / conocimiento de su origen delictivo	Cuestión fáctica	La acreditación, salvo la confesión, se determina por prueba indiciaria
R.N. N° 693-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Difamación agravada	24 de agosto de 2018	Intención de difamar	Cuestión normativa	Del contexto situacional se determina la voluntariedad
R.N. N° 791-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Colusión	22 de agosto de 2018	Conocimiento del pacto colusorio	Cuestión normativa	El dolo se determina como atribución según competencias
R.N. N° 817-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Tráfico ilícito de drogas	27 de agosto de 2018	Intención de comercializar droga poseída	Cuestión fáctica	La falta de acreditación del tipo subjetivo implica la absolución del acusado
R.N. N° 2390-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Peculado doloso	23 de abril de 2018	Intención de apropiarse caudales del Estado	Confunde cuestiones	Se debe acreditar el tipo subjetivo del delito
R.N. N° 1362-2016	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Peculado doloso	13 de setiembre de 2017	Intención de apropiarse caudales del Estado	Confunde cuestiones	Es necesario acreditar el elemento subjetivo del delito
R.N. N° 1882-2014	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Homicidio por emoción violenta	21 de julio de 2015	Emoción violenta de matar / Móvil de matar por condición de mujer	Cuestión fáctica	Se debe obtener prueba suficiente en relación con la presunción de inocencia
R.N. N° 1902-2011	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Trata de personas	28 de octubre de 2011	Intención de explotar labora o sexualmente	No precisa	No precisa adecuadamente la determinación
R.N. N° 1222-2015	Sala Penal Transitoria de la C.S.J.	Feminicidio	18 de mayo de 2016	Intención de querer causar la muerte de la víctima	Cuestión fáctica	Es necesario probar la intención de querer causar la muerte de la víctima
R.N. N° 2013-2017	Sala Penal Permanente de la C.S.J.	Violación sexual de menor de edad	18 de enero de 2018	Propósito de tener acceso carnal con la víctima	Confunde cuestiones	No precisa adecuadamente la determinación.