



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES Y
CRIMINOLOGÍA

LA PRUEBA DEL DOLO EJEMPLIFICADA EN UN
CASO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL
FABRICANTE DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

IGNACIO FIGUEROA SAN MARTÍN
MARÍA FRANCISCA RIVERA ROA

Profesor Guía: Prof. Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile, 2016

Quisiera agradecer a mi familia, por el apoyo permanente e incondicional tanto en este proceso como en todos mis proyectos.

Agradezco, también, a mis amigos por la compañía y el apoyo constante.

Finalmente, quiero agradecer a mi compañera en este trabajo y en la vida, quien me ayudó a recordar que lo importante es el proceso de aprendizaje y no la obtención del resultado, quien además hizo de este trabajo una tarea mucho más llevadera, y con quien agradezco haber compartido esta experiencia.

Ignacio Figueroa San Martín

Quisiera agradecer en primer lugar a mi madre, la mujer que ha hecho posible cada paso que he dado en esta vida, la que me enseñó con su ejemplo que nada es imposible de lograr cuando hay perseverancia, dedicación y amor.

En segundo lugar, agradezco a mi familia y mis amigos de siempre, por la confianza y el apoyo permanente.

Y por último, a mi compañero, en este camino y en la vida, mi fuente de inspiración y energía, con quien sin duda me siento orgullosa de haber enfrentado este desafío.

María Francisca Rivera Roa

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Introducción.....	1
Objetivos.....	2
Metas.....	3
Estructura.....	3
CAPÍTULO I	
GENERALIDADES RELATIVAS AL CONCEPTO DEL DOLO.....	5
1 El concepto de dolo.....	5
1.1 Doctrina tradicional.....	5
1.2 Tripartición.....	7
1.3 Delimitación entre dolo eventual y culpa consciente.....	10
1.4 Concepto elegido para este trabajo.....	16
2 Fundamentos para una punibilidad superior.....	19
CAPÍTULO II	
LA PRUEBA DEL DOLO EVENTUAL.....	21
1 La prueba en materia penal.....	21
1.1 Concepto de prueba.....	22
1.2 Importancia de la prueba.....	24
1.3 Estándar probatorio exigido en Chile.....	26
1.4 Valoración de la prueba en el proceso penal y sistemas probatorios.....	29
2 Prueba del conocimiento de los elementos del tipo objetivo.....	33
2.1 Necesidad de elección de criterios idóneos para demostrar los hechos subjetivos o psicológicos	34

2.2 Propuestas de solución respecto de la prueba de hechos subjetivos.....	34
2.2.1 Autoincriminación o confesión auto-inculpatoria y crítica.....	35
2.2.2 Propuesta psicológica y crítica.....	37
2.2.3 Prueba de indicios.....	41
2.2.3.1 Concepto	44
2.2.3.2 Elementos del indicio.....	47
2.2.3.2.1 Hecho indicador.....	48
2.2.3.2.2 Regla de experiencia.....	50
2.2.3.2.3 Inferencia lógica.....	52
2.2.3.2.4 Hecho indicado.....	53
2.2.3.3 Requisitos y momento de la valoración de la prueba indiciaria.....	54
2.2.3.3.1 Valoración individual.....	54
2.2.3.3.2 Valoración conjunta.....	57
2.2.3.4 Clasificación de los indicios	59
2.2.3.5 Los hechos avisadores y la prueba del dolo en base a la prueba indiciaria.....	60
2.2.3.6 Análisis crítico.....	62
2.2.4 Teoría normativa de Ragués: reglas de atribución de conocimiento ajeno.....	69
2.2.4.1 Preámbulo.....	69
2.2.4.2 El sentido social de la conducta como criterio de atribución.....	71
2.2.4.3 Atribución del conocimiento.....	72
2.2.4.3.1 Los conocimientos mínimos.....	73
2.2.4.3.2 Transmisiones previas de conocimientos.....	75
2.2.4.3.3 La exteriorización del propio conocimiento.....	76
2.2.4.3.4 Las características personales.....	76
2.2.4.3.5 Otros criterios de atribución de conocimiento adicionales en los delitos de resultado.....	77

2.2.4.4	Análisis crítico.....	83
---------	-----------------------	----

CAPÍTULO III

LA PRUEBA DEL DOLO EVENTUAL DEL FABRICANTE DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CASO DEL ACEITE DE COLZA	91
1 El caso del aceite de colza.....	92
1.1 Los hechos.....	92
1.2 El razonamiento del tribunal.....	97
1.3 Importancia del caso de la colza.....	101
2 La prueba del dolo eventual en el caso del aceite de colza.....	104
2.1 Lo expuesto en la sentencia por parte del tribunal.....	104
2.2 El razonamiento tácito que se podría desprender de la sentencia para la prueba del dolo en el caso de la colza.....	108
2.3 Problemas de la prueba del dolo en las sentencias del caso de la colza.....	111

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	122

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. o arts.	Artículo o artículos
CPP	Código Procesal Penal
MATDR	Más allá de toda duda razonable
PM	Premisa mayor
Pm	Premisa menor
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SCA	Sentencia de Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia de Corte Suprema
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
STOP	Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SS.	Siguientes

RESUMEN

En el presente trabajo se abordará el problema de la prueba del dolo en el proceso penal, teniendo como objetivo responder a la pregunta sobre cómo se puede acreditar en juicio el dolo del autor de un delito, todo lo cual se ejemplificará en un caso de responsabilidad penal del fabricante, específicamente en el llamado “caso de la colza”.

En el primer capítulo nos referiremos al concepto de dolo, sus categorías y delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual. Además abordaremos los fundamentos para una mayor punibilidad de la conducta dolosa sobre la culposa.

En el segundo capítulo, nos referiremos a la prueba en el proceso penal y a sus particularidades; para luego abordar las propuestas dogmáticas que se han formulado para acreditar el dolo del autor, sus problemas teóricos y críticas.

En el capítulo tercero, en primer lugar, expondremos el caso de la colza, que corresponde a un caso de envenenamiento masivo de la población en España por consumo de un aceite contaminado con anilina, producto de lo cuál se produjeron muertes y lesiones; en segundo lugar, haremos una aplicación del análisis de la prueba del dolo a este caso.

En el capítulo final, se enumeran las conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo y la opinión de los autores, referida a la posibilidad de probar el dolo mediante prueba indiciaria o en virtud de una atribución de conocimientos - aplicando la teoría normativa de Ragués -, siempre que todo ello sea explicitado en la fundamentación de la sentencia.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, uno de los temas más recurrentes desarrollados por la ciencia jurídico-penal ha sido todo lo relativo al dolo, centrando sus esfuerzos en determinar, dogmáticamente, su concepto, categorizaciones, extensión, importancia, etc. Sin perjuicio de ello, no se aprecia de manera recurrente un interés por parte de la doctrina por explicar cómo dicha construcción teórica debe ser aplicada en la práctica en el juicio penal¹.

Esto último resulta absolutamente necesario, ya que sin importar la tradición de una doctrina mayoritaria, o la potencia y elocuencia de una eventual incipiente doctrina minoritaria, toda discusión teórica deberá ser probada en el juicio penal para efectos de hacer aplicación de la misma. En este sentido, sin importar la teoría a la que se adhiera respecto de la delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual, dicha postura deberá ser acreditada, entendiendo que el juicio pretende reconstruir la situación en la que los hechos se produjeron, para poder legitimar la imposición de una pena a través de una sentencia condenatoria, que indiscutidamente afectará algunas de las garantías constitucionales más importantes del destinatario de la sanción penal.

Es por esto, que un estudio sobre la prueba del dolo resulta del todo relevante y de gran importancia práctica, ya que su desarrollo teórico no ha alcanzado un nivel tan elevado, aun siendo de diaria aplicación.

Por otra parte, las hipótesis de responsabilidad penal del fabricante de productos defectuosos, entendidas como aquellos casos en los que el fabricante incumple normas de conducta, que le imponen deberes de cuidado, y que producto de ello

¹ Cfr. RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 4: p. 17, 2004.

lesiona o pone en riesgo determinados bienes jurídicos del consumidor, como la vida, la integridad física o la salud pública², requiere un tratamiento especializado, ya que por su naturaleza ofrece ciertas características especiales que podrían producir la necesidad jurídica de aplicar estas normas de prueba de manera diferenciada.

Es así como, un estudio sobre la prueba del dolo ejemplificado en un caso de responsabilidad penal del fabricante de productos defectuosos, cobra especial interés, considerando que -por regla general-, estas hipótesis se encuentran sobre la delgada línea que separa el actuar doloso del actuar imprudente, exigiendo por ello, un sistema de normas que regulen y ayuden a solucionar dicha dificultad.

Por otro lado, la importancia de un desarrollo teórico para estos casos, se acentúa toda vez que, la comprobación de un actuar doloso lleva consigo una punibilidad superior a una comprobación de un actuar imprudente, como veremos someramente en el cuerpo de este trabajo.

En este contexto, pasaremos a explicar cuál es el objetivo, las metas y la estructura del trabajo.

a. Objetivo

El objetivo general del trabajo, es aportar a la discusión teórica relativa a la prueba del dolo, que como dijimos, no ha tenido un desarrollo amplio; y hacer, posteriormente, una aplicación de todo ello a un área específica dentro del Derecho Penal.

² Cfr. al respecto CONTRERAS, Lautaro. “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”. *Política criminal*. Vol. 10, No 19, (Julio 2015), Art. 9, pp. 269-270.

De este modo, el objetivo específico consiste en aplicar dicha discusión teórica a algún caso de responsabilidad penal del fabricante de productos defectuosos, para así prevenir la arbitrariedad y a la vez disminuir las posibilidades de error, sin que ello signifique perder la eficacia necesaria que requiere este sistema de normas para cumplir su rol.

Para lograr este objetivo, expondremos de manera tangencial aquellas materias que no sean de la esencia de este trabajo, pero que sí revistan importancia para la investigación, para así centrarnos en responder la pregunta planteada de la mejor manera posible, y evitar el riesgo de abultar el trabajo con información que no sea completamente necesaria para responder claramente nuestra pregunta.

b. Metas

Respecto a las metas del presente trabajo, se pretende obtener como producto final de esta investigación un material breve, coherente, cohesionado y que exponga las soluciones que se obtuvieron a lo largo de ella, de modo tal que, sirva al lector como una guía útil para aquellos casos en que se presente el problema de la prueba del dolo del imputado.

En este sentido, se pretenden aportar las nociones doctrinarias, las aplicaciones jurisprudenciales y las soluciones planteadas para la prueba del dolo; y además ejemplificar esta discusión teórica mediante un caso de responsabilidad penal por el producto, todo ello de la manera más sencilla y explícita posible.

c. Estructura

El trabajo se ha dividido en cuatro grandes capítulos que pretenden demostrar de manera lineal y coherente el razonamiento que se ha desarrollado, para efectos de encontrar una posible solución a la problema objeto de esta investigación.

El primer capítulo se encargará de las cuestiones generales relativas al dolo penal, y tiene como principal objetivo establecer un lenguaje común que será el que se utilizará a lo largo de todo el trabajo, y al mismo tiempo, exponer el contexto y las razones por las cuales esta es una labor de importancia. Es así como se desarrollará el concepto de dolo, la problemática de la tripartición, la delimitación entre la culpa consciente y el dolo, y las razones de una punibilidad superior de la conducta dolosa sobre la culposa.

Posteriormente se abordará, en el capítulo segundo, todo lo relativo a la prueba en general y la prueba del dolo en particular, abarcando así las respuestas entregadas por la doctrina tradicional y los problemas que esta ha encontrado. Asimismo, se pretende abordar las soluciones más modernas que se han formulado, para efectos de probar algo tan difuso y complejo como aquello que el sujeto conocía o no.

En el capítulo tercero, se pretende hacer una aplicación del análisis expuesto a algún caso específico de responsabilidad penal del fabricante, para efectos de ejemplificar la manera en que dichas soluciones y críticas operan.

Finalmente, en el capítulo cuarto se enumerarán las conclusiones obtenidas en esta investigación.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES RELATIVAS AL CONCEPTO DEL DOLO

Como mencionábamos en la introducción de este trabajo, el concepto del dolo, sus categorías y más aún la extensión de estas categorías, han sido motivo de incontables obras dentro de la literatura jurídico penal. Múltiples han sido las teorías que se han desarrollado para dotar de contenido a este concepto, y por lo tanto, resulta necesario explicar algunas de ellas para efectos de utilizar un lenguaje común a lo largo de este trabajo.

Asimismo, resulta indispensable para el cumplimiento de los objetivos del mismo, abordar este tema para poder comprender qué es el dolo, y así poder tener claro qué es lo que se requiere probar posteriormente en el juicio penal.

1 El concepto de dolo

1.1 Doctrina tradicional

Tradicionalmente se ha abordado esta problemática acudiendo a dos elementos formativos del dolo; el elemento volitivo y el elemento cognoscitivo³. Entendiendo por dolo el “conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total del injusto”⁴.

³ Cfr. Por todos. ROXIN, Claus. “Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 415.

⁴ LUZÓN, Diego, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 1109.

Esta conceptualización tradicional, da pie para abordar el problema a la luz de la clásica tripartición del dolo. Sin embargo, otros autores que buscan renunciar a esta tripartición lo han definido, en términos generales, como “el empleo a sabiendas de una estrategia idónea para realizar el tipo”⁵, como expone Roxin citando a Puppe.

Siguiendo la doctrina tradicional, la exigencia de ambos elementos ha sido discutida a lo largo de la evolución doctrinaria de este concepto, dando lugar al desarrollo de dos grupos de teorías; la “teoría de la voluntad” y la “teoría de la representación”.

En términos generales, podríamos señalar que la teoría de la voluntad parte del supuesto de que “sólo la realización voluntaria o intencionada del tipo merece las penas previstas para los delitos dolosos”⁶. Por ello, el elemento volitivo del dolo forma parte fundamental para que la conducta realizada sea imputable al sujeto. En este sentido, se exige que el sujeto tenga una clara voluntad de realizar la conducta típica, esto es, que voluntariamente quiera realizar todos los elementos objetivos del tipo penal en cuestión.

Para esta teoría, la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo fundamenta la superior punibilidad que tendría el actuar del agente, separándolo del actuar imprudente, toda vez que en este último no existe una voluntad precisa de actuar de manera directa en contra del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la teoría de la representación plantea que basta el conocimiento de que el sujeto se encuentra realizando los elementos objetivos del tipo para que su actuar sea doloso. En este sentido, toma especial importancia el elemento cognoscitivo o intelectual, que supone un conocimiento de todos los elementos del tipo global de injusto, es decir, de los elementos esenciales, accidentales, descriptivos y normativos. Además exige conocer “los presupuestos materiales de la

⁵ ROXIN, Claus. Óp. Cit., p. 415.

⁶ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 1.

prohibición penal, es decir, todos los datos y circunstancias que fundamentan la antijuridicidad”⁷.

1.2 Tripartición

Para abordar el concepto de dolo, la doctrina⁸ y -por añadidura- la jurisprudencia⁹ han distinguido tres hipótesis del actuar doloso; el dolo directo, el dolo indirecto, de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, y el dolo eventual.

Al explicar el contenido de cada una de estas categorías se ha acudido a los elementos formativos del dolo que mencionábamos anteriormente, los que se relacionan de manera diferente entre sí en cada categoría. En el caso del dolo directo, si existe intención, basta una suposición de una posibilidad -aunque sea escasa- de que produzca el resultado, como por ejemplo un disparo a gran distancia. Si se produce el resultado lesivo, se configuran todos los elementos para la concurrencia del dolo directo sin importar cuan improbable fuese, toda vez que se aprecia claramente la intención del sujeto. En el dolo de segundo grado concurre el elemento intelectual en su totalidad, el sujeto tiene un conocimiento muy exacto, pero su intención o voluntad es diferente.

Por ejemplo, quien pretende derribar la bóveda de un banco usando un aparato explosivo sabe que puede dar muerte a quienes trabajan o se encuentran en el banco, por ello, se puede entender como querida la muerte de estas personas aun

⁷ LUZÓN, Diego. Óp. cit., p. 1110.

⁸ Cfr. ROXIN, Claus Óp. cit. P 415 y ss. RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba en el proceso penal”, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999, p. 44 y ss. LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1113 y ss.

⁹ En Chile diversos fallos hacen uso de la distinción para desarrollar la argumentación jurídica. Cfr. Sentencia de la Exma. Corte Suprema de 26.01.2009, Segunda Sala, Rol 5.898-08. Sentencia de la Exma. Corte Suprema de 10.07.2008, Segunda Sala, Rol 208-2008. Sentencia de la Exma. Corte Suprema de 24.12.2007, Segunda Sala, Rol 5.415-07.

cuando no la persigan de manera principal. De esta forma, el elemento volitivo será menos intenso que en el dolo directo.

Por último, respecto al dolo eventual, la relación entre estos elementos se discute desde su base. Por un lado, se diferencia del dolo directo ya que el sujeto no persigue el resultado (elemento volitivo aminorado); y, en adición a lo anterior, se encuentra diferenciado del dolo de segundo grado, ya que su conocimiento respecto de la realización del resultado es, a su vez, reducido. “En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el *dolus eventualis* a la imprudencia consciente”.¹⁰

Esta distinción teórica es relevante, toda vez que el legislador excluye ciertas formas de dolo para ciertos tipos penales en atención a sus especiales características. Así, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, se ha estimado que el delito de parricidio, sólo pueden cometerse bajo la figura del dolo directo ya que el artículo 390 del Código Penal exige que el sujeto activo conozca las relaciones que lo ligan con la víctima. Todo lo anterior, aún cuando la procedencia de otras formas dolosas ha sido discutida¹¹.

Los mayores problemas de esta tripartición, radican en poder determinar los límites de cada una de estas figuras y especialmente determinar en qué lugar se encuentra el límite entre el dolo eventual y la culpa consciente.

Podríamos conceptualizar al dolo directo como aquel en que el autor del delito conoce y quiere realizar todos los elementos del tipo global del injusto¹². En este sentido, es la categoría de dolo en que existe una mayor exactitud respecto del interés del autor de ir en contra del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, es la

¹⁰ ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 415.

¹¹ Cfr. GARRIDO, Mario. “Derecho Penal – Parte Especial”. Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica, 2007, p. 77.

¹² LUZÓN, Diego, Óp. cit. p. 1113.

forma de dolo que plantea menores problemas doctrinarios en su explicación. Por ejemplo, actúa con este tipo de dolo el sujeto que para facilitar el robo de un banco, al ingresar a la sucursal, da muerte al guardia mediante un disparo en la cabeza.

Este opera aún cuando el sujeto no tenga completa seguridad de la producción del resultado típico, bastando que exista un riesgo mínimamente relevante para que pueda existir imputación.

Por último, es necesario señalar que estamos ante esta figura de dolo aún cuando la realización del tipo penal no sea el fin último o principal del autor, “basta con que la desee, la persiga, y por tanto constituya su motivo o fin más próximo o directo, aunque ello constituya el medio para un móvil o fin último”¹³

Por otro lado, encontramos la hipótesis de dolo indirecto, dolo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, en el que sujeto conoce las consecuencias del acto y las asume como necesarias para la consecución de su resultado, por lo que las acepta como tal¹⁴. Por ejemplo, el sujeto que para abrir la bóveda de un banco hace estallar una potente bomba en una pared contigua a éste, sabiendo que con ello dará muerte a los trabajadores y usuarios que en él se encuentran.

Por regla general, el autor estará ante un dolo de consecuencias necesarias respecto de uno o varios tipos penales y ante un dolo directo respecto de otros, como en el ejemplo recién mencionado, en que el autor actuaría con dolo indirecto respecto del homicidio de los empleados y usuarios del banco, y con dolo directo respecto de los daños causados al edificio.

La doctrina estima que en la gran mayoría de los casos esta distinción entre dolo directo e indirecto no presenta mayor dificultad práctica, toda vez que no hay problemas de difícil delimitación. Será dudosa la posibilidad de imputación, en

¹³ LUZÓN, Diego, Óp. cit. p. 1115.

¹⁴ Ibíd. p. 1116.

aquellos tipos que en su redacción contengan frases como “intencionalmente”, “de propósito” y otras equivalentes que hagan cuestionarse al intérprete respecto a la posibilidad de que proceda el dolo indirecto en la comisión de estos¹⁵.

Una última categoría corresponde al dolo eventual (*dolus eventualis*) que se verifica cuando el sujeto no persigue ni pretende directamente realizar un hecho típico, sabiendo que no es segura la obtención del resultado, pero siendo consciente de que existe una posibilidad de que con su conducta realice el hecho típico¹⁶. Por ejemplo, el caso de un conductor con mucha prisa que conduciendo con exceso de velocidad, no se detiene ante una luz roja en un cruce de avenidas importantes, en un horario de mucho tráfico. Si se produce una colisión, el conductor será responsable de los daños y eventuales lesiones o resultados de muerte que hubiere producido el hecho, por haber sido capaz de prever la posibilidad de que estos se produjeran aún cuando no lo quisiese.

Es precisamente esta última figura la que genera las mayores dificultades teóricas y prácticas toda vez que es muy difícil lograr establecer cuál es el límite que separa al dolo eventual de la culpa consciente, en la cual el sujeto actuando imprudente o temerariamente conoce la posibilidad de que se verifique el resultado pero no lo acepta.

1.3 Delimitación entre dolo eventual y culpa consciente

Para solucionar este problema teórico, la doctrina ha extremado sus esfuerzos a lo largo de la evolución de la dogmática penal dando luz a diversas teorías que se abordarán muy sucintamente.

¹⁵ LUZÓN, Diego, Óp. cit. p. 1116.

¹⁶ *Ibíd.* p. 1117.

En primer lugar es necesario mencionar a la teoría del consentimiento¹⁷, la cual plantea que como toda figura dolosa, es requisito que se encuentre presente el elemento volitivo. Es en virtud de este elemento que se permite establecer la línea divisoria respecto de la imprudencia consciente. Para esta teoría, concurre en esta figura dolosa una voluntad menos intensa porque el sujeto no busca de manera directa e inmediata el resultado, sino que consciente en que se produzca teniendo conocimiento de la eventualidad del mismo. Otros autores han conceptualizado a esta doctrina utilizando frases como “asumir”, “aceptar”, “conformarse”, “resignarse con o ante”, “tomar una decisión por la posible lesión del bien jurídico”, “aprobar”, “tomarse en serio”, etc¹⁸.

En este sentido, el autor actuará sólo con culpa consciente cuando confíe en la no producción del resultado, o bien cuando no acepte la posibilidad de que este produzca¹⁹.

Para facilitar la determinación de si existe o no este consentimiento, se desarrollaron dos fórmulas propuestas por Frank²⁰, las que se reconocían como medios para probar el dolo eventual. La primera fórmula de Frank o fórmula hipotética intenta responder la pregunta, ¿cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde un principio en la producción del resultado realizador del tipo? Ante esto, plantea que existe dolo eventual si el juez concluye que el sujeto, aunque estuviera seguro de que se iba a producir el hecho, pese a todo hubiera actuado. La segunda fórmula de Frank, o fórmula positiva, plantea “si el sujeto se dice: sea así o de la otra manera, pase esto o lo otro, en todo caso actúo”, hay dolo. Sin embargo las fórmulas de Frank han recibido múltiples objeciones, principalmente la primera de ellas, ya que propone enfrentar al sujeto a una situación que no se ha representado,

¹⁷ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 60 y ss.

¹⁸ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1118.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Cfr. Una mayor extensión de la evolución de las llamadas fórmulas de Frank se encuentra en RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 62 y ss., o en ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 438 y ss.

es decir, el sujeto no se ha representado la seguridad de la producción del hecho, ergo, no resulta aplicable la fórmula para solucionar la pregunta²¹.

La teoría del consentimiento, en su sentido más puro, ha sido fuertemente criticada, toda vez que implica una enorme subjetivización de la figura dolosa, lo que producirá enormes problemas probatorios, ya que como veremos en los capítulos siguientes, resulta imposible probar el ánimo de una persona, toda vez que esto forma parte del fuero interno de la misma, cuestión que resulta muy difícil de reproducir en el juicio de responsabilidad penal²². Además, se ha criticado que produce inseguridad al basarse en la confianza que el sujeto tiene respecto a la producción del resultado dañoso del bien jurídico protegido por la norma penal²³.

Sin embargo, los defensores de esta doctrina plantean que existe esta dificultad de acreditación en el proceso respecto de todos los elementos subjetivos en el derecho penal, y que las otras teorías también tienen los mismos problemas de imprecisión y dificultades probatorias. Además, agregan que esta teoría prima sobre las demás ya que no prescinde del elemento volitivo²⁴.

En un sentido inverso encontramos a las teorías de la representación. “A diferencia de los partidarios de la teoría del consentimiento, los autores que se inscriben en la teoría de la representación no intentan mantener a toda costa la definición general de dolo como conocer y querer cuando se encuentran con casos fronterizos, sino que se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos”²⁵.

²¹ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1119.

²² Cfr. RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo” Óp. cit. p. 17 y ss.

²³ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1118.

²⁴ Ibíd. p. 1119.

²⁵ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 66.

Alguna parte de la doctrina llama teoría de la representación a la teoría de la posibilidad exclusivamente, y otra parte, contempla a la teoría de posibilidad y de la probabilidad²⁶. Ambas tienen en común una completa prescindencia del elemento volitivo del dolo, satisfaciéndose la figura del dolo eventual sólo con el elemento intelectual²⁷. Basta el conocimiento o representación de la probabilidad o posibilidad de la producción del hecho típico, ya que se apoyan en la idea de que la mera representación de la posibilidad o probabilidad de realización del hecho típico debiera disuadir al sujeto de continuar con el curso causal de sus actos²⁸.

Para la teoría de la posibilidad, el sujeto actúa con dolo eventual con la mera representación de la posibilidad de producción del hecho, sin exigir el elemento volitivo²⁹.

Por otro lado, la teoría de la probabilidad intenta mejorar el límite de la teoría de la posibilidad, exigiendo más en el elemento cognoscitivo. Plantea, en definitiva, que la mera posibilidad en la producción del resultado no sería suficiente para poder establecer la concurrencia del dolo eventual, para ello se requiere una “probabilidad predominante”³⁰, un determinado grado elevado de posibilidades respecto a la producción del hecho típico.

Ambas teorías de la representación en su forma son criticables porque prescinden totalmente del elemento volitivo, que para la doctrina tradicional se requiere para cualquier forma o categoría del actuar doloso. El elemento volitivo “aunque sea en su forma menos intensa, es lo que materialmente fundamenta la diferencia de desvalor – subjetivo y objetivo – de la acción frente a la imprudencia”³¹.

²⁶ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1120.

²⁷ Ídem.

²⁸ ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 435.

²⁹ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1120.

³⁰ ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 435.

³¹ LUZÓN, Diego, Óp. cit. p. 1122.

Además es posible establecer una crítica a estas teorías ya que, no demarcan una verdadera frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente, toda vez que, no es posible establecer normativamente el conocimiento respecto al grado de posibilidad o probabilidad que el sujeto tenía, porque se trata de un elemento complementemente subjetivo.

Una tercera respuesta a la difícil pregunta relativa al límite entre el dolo eventual y la culpa consciente la intenta proporcionar la teoría de la indiferencia o del sentimiento. Para esta teoría, concurre dolo eventual cuando el sujeto manifiesta un sentimiento o indiferencia hacia la posible realización típica que ha logrado representarse³². En este sentido, recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, que considera indeseables y tiene por ello la esperanza de que no se produzcan.

Nuevamente debemos señalar que esta teoría ha sido criticada, debido a que acude a un sentimiento del sujeto que no podrá ser verdaderamente comprobado en el juicio penal, y porque el sentimiento no es capaz de sustituir una decisión de voluntad³³.

Luego, encontramos a la teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, desarrollada en base al concepto final de acción de Kaufmann³⁴. En ella se plantea que no existirá dolo eventual cuando la voluntad del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado. En este sentido, "concurre imprudencia consciente cuando el sujeto, en su acción influyente en el resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera "que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible", señala Roxin citando a Kaufmann³⁵.

³² LUZÓN, Diego, Óp. cit. p. 1124.

³³ Ídem.

³⁴ ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 436.

³⁵ Ibíd. p. 437.

La crítica que se ha realizado a esta teoría dice relación con lo restrictiva de su aplicación, ya que al aplicarla sólo permite conseguir un indicio a favor o en contra de la figura dolosa³⁶. Por otro lado, se ha cuestionado el hecho de que los esfuerzos por evitar el resultado y excluir el dolo no tendrán tal efecto si el sujeto no confía en su éxito³⁷.

Para dar solución a las críticas que hemos expuesto respecto de cada una de las teorías formuladas, se han intentado desarrollar diversas teorías combinadas o eclécticas tendientes a resolver este problema, que se traducen en distintas formulaciones lingüísticas del actuar doloso³⁸.

Por último, es necesario mencionar, que parte de la doctrina ha planteado la necesidad de que exista una tercera forma de imputación que esté situada entre la del dolo y la culpa. Weigend ha tomado esta teoría apoyándose en el concepto propio del derecho angloamericano "*recklessness*"³⁹.

En la actualidad, es clara la necesidad de perfeccionar este concepto, y como plantea Claus Roxin, existe un amplísimo consenso acerca de la necesidad de perfilar el concepto de dolo, a partir de las finalidades que se pretenden con el Derecho penal y con la sanción propia de los hechos dolosos⁴⁰. El dolo no es una cuestión empírica sino 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"⁴¹.

³⁶ ROXIN, Claus. Óp. cit., p. 437.

³⁷ Ídem.

³⁸ LUZÓN, Diego. Óp. cit. p. 1124.

³⁹ Cfr. ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 447.

⁴⁰ Cfr. RAGUÉS, Ramón, "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, p. 2, 2012.

⁴¹ PÉREZ, Gabriel. "El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p 817.

Aún no existe certeza jurídica respecto de esta problemática, toda vez que la doctrina y jurisprudencia -tanto nacional como extranjera-, no han logrado acuerdo respecto al lugar en que se encuentra el límite entre el dolo eventual y la culpa consciente. De esta manera, la jurisprudencia al abordar los casos que se encuentran en el límite, fundamentan sus sentencias acudiendo a elementos propios de una y otra teoría⁴².

De esta manera, podemos apreciar una crisis de las categorías en su formulación tradicional, ya que “la mayoría de las posiciones han acabado quedando atascadas en la disyuntiva entre las teorías de la voluntad y de la representación”⁴³.

Es por ello que, para explicar estos conceptos, la doctrina moderna ha incorporado otros elementos, dentro de los cuales encontramos uno propio de la vida en sociedad: el riesgo. “Solamente tras tal valoración se puede identificar aquel elemento estructural de peligrosidad que constituye, en el plano subjetivo, el auténtico denominador común a las – y únicamente a las – diversas formas de dolo”⁴⁴.

1.4 Concepto elegido para este trabajo

Como hemos podido observar, existen diversos conceptos de dolo y principalmente diversos conceptos de dolo eventual, de modo tal, que el objeto de prueba variará dependiendo de una u otra teoría acogida. En este sentido, resulta especialmente necesario seleccionar un concepto de dolo eventual para determinar

⁴² Una exposición de estas teorías y su evolución doctrinario, para descartar o afirmar la existencia de dolo se realiza en la SCS, 10.07.2008, Rol: 208-2008, prevención de Ministro Sr. Künsemüller, considerando 3 y ss.

⁴³ RAGUÉS, Ramón, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, Óp. cit. p. 1.

⁴⁴ CANESTRARI, Stefano. “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías del riesgo”, Anales de derecho. Universidad de Murcia, (21): 84, 2003.

cuál será el objeto de prueba y así determinar de qué manera se puede probar el elemento necesario para proceder a la imputación penal.

Creemos que conduce a mejores resultados abogar por reducir o prescindir del elemento volitivo y objetivizar este concepto. De esta manera, será posible evitar el esfuerzo argumentativo para no abandonar a la “voluntad”, teniendo que desarrollar conceptos como aceptar, conformarse, o resignar, entendiendo que en esos casos el sujeto se representó el resultado lesivo del bien jurídico, y con ello, lo quiere. En la práctica, estas formulaciones lingüísticas se deducen “de la circunstancia de que un sujeto no haya desistido de su conducta pese a ser consciente del riesgo de la realización típica que conllevaba”⁴⁵. En este sentido, se pueden plantear dudas de la necesidad de este elemento volitivo debido a que, en primer lugar, no tiene contenido propio, ya que se desprende de la actuación del agente pese al conocimiento del riesgo al bien jurídico⁴⁶.

Por otro lado, el elemento volitivo no desempeña papel relevante en los delitos de mera actividad, siendo sólo entendido en los delitos de resultado. Esto debido a que, para los primeros es suficiente que el sujeto tenga conocimiento de que en su comportamiento concurren los elementos que integran el tipo objetivo penal⁴⁷.

Desde otra perspectiva teórica, pero en el mismo sentido, Pérez Barbará aborda este problema, entendiendo al dolo como un juicio objetivo de reproche o un juicio de valor fundado en un estándar general, referido a un hecho y no a un determinado sujeto⁴⁸. Es así como el delito significa una comunicación de una regla que *prima facie* se aparta de la establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva si esta comunicación alcanza una determinada intensidad comunicativa, que sea suficiente para desestabilizar las expectativas asociadas a la regla cuestionada

⁴⁵ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Óp. Cit.* p. 15.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ PÉREZ, Gabriel. *Óp. cit.* p. 663 y ss.

contenida en el tipo penal⁴⁹. De esta manera, el sujeto actúa con dolo cuando tiene una posibilidad privilegiada de prever el apartamiento de su conducta respecto de la norma; y sólo con culpa consciente cuando tiene una posibilidad atenuada de previsión del resultado comunicativo en contra de la norma⁵⁰. En este sentido, “datos psíquicos como el conocimiento o la voluntad son sólo indicios de la mayor o menor capacidad de prever el apartamiento de la regla infringida a ponderar junto con otros indicios, como pueden ser: el peligro creado, sus características o en general cualquier otra circunstancia constitutiva de la acción”⁵¹.

Dicho esto, y entendiendo que el dolo se constituye por el elemento cognoscitivo, será innecesario tener que probar aspectos psicológicos, tan íntimos y propios del ser interior del sujeto, que obstan y dificultan tanto su determinación teórica como material en el proceso penal. De esta manera, el problema de cómo probar el dolo se traduce en cómo probar el conocimiento de que el sujeto se encuentra realizando todos los elementos del tipo objetivo.

En este sentido, entenderemos al dolo como la conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo⁵². Dicho de otra forma, en la “conciencia de que la conducta concreta resulta apta para realizar determinado tipo penal”⁵³

⁴⁹ *Ibíd.* p. 127 y ss.

⁵⁰ Cfr. PÉREZ plantea que en realidad no está proponiendo un concepto distinto, o nuevo, sino que reconstruye los criterios ya utilizados para afirmar el actuar doloso. *Ibíd.* p. 674 y ss.

⁵¹ RAGUÉS, Ramón, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, *Óp. cit.* p. 7.

⁵² Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” *Óp. cit.* p. 353. El autor va más allá y pretende enfocar el concepto de dolo a partir de conceptos sociales. En este sentido plantea 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 atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”.

⁵³ *Ibíd.* p. 189.

2 Fundamentos para una punibilidad superior

En un inicio, las categorías de dolo de consecuencias necesarias (o de segundo grado) y el dolo eventual, fueron ampliaciones del concepto de dolo, pensadas con el objeto de castigar mayormente hipótesis de culpa consciente que resultaban mucho más graves para cualquier observador social⁵⁴.

En este sentido, la importancia práctica de la necesidad de probar el dolo eventual, radica en su mayor punibilidad respecto de la conducta culposa. Esta punibilidad superior se aprecia tanto en la tipicidad como en la pena asignada al delito, de esta manera, y como señala la Corte Suprema, “la punibilidad del delito culposo es en nuestro Código absolutamente excepcional (arts. 4 y 10 nro.13) y significativamente menor en términos de gravedad que la correspondiente a los delitos dolosos”.⁵⁵

Como es imaginable, la doctrina ha abordado la fundamentación de esta punibilidad superior de la conducta dolosa, a la luz de las diversas teorías y los distintos elementos formativos del dolo.

Para algunos, teniendo presente el elemento volitivo, la actuación dolosa, requiere una mayor punibilidad por cuanto aumenta la peligrosidad objetiva de la conducta, toda vez que el “intentar voluntariamente la lesión supone en general un mayor peligro ex ante para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero queriendo evitar la lesión”⁵⁶. Por otro lado, “el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico (dolo directo), o admite

⁵⁴ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 14.

⁵⁵ SCS, 10.07.2008, Rol: 208-2008, prevención de Ministro Sr. Künsemüller, considerando segundo.

⁵⁶ MIR, Santiago “La perspectiva ex ante”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 36, Fasc. / Mes 1, 1983 p. 14.

que es probable que lo lesiones (dolo eventual); que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aún siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente)”⁵⁷

Por otro lado, y siguiendo las ideas objetivadoras o normativas del dolo mencionadas anteriormente, podemos plantear que el dolo “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.”⁵⁸ De esta manera, el actuar doloso requiere una mayor punibilidad, ya que como mencionábamos anteriormente, tiene una mayor intensidad comunicativa.

⁵⁷ MIR, Santiago “La perspectiva ex ante”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 36, Fasc. / Mes 1, 1983, p. 14.

⁵⁸ PÉRES, Gabriel. Óp. cit., p. 817.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA DEL DOLO EVENTUAL

Una vez que hemos logrado determinar nuestro objeto de prueba -el dolo eventual en los términos que hemos expuesto- es necesario analizar la prueba propiamente tal. En un primer momento nos referiremos a qué entendemos por ella, cuál es su importancia, cuál es el estándar de prueba que se requiere para efectos de lograr una eventual condena en nuestro ordenamiento jurídico vigente, y, de qué manera esta es valorada en sede penal.

Posteriormente, aplicaremos este análisis general a la prueba del dolo eventual, para determinar de qué manera podemos entender comprobado el conocimiento o conciencia que una persona tenía, o podemos concluir que tenía o debía tener, respecto de la realización de un comportamiento típico objetivo.

1 La prueba en materia penal

La prueba dentro del proceso penal merece un tratamiento especial, toda vez que plantea ciertas circunstancias particulares. Por un lado, dada la importancia de los bienes jurídicos comprometidos, la actividad probatoria debe ser especialmente estricta, para lograr una convicción suficiente de parte del juez penal para que junto con una correcta aplicación del derecho positivo la aplicación de la pena resulte legítima. Por otro lado, y considerando la naturaleza fáctica de los delitos, se requiere que la actividad probatoria sea especialmente laxa para lograr transportar la hipótesis de hecho acontecida en el pasado, a la realidad presente ante el juez oral con competencia en lo penal.

1.1 Concepto de prueba

La doctrina y la jurisprudencia⁵⁹ se han encargado de formular diversas definiciones del concepto de prueba, siendo una de ellas la que la conceptualiza como “mecanismo de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio”⁶⁰.

También podríamos señalar que “es el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal aproximarse a la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto”⁶¹.

En adición a lo anterior, podríamos señalar que la prueba es “una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba con arreglo a ciertas garantías”⁶².

Ahora bien, en primer lugar, este último concepto de prueba nos presenta la idea de que consiste en verificar los hechos y no en averiguarlos, ya que ello es parte de la etapa de investigación. En la regulación del enjuiciamiento penal chileno vigente, constituye prueba sólo aquello que consta al Tribunal Oral en lo Penal, de modo tal que sólo se prueba en la etapa de juicio oral⁶³, principalmente en virtud del principio

⁵⁹ Cfr. Respecto de las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales, MATURANA, Cristian, *“Aspectos generales de la prueba”*, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 12.

⁶⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, p. 217.

⁶¹ MATURANA, Cristian. *“Aspectos generales de la prueba”*, Óp. Cit., p. 13.

⁶² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 65.

⁶³ Cfr. Una mayor explicación de esto y su sanción en el proceso penal chileno se encuentra en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *“Derecho Procesal Penal Chile”*, Óp. cit. p. 255.

de intermediación⁶⁴, que exige al juez tener un contacto directo y sin intermediarios respecto de la prueba.

En segundo lugar, este concepto de prueba distingue entre elementos de prueba y medios de prueba. Entendemos por elemento de prueba a “todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva⁶⁵. Por otro lado, entendemos por medio de prueba, “al procedimiento legalmente establecido por la ley con el objetivo de ingresar un elemento de prueba al proceso”⁶⁶.

Por último, esta definición nos recuerda la necesidad de que la actividad probatoria sea limitada por ciertas garantías⁶⁷. Principalmente por las garantías constitucionales emanadas de la Carta Política y otras consagradas en tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes. En este sentido, cualquier prueba que haya sido obtenida con vulneración de estas garantías mínimas deberá ser considerada ilícita⁶⁸ y ser posteriormente excluida de

⁶⁴ En este sentido el artículo 296 Código Procesal Penal establece que “la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral”. Por otro lado, el artículo 340 inc. 2 del Código Procesal penal señala: “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”.

⁶⁵ VELEZ MARICONDE, A., *Estudios de derecho procesal penal*, v. I y II, Universidad Nacional de Córdoba, 1956. Citado por LOPEZ, Julián en HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. Óp. Cit., p. 66.

⁶⁶ CAFFERATA ÑORES, J: *La prueba en el proceso penal*, 4a ed., Depalma, Buenos Aires, 2001. Citado por LOPEZ, Julián en HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. Óp. Cit., p. 67.

⁶⁷ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 67.

⁶⁸ Cfr. Una mayor explicación del concepto, fundamentos, alcance y oportunidad de hacer valer la prueba ilícita se encuentra en HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 164 y ss. “Sería prueba ilícita, primero, la que proviniera de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y, segundo, la que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales” p. 188. Desde otra perspectiva, cfr. TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 133 y ss.

su conocimiento a los jueces del tribunal de juicio oral, cuestión que se verificará en la audiencia de preparación del juicio oral⁶⁹.

Es necesario agregar que la voz prueba se utiliza con diversas acepciones. Tanto como medio de prueba, periodo probatorio, acción o acto de acreditar un hecho o para demostrar el resultado obtenido en relación a la convicción que se ha logrado alcanzar por el tribunal⁷⁰.

1.2 Importancia de la prueba

La importancia de la prueba radica en que esta se requiere para lograr que el juez pase de un estado de completa ignorancia respecto de los hechos que fundamentan la pretensión deducida, a un grado de certeza y posterior convicción, que le permita resolver a través de la sentencia el conflicto de relevancia jurídica que se le ha presentado⁷¹.

Esto en materia penal significa que para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado, deben ser probadas las circunstancias fácticas que configuran el delito y la participación en él del imputado, para, de esta manera, lograr que el juez imponga una pena si corresponde, a través de una sentencia obtenida conforme al debido proceso.

⁶⁹ Cfr. HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit. p. 192. “En Chile, la ineficacia de la prueba ilícita aparece legalmente reconocida en el art. 276 CPP como un problema que afecta la admisibilidad de la prueba ofrecida, que debe ser por lo tanto declarada en al audiencia de preparación del juicio oral y cuya denegación puede ser luego revisada por la vía del recurso de nulidad.”

⁷⁰ MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. cit., p. 14. Señala este autor que “Estas cuatro acepciones se encuentran íntimamente ligadas entre sí. De este modo se puede señalar que utilizando la prueba (medio de prueba) en la prueba (oportunidad procesal) se tiene que probar (acción o acto de acreditar) para que se dé un hecho por probado (resultado)”.

⁷¹ *Ibíd.* p. 24 y ss.

En el ámbito penal, la prueba se hace especialmente importante por la magnitud de los bienes jurídicos que se discuten en el juicio. Por un lado, se encuentra la pretensión punitiva del Estado, y por el otro, la afectación de diversos bienes jurídicos importantes del imputado, como por ejemplo, su libertad y todas las consecuencias que de ello devienen. Lo anterior tiene diversas manifestaciones, entre ellas el establecimiento de un alto estándar probatorio, y, al mismo tiempo, la necesidad de limitar la prueba.

Por un lado, en materia penal es exigido por la ley un estándar probatorio sumamente superior al exigido en materia civil, ya que “los intereses en juego en el proceso penal – la libertad principalmente – aconsejan minimizar el riesgo de error, de modo que resulta más aconsejable que un falso inocente quede en libertad que un falso culpable sea privado de tan valioso bien jurídico”⁷². Esto, como mencionamos, no opera en materia civil ya que no se encuentran en juego bienes jurídicos o valores tan importantes, de modo tal que basta un “estándar de la preponderancia de la evidencia”⁷³.

Asimismo, como señalamos al comienzo, la prueba se encuentra limitada por ciertas garantías fundamentales en concordancia con el principio de presunción de inocencia reconocido expresamente en nuestra legislación nacional⁷⁴, la Carta Fundamental⁷⁵ y diversos tratados internacionales, como son el Pacto Internacional

⁷² De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. El estándar de prueba en el proceso penal. [En línea]. *Diario La Ley número 7947, Viernes, 19 de octubre 2012, p. 12.* <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%209.pdf>> [consulta: 16 de mayo de 2016]

⁷³ Ídem.

⁷⁴ En este sentido el art. 4 Código Procesal Penal señala “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

⁷⁵ El art. 19 n° 3 de la Constitución Política de la República contempla la garantías al debido proceso y señala que se asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Agrega en el inciso séptimo que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

de Derechos Civiles y Políticos⁷⁶ o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷.

1.3 Estándar probatorio exigido en Chile

Como ya habíamos mencionado, en Chile y al igual que en la gran mayoría de los sistemas acusatorios, se exige un estándar probatorio más allá de toda duda razonable.

El artículo 340, inciso primero, del Código Procesal Penal señala que “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

Este alto estándar probatorio es una de las manifestaciones del principio de presunción de inocencia, el cual tiene un rol vital en relación a la legitimidad del sistema procesal penal, toda vez que el imputado durante el curso del proceso tiene en juego intereses de inmensa importancia, tanto a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad en virtud de una condena, como a causa de la certeza de que será estigmatizado por la misma. “Consecuentemente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no debe condenar a un hombre por la

⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto n° 778, 1989, Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. 29.04.1989: artículo 14, n°2 establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Decreto n° 873, 1991, Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. 05.01.1991: artículo 8 n° 2 señala: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

comisión de un crimen cuando haya una duda razonable acerca de su culpabilidad”⁷⁸.

Sin embargo, la noción “más allá de toda duda razonable” no deja de ser cuestionada, toda vez que, por regla general, en los sistemas jurídicos se ha optado por no definir qué es lo que comprende dicho estándar⁷⁹.

Al mismo tiempo, la pregunta sobre qué se entiende por más allá de toda duda razonable, comienza por un cuestionamiento a sí misma respecto de la necesidad de esta definición⁸⁰. Para algunos⁸¹, este concepto no requiere ser definido, toda vez que es un concepto jurídico comúnmente aceptado y comprendido, y a la vez, los esfuerzos por su definición -por regla general- no han sido satisfactorios. Para otros⁸², es necesaria una conceptualización, planteando que esto es esencial, dado que, constituye una garantía muy importante a favor del imputado, debiendo establecerse márgenes claros y precisos.

De esta manera, se ha conceptualizado al estándar probatorio más allá de toda duda razonable en virtud de dos principios: vacilación para actuar y certeza moral⁸³.

La Corte Suprema norteamericana en el caso *Holland v. United States*, sugirió definir este concepto como “la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar”⁸⁴, es decir, corresponde a una duda, basada en la razón y sentido común, que haría a una persona titubear ante una decisión muy importante en su vida. Esta

⁷⁸ Cfr. HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 156.

⁷⁹ Ibíd., p. 158 y ss.

⁸⁰ Cfr. MATURANA, Cristian. “Aspectos generales de la prueba”, Óp. cit., p. 280.

⁸¹ Para un mayor desarrollo, cfr. HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 158. Ver nota 195.

⁸² Ídem.

⁸³ Cfr. MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. cit., p. 280 y ss. o HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 159 y ss.

⁸⁴ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 160.

es una definición en sentido negativo, que en caso de duda acerca de estas características, impediría la condena.

Por otro lado, el segundo criterio, busca aportar a la definición en términos positivos, identificando el estándar probatorio más allá de toda duda razonable con la idea de certeza, entendida como la firme convicción de encontrarse en posesión de la verdad⁸⁵. Para este sector existe la certeza absoluta y la certeza moral⁸⁶. La certeza absoluta propia de los asuntos matemáticos no es posible de ser alcanzada en estos ámbitos de demostración empírica de eventos, ya que deviene en imposible. Por lo tanto, la idea de certeza moral consiste en el nivel más alto de certeza que se puede alcanzar en el juicio penal, y se asimila al estándar más allá de toda duda razonable⁸⁷.

Este segundo criterio se ha preferido en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que “la identificación del estándar con la idea de “certeza” parece desde todo punto de vista conveniente, no sólo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino además porque que este concepto sí tiene en Chile una larga tradición, y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados”⁸⁸.

Ambos conceptos son susceptibles de críticas, principalmente por la subjetividad a la que conducen. La primera teoría, produce el inconveniente de trasladar asuntos de intereses de orden público a la esfera particular de cada individuo⁸⁹. Por su parte, la segunda teoría aporta de algún modo, pero tampoco establece claramente qué se entenderá por certeza moral en todos los casos.

⁸⁵ Cfr. HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 162.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ibíd. p. 163.

⁸⁸ Ibíd. p. 164.

⁸⁹ MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. cit., p. 281, señala que “trivializan el veredicto criminal, al convertirlo en análogo a las decisiones que los jurados toman en su vida privada, lo que se aleja del objeto último de este exigente estándar de convicción”.

Es por ello que para algunos autores, “el estándar de prueba y su duda razonable distan mucho de estar bien definidos, de modo que en lugar de haber alcanzado la deseable objetividad, aún nos encontremos en el reino de la subjetividad y de la íntima convicción”⁹⁰.

A pesar de las discusiones respecto a la necesidad de su definición y a una definición propiamente tal, no hay dudas respecto a que en el juicio penal no existe “una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones ante él presentadas es “mejor”, sino que, es un método para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado, de modo que si ello no se logra debe absolverse, incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia del acusado”⁹¹.

1.4 Valoración de la prueba en el proceso penal y sistemas probatorios

Podemos conceptualizar a la valoración de la prueba como “el análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa, y adoptar la decisión de absolución o condena”⁹².

Couture nos señala que “el tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?”⁹³.

⁹⁰ De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. Sombras de un caso de prueba penal. [En línea]. *Diario La Ley número 7947, Viernes, 8 noviembre 2013, p. 22.* <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%200probatica%2012.pdf>>[consulta: 16 de mayo de 2016]

⁹¹ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 155.

⁹² *Ibíd.* p. 144.

⁹³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 257.

Para responder a la pregunta formulada, hay que tener presente que existen distintos sistemas probatorios o de valoración de la prueba. Estos, “como su nombre lo indica, están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además, se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas”⁹⁴.

Los sistemas de valoración de la prueba son de prueba legal, íntima convicción y sana crítica.⁹⁵

Entendemos por prueba legal, “aquel sistema que regula legalmente el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, imponiéndole la obligación de fundamentar su sentencia sobre la base de un razonamiento lógico fundado en el estricto respeto a dichas reglas”⁹⁶.

Por su parte, la íntima convicción se caracteriza porque el juez tiene absoluta libertad para apreciar y valorar la prueba, con independencia de si los medios de prueba fueron o no establecidos previamente por el legislador, y, al mismo tiempo, no tiene la obligación de fundamentar la manera en que ha llegado a obtener la convicción respecto de los hechos⁹⁷. Couture agrega que “el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”⁹⁸.

⁹⁴ MATURANA, Cristian, “*Aspectos generales de la prueba*”, Óp. cit., p. 211.

⁹⁵ Cfr. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 268 y ss. o MATURANA, Cristian, “*Aspectos generales de la prueba*”, Óp. cit., p. 212 y ss. o HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 145 y ss.

⁹⁶ Ibíd. p. 146.

⁹⁷ MATURANA, Cristian. “*Aspectos generales de la prueba*”, Óp. cit., p. 216.

⁹⁸ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 273.

En último lugar, el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica racional consiste en una categoría intermedia a los dos sistemas anteriormente mencionados⁹⁹. Se caracteriza por la “inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”¹⁰⁰.

Este es el sistema probatorio que impera en Chile en materia penal, consagrado en el artículo 297 del Código Procesal Penal, que establece: “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, (...) Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Se ha entendido que los principios de la lógica tienen un carácter formal, y, por ello, corresponden a reglas relativas a la manera de razonar, de modo tal que, no podrán nunca ser desoídos por el juez¹⁰¹. Estos principios son el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio de tercero excluido y el principio de razón suficiente¹⁰².

Por su parte, podemos mencionar que las máximas de la experiencia se fundamentan en la idea de que el juez es una persona que se enfrenta a los hechos que se le presentan aplicando el derecho con el fin de resolver el conflicto de

⁹⁹ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 270.

¹⁰⁰ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 150.

¹⁰¹ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 271.

¹⁰² Cfr. Para una mayor explicación de cada uno de estos principios, MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. cit., p. 221 y ss.

relevancia jurídica, y por lo tanto corresponde utilizar ciertas proposiciones de experiencia que sirven en la vida a toda persona¹⁰³.

En este sentido, podemos señalar que las máximas de la experiencia corresponden al "conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio"¹⁰⁴.

Esta experiencia la obtiene el juez en el ejercicio de sus funciones y en virtud del medio social en que se desenvuelve, variando según el tiempo, lugar y medio social en que se desarrolla la labor de éste, a diferencia de los principios de la lógica que son universales, estables e invariables¹⁰⁵.

Por último, los conocimientos científicamente afianzados¹⁰⁶ tienen en la actualidad una indudable importancia en atención a los avances de la ciencia. Ellos permitirán demostrar, por ejemplo, la ebriedad a través de un examen de alcoholemia, la filiación a través de un examen de ADN u otros elementos demostrables a través de la aplicación del método científico. "Por esto, podría señalarse que los conocimientos científicamente afianzados constituyen un conocimiento especializado que está por sobre las máximas de experiencia, al tener un mayor valor cognoscitivo debido a la racionalidad y objetividad que presentan"¹⁰⁷.

¹⁰³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 272.

¹⁰⁴ MATURANA, Cristian, "Aspectos generales de la prueba", Óp. cit., p. 228.

¹⁰⁵ Cfr. Para una mayor explicación de las características, funciones y dificultades de las máximas de la experiencia: MATURANA, Cristian, "Aspectos generales de la prueba", Óp. cit., p. 228 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. Para una mayor explicación ibíd. p. 239 y ss.

¹⁰⁷ MATURANA, Cristian, "Aspectos generales de la prueba", Óp. cit., p. 241.

2 Prueba del conocimiento de los elementos del tipo objetivo

Ya habiendo determinado qué entendemos por prueba y aclarado sus particularidades en el proceso penal, corresponde preguntarnos de qué manera podemos acreditar el dolo del imputado en el sentido que hemos expuesto anteriormente. Es decir, intentaremos dar respuesta a la pregunta: ¿cómo podemos probar en juicio la conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo por parte del imputado?

Como mencionábamos en la introducción de este trabajo, esta es una tarea de suma importancia, toda vez que, independiente de lo restringida o amplia que sea nuestra interpretación del dolo, ello deberá ser probado en el juicio. Por lo anterior, es relevante determinar cómo se debe probar el dolo, ya que permitirá evitar que una aplicación muy flexible en materia procesal de conceptos muy restringidos en sede penal haga castigar frecuentemente a los delitos dolosos; o bien, conceptos muy laxos de dolo en materia penal, en virtud de una aplicación jurisprudencial muy estricta en lo relativo a la prueba, haría la condena por delitos doloso escasa. “En este sentido, debe afirmarse que las reglas de prueba desempeñan un importante papel político-criminal de delimitación del ámbito de lo punible y que, por tal razón, es muy necesario que la ciencia —ya sea procesal o penal— trate de teorizar sobre ellas”¹⁰⁸.

Por último, es necesario señalar que comúnmente la comprobación en el proceso penal del conocimiento o elementos internos del acusado al momento de la realización de la conducta punible es llamada por los jueces como prueba de hechos subjetivos o psicológicos¹⁰⁹.

¹⁰⁸ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 17.

¹⁰⁹ Ídem.

2.1 Necesidad de elección de criterios idóneos para demostrar los hechos subjetivos o psicológicos

La prueba de hechos subjetivos o psicológicos, como el conocimiento en el caso del dolo, resulta especialmente compleja, toda vez que, a diferencia de los elementos fácticos, “el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por lo tanto, para su descubrimiento bien poca cosa pueden aportar los medios probatorio más habituales¹¹⁰”.

Es por esto que resulta necesario elegir criterios idóneos para demostrar el conocimiento del imputado respecto de los elementos del tipo objetivo para así poder acreditar el dolo en el juicio penal.

2.2 Propuestas de solución respecto de la prueba de hechos subjetivos

Como mencionamos en la introducción, en general, no ha existido un especial interés de la ciencia jurídico penal por teorizar sobre la manera en que los hechos subjetivos o psicológicos pueden ser probados en el juicio. Sin perjuicio de ello, se han elaborado distintas propuesta para la acreditación en el proceso de estos hechos, las que pasaremos a mencionar para su posterior desarrollo.

La respuesta más tradicional señala que los hechos psicológicos se prueban o por la confesión auto-inculpatória (a continuación 2.2.1.), o por los indicios (a continuación 2.2.3)¹¹¹. Otras doctrinas más modernas, esgrimen argumentos que podríamos agrupar en teorías psicológicas o que acuden a las ciencias empíricas (a

¹¹⁰ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 17.

¹¹¹ *Ibíd.* p. 18.

continuación 2.2.2.)¹¹², y la teoría normativa de Ramón Ragués (a continuación 2.2.4)¹¹³.

2.2.1 Autoincriminación o confesión auto-inculpatoria y crítica

Para la doctrina más tradicional la confesión auto-inculpatoria sería la “prueba por excelencia de la existencia de dolo, puesto que sólo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos”¹¹⁴, de modo tal que es el imputado quien se encuentra en la mejor posición para acreditar este hecho a través de su propia declaración en su contra.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico en materia penal, existe el principio de no autoincriminación, cuya “fuente más directa se encuentra en la máxima latina *Nemo tenetur prodere seipsum* (nadie está obligado a traicionarse a sí mismo) tomada por el derecho común europeo directamente desde el *Corpus iuris canonici*.”¹¹⁵

Actualmente, este principio se encuentra consagrado en distintas disposiciones legales, tanto Tratados Internacionales¹¹⁶, la Constitución Política de la República¹¹⁷

¹¹² Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 213 y ss.

¹¹³ *Ibíd.* p. 257 y ss.

¹¹⁴ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 18.

¹¹⁵ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 78.

¹¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto n° 778, 1989, Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. 29.04.1989: artículo 14, n° 3, letra g) establece el derecho de toda persona “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Por otro lado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Decreto n° 873, 1991, Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. 05.01.1991: artículo 8, n° 2, letra g) señala: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

y en el Código Procesal Penal, donde se encuentra consagrado en tres sentidos¹¹⁸. El primero sentido, o manifestación del principio de no autoincriminación, consiste en el derecho a declarar sin previo juramento. Por otro lado y en un segundo sentido, se establece este principio como el derecho a permanecer en silencio durante el procedimiento. Finalmente, se manifiesta en el derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma¹¹⁹.

A la luz de este principio, cabe rechazar la posibilidad de que el dolo sea probado a través de la confesión auto-inculpatoria, puesto que resultaría contrario a derecho.

Por otro lado, y siguiendo las ideas de Ragués¹²⁰, podríamos mencionar que es posible que el sujeto no recuerda exactamente qué es lo que se representó en el momento de llevar a cabo su conducta y que la confesión corresponda a una reconstrucción a posteriori de dudosa calidad, o bien que no encuentre la manera de explicar la situación y se le tenga por confeso por su debilidad ante la dificultad de los métodos de interrogatorio. También podría ocurrir que, el sujeto, teniendo claro que su actuar no satisface las condiciones para el actuar doloso, busque ser condenado por una necesidad patológica, o para evitar la condena de un tercero.

Es así como “hoy en día ya no se entiende que la confesión suponga la ‘plena prueba’ de los elementos subjetivos”¹²¹.

¹¹⁷ Constitución Política de la República, Art. 19, n° 7 letra f) establece: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

¹¹⁸ Cfr. Para un mayor desarrollo de estos alcances o formas de concreción del principio de no autoincriminación, HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” Óp. Cit., p. 79 y ss.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Cfr. RAGUÉS, Ramón, “El dolo y su prueba...” Óp. Cit., p. 234 y 235.

¹²¹ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 18

2.2.2 Propuesta psicológica y crítica

Llamamos teorías psicológicas a aquellas que parten de la base de que los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad se corresponden a diferentes estados mentales¹²², los que deben ser probados ante el tribunal acudiendo a ciencias empíricas afines y a métodos propios de la psicología¹²³.

Estas teorías, parten de la base de que el conocimiento de la realización de los elementos del tipo objetivo es un proceso efectivamente acontecido en la mente del imputado (un estado mental), el que puede ser averiguado ex post en el juicio penal¹²⁴, a través de disciplinas científicas cuyo objeto sea el “análisis empírico de la vertiente interna o psicológica de la persona”¹²⁵. En este sentido, se acude a la psicología y psiquiatría¹²⁶ como disciplinas científicas aptas para el análisis de la psiquis, de modo tal que se pretende probar el dolo a través de informes periciales que se incorporarán al proceso.

Siguiendo las ideas de Díez Ripollés, es necesario distinguir dos puntos; el primero, de si la formulación teórica del dolo en materia penal es explicable a través de los conceptos y puntos de vista de la psicología y psiquiatría; y el segundo, de si es posible que la aplicación de estas disciplinas científicas sea capaz de aportar a la averiguación del dolo en el juicio¹²⁷.

¹²² Cfr. PAREDES, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en “Anuario de filosofía del derecho”, nº 18, 2001, Valencia, p. 67 y ss.

¹²³ Cfr. Para una enunciación de los distintos métodos, PAREDES, José Manuel “Problemas...” Óp. cit., p. 88.

¹²⁴ Cfr. RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba...” Óp. Cit. p 205 y ss.

¹²⁵ Ibíd. p. 214.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases Metodológicas, Valencia, 1990, p. 306.

En primer término, debemos mencionar que la dogmática penal utiliza diversos conceptos de dolo, algunos basados en la voluntad y otros en la idea de conocimiento,¹²⁸ que no se corresponden con la verdadera realidad psicológica del imputado, de modo tal que resulta ilógico que un perito declare sobre conceptos y fenómenos diferentes a los propios de su disciplina científica¹²⁹.

De esta manera, la prueba del conocimiento como estado mental, acarrea ciertos problemas metodológicos, ya que, en primer lugar, una aplicación coherente de la prueba mediante técnicas psicológicas, debería apoyarse en descripciones de fenómenos neuronales y de eventos mentales correlativos con estos¹³⁰. Los elementos subjetivos que se requieren probar en un juicio penal son esencialmente tres: conocimientos, intención o voluntad, y deseos; sin embargo, estos no logran ser acreditados mediante términos propios de la neurofisiología¹³¹. En consecuencia, debiésemos aplicar otros métodos psicológicos propiamente tales, acudiendo a los términos de memoria, emociones y procesos de motivación de conductas¹³², que permiten establecer regularidades, conectando ciertas formas de conductas con estados mentales¹³³, todo lo cual resulta también criticable, como veremos más adelante.

En segundo lugar, respecto a la eficacia de la utilización de la psicología y psiquiatría para la acreditación procesal del dolo, debemos comenzar señalando que el objetivo es lograr -a través de estas disciplinas- establecer certeza, pues sólo de esta manera podemos “asegurar una plena correspondencia entre hechos probados y realidad psicológica y sólo así, igualmente, puede garantizarse que con la imposición de la pena no se esté corriendo el riesgo de instrumentalizar al reo y de atentar contra su dignidad”¹³⁴.

¹²⁸ Ver p. 5 y ss.

¹²⁹ RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba...” Óp. Cit. p. 218 y ss.

¹³⁰ Cfr. PAREDES, José Manuel. “Problemas...” Óp. Cit., p. 75.

¹³¹ Cfr. Para un mayor desarrollo, Ibíd. p. 76.

¹³² Ibíd. p. 77 y ss.

¹³³ Ibíd. p. 85.

¹³⁴ RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba...” Óp. Cit. p. 221.

A la luz de esta necesidad de certeza, corresponde preguntarse si las ciencias empíricas que hemos señalado -psicología y psiquiatría-, son capaces de proveer reglas que aporten certeza sobre el conocimiento del imputado al momento de cometer el delito.

Al respecto surge una primera dificultad, correspondiente a determinar qué disciplina debe preferirse, ya que existen diferencias entre psiquiatría y psicología que no corresponden ser explicadas en este trabajo¹³⁵. Esto se problematiza aún más, ya que dentro de estas disciplinas científicas existen diversas posiciones, teorías y métodos, tendientes a explicar el conocimiento humano a través de elementos empíricos, de modo tal que el juez, en su calidad de lego en dichas disciplinas, no se encuentra en las condiciones de poder decidir qué concreta teoría es la que describe correctamente la realidad empírica acontecida en el pasado¹³⁶.

La segunda dificultad, propia del cuestionamiento sobre la eficacia de la propuesta psicológica respecto de la prueba del conocimiento pretérito ajeno, se encuentra en que es bastante cuestionable que estas ciencias sean capaces de aportar certeza. A lo más podrían aportar cálculos de probabilidad sobre la existencia de este estado mental, ya que estas ciencias se encuentran condicionadas a la colaboración de la persona cuya psiquis es analizada, lo que no necesariamente provendrá del imputado; y en general, son capaces de aportar datos sobre la

¹³⁵ Cfr. Para una mayor explicación ver nota 585 en: RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba...” Óp. Cit. p. 221.

¹³⁶ Cfr. MIR, Santiago; RAGUÉS; Ramón. “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”. (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García). [En línea]. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. XLIX, Fascículo II, p. 815 y ss. 1996. <<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-199620079500823_ANUARIO_DE_DEREC HO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Comentarios_a_la_Jurisprudencia_del_Tribunal_Supremo._La_determinaci%F3n_del_conocimiento_como_el_elemento_del_tipo_subjetivo>> [Consulta: 26 de septiembre de 2016].

personalidad del individuo, pero no conclusiones sobre el contenido de su representación en el momento de la perpetración del hecho delictual¹³⁷.

Al mismo tiempo, estas técnicas son de carácter abductivo o hipotético, de modo tal que, cualquier afirmación sobre los estados mentales y particularmente el conocimiento, corresponde a “la formulación de una hipótesis explicativa de un hecho –una conducta– que resulta compatible con las leyes explicativas aceptadas en psicología. Pero a falta de comprobaciones ulteriores, no garantiza la verdad de dicha hipótesis en el caso concreto”¹³⁸.

De esta manera, la principal crítica que merece la propuesta psicológica radica en que “los métodos empleados en psicología se dirigen a constatar directamente los hechos (estados mentales), mediante percepción directa cuando ello es posible y en la mayoría de los casos, mediante datos empíricos interpretados a la luz de leyes explicativas. Pero por el contrario, no permiten realizar válidamente inferencias sobre dichos hechos –dichos estados mentales– una vez que han desaparecido (y, además, casi siempre bastante tiempo después) a partir de <<pruebas>> recogidas (...) o creadas (...). De esta manera, incluso aquello que la Psicología nos podría decir en principio, se revela incapaz de hacerlo en el contexto del proceso”¹³⁹.

En base a lo expuesto, creemos que la propuesta psicológica no es suficiente para probar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, dado que no es posible acceder en el ámbito del proceso penal al verdadero contenido de la conciencia de un sujeto en el momento del actuar¹⁴⁰. Asimismo, no es evidente que

¹³⁷ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 222.

¹³⁸ PAREDES, José Manuel. “Problemas...” Óp. Cit., p. 86.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 89.

¹⁴⁰ Algunos autores plantean que estas teorías podrían tener importancia para la acreditación de los llamados delitos pasionales y en los delitos violentos, pero no apuntan a la acreditación del conocimiento. Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 230.

la psicología u otras disciplinas científicas puedan aportar mayor certeza que otros métodos acientíficos como la prueba de indicios¹⁴¹.

2.2.3 Prueba de indicios

La prueba de indicios o indiciaria, prueba indirecta, circunstancial o juicios de inferencia, corresponde a la prueba por excelencia de los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad penal, toda vez que, por regla general, la prueba directa no es obtenida. En este sentido, “en Derecho Penal, la prueba es esencialmente indiciaria. Y ello por dos razones. En primer lugar, los hechos del caso suelen pertenecer al pasado. Eso impide, de entrada, el reconocimiento judicial. Y en segundo lugar, en muchos casos, dichos hechos no han sido percibidos por personas, ni tampoco captados por instrumentos idóneos a tal efecto”¹⁴².

La prueba del dolo, en los términos que hemos expuesto, esto es, la acreditación en juicio del conocimiento de la realización de una conducta típica objetiva, tiende a ser acreditada a través de este medio de prueba. Al respecto, encontramos diversos fallos en la jurisprudencia nacional, que acuden a la prueba de indicios para la prueba del dolo. Así, la Corte Suprema expone “que si bien la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias – anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden- que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que, como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psiquis del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención requerida. Por consiguiente, el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por

¹⁴¹ *Ibíd.* p. 216.

¹⁴² De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. El estándar de prueba en el proceso penal. [En línea]. *Óp. Cit.*, p. 12. <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%2009.pdf>> [consulta: 13 de agosto de 2016]

un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia -como actualmente se prefiere denominarlos- permiten al tribunal, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, de modo que para su averiguación, se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. La falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, lleva a la denominada prueba de indicios, para, a través de ciertos datos exteriores completamente acreditados, inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor -antes, durante y después- de la conducta enjuiciada”¹⁴³.

Asimismo señala la Corte Suprema, siguiendo las ideas del autor nacional Mauricio Silva, que “es indudable que las pruebas indirectas, indicios o presunciones, revisten sin duda aptitud probatoria y su utilización en el proceso será siempre necesaria, debiendo tenerse particularmente en consideración que, como apunta un autor, la intención criminal sólo puede ser puesta en evidencia de manera indirecta”¹⁴⁴.

¹⁴³ SCS, 22 de abril de 2013, Rol: 1179 – 2013, Considerando 21, contra Nahuelqueo Nahuelqueo, Héctor y otro. MicroJuris Online, Cita: MJJ34930. El mismo análisis lo encontramos en SCS, 12 de agosto de 2008, Rol: 1933-2007, considerando 39, en SCS, 13 de abril de 2009, Rol: 6257 – 2007, considerando 15º, además en SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 46º.

¹⁴⁴ Cfr. SCS, 12 de agosto de 2008, Rol: 1933-2007, considerando 39, citando a SILVA, Mauricio. Las Presunciones Judiciales y Legales, Editorial Jurídica Conosur, Segunda Edición, Santiago, 1995, p. 50. El mismo razonamiento y referencia al mencionado autor realiza la Corte Suprema en SCS, 13 de abril de 2009, Rol: 6257 – 2007, considerando 15º y en SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 46º.

Siguiendo estas ideas, podemos mencionar que al alcanzar la convicción requerida para la condena -es decir, una convicción más allá de toda duda razonable- mediante prueba de indicios, no se contraviene la presunción de inocencia, cuestión que ha sido señalada en diversos fallos de la jurisprudencia española a la que se remiten nuestros tribunales. De esta forma, el Tribunal Constitucional español señala que “el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria”¹⁴⁵. La Corte Suprema en nuestro país reafirma esta idea, estableciendo que, “tratándose de un componente del tipo criminal que se comprobará sólo por prueba indirecta o por indicios, toda vez que es la única disponible -prueba absolutamente necesaria- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como el dolo directo en este caso; si configura la especie más grave de dolo, se exige un mayor plus de motivación que requiere verificar la existencia de los datos incriminatorios que le permitieron construir el juicio de inferencia y singularmente comprobar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas de conformidad con las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos, exigencias que han llevado al Tribunal Supremo español a expresar que “...la prueba indiciaria no es prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria. Es la única prueba disponible. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más por el plus de motivación que exige... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo...”¹⁴⁶.

Habiendo establecido lo anterior, analizaremos en qué consiste la prueba de indicios, cuál es su estructura y requisitos para que adquieran la fuerza probatoria necesaria, posteriormente nos referiremos a los tipos de indicios que podemos

¹⁴⁵ STC España, 17 de diciembre de 1985, 174-1985, citado por RAGUÉS, Ramón “El dolo y su prueba...” Óp. Cit. p. 238. A esta misma sentencia se remite nuestra Corte Suprema en SCS, 13 de abril de 2009, rol: 6257-2007, considerando 16º.

¹⁴⁶ SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 48º, citando a STS España, 19 de enero de 2005, 33-2005).

distinguir y su relación con los llamados “hechos avisadores”, para finalmente hacer un análisis crítico.

2.2.3.1 Concepto

Para referirnos al concepto de prueba de indicios corresponde que desarrollemos primeramente qué entendemos por indicios. Al respecto podemos encontrar diversidad de apreciaciones en la doctrina, toda vez que algunos autores identifican al indicio con el hecho indicador, otros lo equiparan con la relación de causalidad, o al hecho indicado, o como un concepto cambiante, o finalmente como un juicio lógico¹⁴⁷.

En primer término se ha entendido al indicio como un hecho indicador, vale decir “todo hecho que por sí mismo tiene la capacidad de indicarnos algo, o (...) un hecho a partir del cual se puede inferir la existencia de otro hecho”¹⁴⁸. En esta línea, en la doctrina nacional y siguiendo la clásica distinción entre hechos principales (aquel que representa el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previsto por la norma) y secundarios (aquellos que adquieren significado sólo cuando permiten extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal)¹⁴⁹, se entiende al indicio como un hecho secundario, vale decir, como aquellos “que van a servir de base a una presunción, aunque sólo tengan una relación remota con el hecho objeto del proceso o con los hechos que han de ser considerados para resolver sobre aquél”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. Para un mayor desarrollo de estos puntos de vista y sus críticas ver REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Segunda Edición, Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 1989, p. 24 y ss.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p 25.

¹⁴⁹ Cfr. HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno” *Óp. Cit.*, p. 133.

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 134.

Esta noción que equipara al indicio con el hecho indicador es criticable, por cuanto el hecho en sí mismo no indica absolutamente nada sin un juicio de inferencia¹⁵¹. Carnelutti señala que, “un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste”¹⁵². Así las cosas, al equiparar al indicio con el hecho indicador se está identificando con uno de sus elementos estructurales¹⁵³.

Por otro lado, se ha entendido al indicio como “la inferencia o relación de causalidad existente entre los hechos indicador e indicado”¹⁵⁴, o como un hecho indicado que es establecido por inferencia lógica¹⁵⁵; ambas doctrinas -al igual que la anterior- contienen el mismo defecto de confundir al indicio con uno de sus elementos estructurales¹⁵⁶, como veremos en el siguiente apartado.

Otro sector de la doctrina, establece que es una figura que admite varias acepciones toda vez que cambia de acuerdo con el criterio utilizado para su observación¹⁵⁷, es decir, admitirá distintos conceptos si se le da contenido a partir del hecho indicador, hecho indicado o la inferencia lógica. Esta interpretación resulta cuestionable por su imprecisión y falta de determinación¹⁵⁸.

Finalmente, podemos entender al indicio como un proceso lógico que permite al juez partir de un hecho conocido, para a través de él inferir la existencia de otro

¹⁵¹ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 26.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco, “La prueba Civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2º edición, 1982, páginas 191 y 192, citado por REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 28.

¹⁵³ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 29

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 30. Los conceptos de hecho indicador y hecho indicado se abordarán en el apartado relativo a los elementos del indicio.

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 31.

¹⁵⁶ *Ídem.*

¹⁵⁷ *Ibíd.* p 32.

¹⁵⁸ *Ibíd.* p 33.

hecho no directamente perceptible¹⁵⁹. De este modo, el indicio “es un juicio lógico crítico por medio del cual aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido podemos inferir otro hasta entonces desconocido”¹⁶⁰. Todo lo cual permite desprender que el indicio debe ser construido en el proceso y no puede ser aportado¹⁶¹.

En doctrina es posible encontrar diversos conceptos de prueba de indicios¹⁶², que difieren respecto a la manera en que se construye el reconocimiento del hecho que era desconocido. De esta forma, se ha definido a la prueba de indicios como “el paso de unos hechos conocidos (hecho básico o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) por el camino de la lógica”¹⁶³, o a través de juicios de valor¹⁶⁴, o en virtud de un juicio de inferencia¹⁶⁵.

Siguiendo esta última formulación, podemos señalar que en la prueba de indicios intervienen dos tipos de enunciados distintos que se emplean en un juicio de inferencia: las llamadas reglas de la lógica (formal) y las reglas de la experiencia”¹⁶⁶. Para aplicar este medio de prueba a la prueba del dolo en los términos que hemos expuesto, en primer lugar, debe analizarse si existen reglas de experiencia que determinen los conocimientos con que cuenta una persona que se halle en las mismas circunstancias que concurren en los hechos ya probados; y en segundo lugar, el juez debe llevar a cabo un silogismo en el que la regla de experiencia actúe de premisa mayor y los hechos previamente probados de premisa menor. El resultado del silogismo son las conclusiones sobre los conocimientos del sujeto

¹⁵⁹ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p 34.

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 35.

¹⁶¹ *Ibíd.* p 36.

¹⁶² Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 240 y ss.

¹⁶³ *Ídem.* Citando a Delgado, Joaquín. “Prueba de indicios”, en EL MISMO (dir.), La prueba en el proceso penal II, Madrid, 1996. p. 376.

¹⁶⁴ *Ibíd.* p. 241.

¹⁶⁵ *Ibíd.* p. 242.

¹⁶⁶ *Ídem.*

enjuiciado. El cometido de las reglas de la lógica (en sentido estricto) no es otro que garantizar la corrección interna del silogismo”¹⁶⁷.

2.2.3.2 Elementos del indicio

Comenzaremos con un simple ejemplo para graficar los elementos que intervienen en la prueba de indicios. El testigo A depone que ha visto a B salir ansioso y exaltado de la casa de C con un cuchillo con sangre en la mano justo antes de que C fuese hallado muerto por una cuchillada (hecho indicador o base). Existe la máxima de la experiencia en virtud de la cual, quien sale de una casa ansioso, exaltado y con un cuchillo ensangrentado, lo ha hecho porque ha dado muerte a una persona. En virtud de un juicio de inferencia, podemos determinar que si C efectivamente fue hallado muerto a causa de una cuchillada, sería legítimo inferir que B le ha dado muerte (hecho indicado).

Conforme a lo anterior, para la mayoría de la doctrina son elementos del indicio el hecho indicador, el hecho indicado y el juicio de inferencia lógico¹⁶⁸. Reyes complementa señalando que, son elementos del indicio un hecho indicador, una regla de experiencia, una inferencia lógica y un hecho indicado¹⁶⁹.

En virtud de esta estructura, se ha señalado que los indicios corresponden a presunciones judiciales¹⁷⁰.

A continuación, analizaremos cada uno de los elementos del indicio.

¹⁶⁷ Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 243 y 244 en que el autor aplica este procedimiento para la prueba de un homicidio doloso.

¹⁶⁸ Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 47.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p 48.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibíd.* p 218 y ss.

2.2.3.2.1 Hecho indicador

Podemos conceptualizar al hecho indicador como aquel “hecho a partir del cual se infiere la presencia de otro desconocido”¹⁷¹. Esto significa que corresponde al elemento objetivo del indicio y respecto del cuál la doctrina se encuentra conteste¹⁷².

Este hecho es de suma importancia, puesto que permite la construcción del indicio propiamente tal mediante la inferencia lógica, provocando que la doctrina mayoritaria identifique plenamente al indicio con el hecho indicador, como mencionamos anteriormente¹⁷³. En este sentido, se ha señalado que “sin el respaldo científico o lógico que ofrecen las leyes científicas, las reglas de la lógica o máximas de la experiencia, el indicio no sería más que una sospecha”¹⁷⁴, refiriéndose al indicio como hecho indicador.

El hecho indicador puede tener su origen en cualquier circunstancia o hecho natural perceptible, en comportamientos activos u omisivos¹⁷⁵. Se sostiene que “es el único de sus elementos que puede ser percibido directamente, y por lo tanto, el que con alguna facilidad se encuentra en las investigaciones, especialmente aquellas de carácter penal donde por lo general la comisión de hechos punibles deja tras de sí rastros que si bien en forma aislada poco significan, adquieren trascendental importancia al momento de ser ensamblados para construir indicios”¹⁷⁶.

Para la eficacia y legitimidad constitucional de este medio de prueba, el hecho indicador debe ser probado a través de algún medio probatorio, de manera que, “se

¹⁷¹ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit. p 50.

¹⁷² *Ibíd.* p 49.

¹⁷³ Ver página 44.

¹⁷⁴ GARCÍA, Percy. “El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal”. Revista de Derecho, Facultad de derecho, Universidad de Piura, Volumen 11, Piura, p. 59, 2010.

¹⁷⁵ Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 52.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 49.

descarta desde luego la posibilidad de que suponga su demostración, y no significa en modo alguno que cumplido tal requisito el hecho indicador se convierta en indicio¹⁷⁷, toda vez que, para ello se requiere de la regla de experiencia y juicio de inferencia como hemos expuesto. En ocasiones, podría ser acreditado por múltiples medios de prueba, como dos testimonios, o un informe pericial, cuando acrediten un determinado hecho indicador.

Al respecto surgen dos interrogantes, la primera es si es que el hecho indicador puede obtenerse como resultado de una prueba de indicios; y la segunda -en la misma línea-, si el hecho indicador puede ser probado por prueba de indicios.

Si bien la doctrina ha discutido al respecto¹⁷⁸, el Tribunal Constitucional español es muy claro al señalar que “la cuestión que en último término se plantea es la de si cabe considerar constitucionalmente válida una prueba indiciaria derivada de indicios obtenidos a su vez por prueba indiciaria. Pues bien, de acuerdo con la doctrina expuesta sobre la prueba de indicios hay que admitir que no cabe excluir a *límine* la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la circunstancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respecto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia¹⁷⁹”.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional español en la sentencia recién citada, se refiere a indicios como hecho indicador, aceptando mediante su

¹⁷⁷ Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p 55.

¹⁷⁸ Cfr. Ibíd. p. 75 y ss.

¹⁷⁹ STC España, 4 de julio de 2005, 186-2005. [En línea]. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2005-13464.pdf>> [consulta: 6 de septiembre de 2016].

razonamiento la posibilidad de que éste se encuentre acreditado mediante prueba indiciaria, toda vez que esta constituye un medio de prueba. Sin embargo, el tribunal se encarga de hacer la prevención, señalando que será dudosa y dependerá de las circunstancias.

2.2.3.2.2 Regla de experiencia

Entendemos a la regla o máxima de experiencia, o premisa mayor, como aquella necesaria para la construcción del indicio y que puede ser conceptualizada como un “juicio hipotético que sobre la relación existente entre una pluralidad de fenómenos se ha formulado con fundamento en la observación que de casos particulares se ha hecho directamente o han realizado otras personas”¹⁸⁰.

De esta manera, las máximas de la experiencia se obtienen por experiencia personal de quien propone y pretende valerse de la prueba de indicios o de las experiencias del ser humano en general¹⁸¹, motivo por el cual estas no son absolutamente estables y universales, sino que varían de un lugar a otro o incluso dentro de una determinada comunidad¹⁸². Así las cosas, acreditado como hecho indicador que en un homicidio ocurrido en Chile se encontraron cigarrillos provenientes de un país lejano, aplicando una máxima de experiencia, nos permite obtener como hecho indicado que participó un extranjero, o una persona que tenía acceso a cigarrillos provenientes del país lejano. Sin embargo, esto no será así en el país del que provienen estos cigarrillos. Bajo esta misma lógica, acreditado como hecho indicador la muerte de una persona, en virtud de una regla de la experiencia podemos entender que sus seres cercanos sentirán pesar (hecho indicado), lo cual no será necesariamente así en todas las culturas, ya que en muchos lugares del mundo la muerte es interpretada como un paso a una mejor vida, y en consecuencia, debe ser motivo de alegría.

¹⁸⁰ Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 98.

¹⁸¹ *Ibíd.* p 92.

¹⁸² *Ídem.*

Asimismo, las máximas de la experiencia pueden derivar de personas con conocimientos especializados o leyes científicas, o por el común de las personas en virtud de la sabiduría popular¹⁸³, las que podemos llamar reglas de experiencia cotidiana¹⁸⁴.

Las reglas de experiencia, además, tienen distintos ámbitos de validez, algunas de carácter absoluto que no admiten ninguna excepción, y otras que son relativas¹⁸⁵, vale decir, no aplicables a todos los casos; de manera tal que, los indicios siempre serán contingentes¹⁸⁶ ya que se les “atribuye la capacidad de determinar bajo qué condiciones es -más o menos- probable (pero no seguro) que exista una concreta realidad¹⁸⁷.

De esta manera, encontramos máximas de experiencias absolutas, basadas en conocimientos especializados, como que el agua pasa de estado líquido a gaseoso cuando está a cien grados centígrados a nivel del mar; o fundamentadas en conocimientos generales, como que ninguna persona puede estar en dos lugares al mismo tiempo. Por otro lado, encontramos máximas de la experiencia relativas, basadas en conocimientos especializados, como las posibles enfermedades que provoca la exposición a radiación; o en conocimientos generales, como que cuando un niño de pocos meses llora es porque tiene hambre.

Para la prueba del dolo en el proceso, “sólo pueden aceptarse como premisa mayor las reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es seguro que alguien ha conocido algo”¹⁸⁸, es decir, sólo satisfacen el estándar exigido por el art. 340 del Código Procesal Penal -convicción más allá de toda duda razonable- la aplicación de una máxima de experiencia de validez absoluta que permita afirmar el

¹⁸³ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 103.

¹⁸⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 247 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. Ídem o REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 110 y ss.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 248.

¹⁸⁸ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 249.

conocimiento del imputado respecto de los elementos propios del tipo objetivo, toda vez que es la única capaz de otorgar certeza. Además en virtud de lo dispuesto en el art. 297 del mismo cuerpo legal, dicho estándar debe ser alcanzado en virtud de una valoración de la prueba con libertad pero limitada por las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.

2.2.3.2.3 Inferencia lógica

La inferencia lógica es otro de los elementos estructurales del indicio, y es aquella que establece una conexión racional entre el hecho indicador y el deducido, permitiendo que al aplicar la máxima de la experiencia adecuada al hecho indicador, ya acreditado, nos permitirá, desde un punto de vista lógico, concluir un hecho indicado que era desconocido y que tiene fundamental importancia penal¹⁸⁹.

Si bien es cierto que la doctrina ha discutido¹⁹⁰ respecto a cuál es la figura lógica que se identifica con la inferencia lógica propia del indicio, adherimos a la tesis que establece que dicho juicio de inferencia se verifica mediante un silogismo, entendido como “una figura lógica que permite obtener conclusiones en principio desconocidas a partir de dos premisas previamente establecidas”¹⁹¹, toda vez que presentan la misma estructura lógica¹⁹².

El silogismo (método para la inferencia lógica) se construye sobre la base de una premisa mayor (que en materia de indicios corresponde a la máxima de la experiencia), y una premisa menor (hecho indicador), para concluir un hecho desconocido (el hecho indicado).

¹⁸⁹ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 127.

¹⁹⁰ Cfr. Para un mayor desarrollo ver REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, Óp. Cit., p. 128 y ss.

¹⁹¹ *Ibíd.* p 130.

¹⁹² *Ibíd.* p 131.

A modo de ejemplo, encontramos la máxima de la experiencia que establece que quien comete un delito intenta esconder aquellos hechos que permitirían que la policía lo descubra (premisa mayor). Si se acredita en juicio como hecho indicador, que el imputado ocultó evidencias tendientes a acreditar su participación (premisa menor) podemos determinar como hecho indicado que el imputado participó en dicho delito (resultado o hecho desconocido).

2.2.3.2.4 Hecho indicado

Corresponde al “hecho no probado directamente que, sobre la base del indicio y a través del razonamiento deductivo hecho con una ley científica, una regla lógica o una máxima de la experiencia, se concluye que realmente existe”¹⁹³. Es aquel hecho desconocido, que es obtenido en virtud de la relación lógica entre una máxima de experiencia generalmente aceptada, y el hecho indicador que es conocido y probado fehacientemente en el proceso.

El hecho indicado “siempre es una causa o efecto del hecho indicador, lo cual ha dado lugar incluso al nacimiento de una clasificación que distingue entre indicios causales y efectuales”¹⁹⁴.

Desde la perspectiva del objeto del hecho indicado, este puede recaer en la existencia del hecho, predisposición a tomar parte del hecho, participación o responsabilidad¹⁹⁵.

¹⁹³ GARCÍA, Percy. Óp. Cit. p 60. Es necesario señalar que este autor utiliza el término “indicio” como hecho indicador.

¹⁹⁴ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 144.

¹⁹⁵ Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 148 y ss.

2.2.3.3 Requisitos y momento de la valoración de la prueba indiciaria

En el Código Procesal Penal no encontramos normas relativas a la prueba de indicios, ni a las presunciones¹⁹⁶, toda vez que se sigue un sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, como mencionamos anteriormente¹⁹⁷. Esto no era idéntico en el antiguo proceso penal, puesto que, el art. 488 del Código de Procedimiento Penal establecía que “para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere: 1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; 2° Que sean múltiples y graves; 3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; 4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y 5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”.

Siguiendo a Reyes¹⁹⁸, al valorar la prueba de indicios se deben distinguir dos momentos. Primeramente, se debe analizar al indicio de forma individual, observando si está correctamente construido y cuál es su valor. Posteriormente, se deberá analizar en conjunto el grupo de indicios que se lograron construir para la acreditación de un hecho.

2.2.3.3.1 Valoración individual

En la valoración individual se debe analizar cada uno de los indicios para verificar su correcta construcción.

¹⁹⁶ Entendiéndolos como conceptos homólogos. Cfr. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 218.

¹⁹⁷ Ver p. 31 y ss.

¹⁹⁸ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p 162.

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional Español, la prueba de indicios exige dos elementos “a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas de criterio humano”¹⁹⁹. En otro fallo, el tribunal establece que “a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano que sea explicitado en la sentencia”²⁰⁰.

Como aparece de manifiesto en los fallos recién mencionados, se exige que el hecho indicador esté plenamente probado y que la construcción del indicio sea manifestada en la fundamentación de la sentencia. El tribunal, al valorar la prueba de indicios, “debe ser particularmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente, como que deba ser especialmente prudente en cuanto al enjuiciamiento de la suficiencia del resultado de la valoración”²⁰¹.

La Corte Suprema, explica la importancia de una correcta fundamentación de la sentencia, al señalar que “es fundamental explicar con el máximo de detalles la convicción de condena, para que la sociedad comprenda las razones contenidas en las decisiones jurisdiccionales, basada en una actividad que ha permitido dar por

¹⁹⁹ STC España, 5 de mayo de 2000, 117-2000. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-10665.pdf>> [consulta: 5 de septiembre de 2016] En la misma línea STC España, 14 de octubre de 1997, 173-1997. [En línea]. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1997-24613.pdf>> [consulta: 6 de septiembre de 2016]

²⁰⁰ STC España, 26 de mayo de 1999, 91-1999, fundamento jurídico 3º. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1999-14226.pdf>> [consulta: 6 de septiembre de 2016] En la misma línea, STC España, 28 de febrero de 1994, 62-1994, fundamento jurídico 4º. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1994-6769.pdf>> [consulta: 6 de septiembre de 2016]

²⁰¹ STC España, 28 de septiembre de 1998, 189-1998, fundamento jurídico 3º. [En línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1998-24935.pdf>> [consulta: 6 de septiembre de 2016]

comprobados hechos y circunstancias básicas relativas a la existencia del suceso punible y a la culpabilidad de los imputados²⁰²”.

Una vez probado el hecho indicador, según las formas que anteriormente mencionamos²⁰³ y explicada la construcción del indicio mediante el silogismo en la fundamentación de la sentencia, corresponde preguntarse de qué depende esencialmente el valor probatorio que tendrá.

La valoración del indicio dependerá fundamentalmente de la fuerza que posea la relación de causalidad (causa o efecto) existente entre la conclusión (hecho indicado) que se ha extraído con base en la regla de experiencia y el hecho indicador que debía ser demostrado²⁰⁴. En este sentido, la mayor valoración de la prueba de indicios dependerá directamente de la fuerza que tenga la máxima de experiencia invocada como premisa mayor del silogismo, toda vez que, “entre menos sean las posibles conclusiones que puedan obtenerse a partir del hecho indicador, mayor será la fuerza probatoria del indicio”²⁰⁵.

De esta manera, para la prueba del dolo mediante indicios, se requiere la aplicación de una máxima de experiencia de validez absoluta que permita afirmar el conocimiento del imputado respecto de los elementos propios del tipo objetivo²⁰⁶.

A partir de una regla de experiencia absoluta -aquellas que no permiten excepciones- desprenderemos indicios necesarios, que “son aquellos en los cuales estando probado un determinado hecho indicador inexorablemente arribamos a un único hecho indicado, sin que exista ninguna posibilidad distinta”²⁰⁷.

²⁰² SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 48°.

²⁰³ Ver p. 48 y ss.

²⁰⁴ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 164.

²⁰⁵ *Ibíd.* p 166.

²⁰⁶ Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 250.

²⁰⁷ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 170.

En los demás casos, esto es, ante reglas de experiencia de validez relativa, nos encontraremos ante indicios contingentes, que corresponden a aquellos en los que existen diversas causas o efectos, por lo que la conclusión del silogismo indiciario no es única.²⁰⁸ Estos pueden ser graves o leves, dependiendo de la mayor o menor amplitud de posibilidades de conclusiones que se pueden obtener a partir del hecho indicador.²⁰⁹

En la valoración individual, claramente un solo indicio contingente no es suficiente para producir la certeza que requiere el juzgador para efectos de la condena²¹⁰, ya que son imaginables hipótesis de duda razonable.

2.2.3.3.2 Valoración conjunta.

En la valoración conjunta, se analiza el valor probatorio que se le puede asignar a la masa indiciaria. De esta manera, se señala que “la probabilidad de superar el umbral exigido por el MATDR es directamente proporcional al mayor número y calidad de los indicios recogidos durante la investigación y probados en el juicio”²¹¹.

La Corte Suprema, citando a diferentes autores, establece ciertos criterios para la valoración conjunta al señalar que “en su clásico Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Mittermaier, al justificar la importancia de este medio probatorio, explica que es el concurso unánime de los indicios lo que autoriza el convencimiento del tribunal. (...). Otro gran estudioso del tema como Gorphe, postula que una exigencia indispensable de los indicios, es su pluralidad y citando a Ellero concluye que los

²⁰⁸ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 176.

²⁰⁹ Ibíd. p 180 y ss.

²¹⁰ Ibíd. p. 178.

²¹¹ De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. El estándar de prueba en el proceso penal. [En línea]. Óp. Cit, p. 15. <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%2009.pdf>> [consulta: 16 de mayo de 2016]. El autor con la abreviatura MATDR, se refiere al estándar de convicción más allá de toda duda razonable.

indicios aislados son "contingentes", es decir, no aportan sino indicaciones o sospechas; pero los indicios diferentes y concordantes valen como "necesarios", es decir, proporcionan una verdadera prueba. (...)."²¹²

De esta forma y siguiendo lo sostenido por la Corte Suprema, podemos señalar que uno de los principales requisitos para la mayor valoración de la prueba indiciaria es la existencia de pluralidad de indicios, vale decir, que existan dos o más.

En este sentido, se ha señalado que "la pluralidad de indicios en una misma dirección permite superar la debilidad probatoria del indicio y eliminar toda duda razonable sobre la existencia del hecho inferido"²¹³.

De la misma manera, la pluralidad de indicios exige concordancia, es decir, que no exista entre ellos una relación de exclusión que afecte la compatibilidad de un indicio con otro²¹⁴.

Estos requisitos (pluralidad y concordancia), son especialmente requeridos en la valoración conjunta de indicios contingentes, toda vez que es cuestionable que en dicha valoración, una pluralidad de indicios contingentes permitan acreditar un hecho fehacientemente, ya que siempre existirá mayor o menor rango de incertidumbre. Se ha establecido que "la mayoría de la doctrina nacional y extranjera y nuestra jurisprudencia, son acordes en reconocer que el estudio de una pluralidad de indicios contingentes puede llevar al juzgador la convicción necesaria para adoptar cualquier determinación judicial, incluyendo las sentencias condenatorias en materia penal"²¹⁵. Para ello, la mayoría de la doctrina exige que exista gravedad, precisión y concordancia²¹⁶.

²¹² SCS, 13 de abril de 2009, rol: 6257-2007, considerando 15º.

²¹³ GARCÍA, Percy. Óp. Cit. p 66.

²¹⁴ Ídem.

²¹⁵ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 192.

²¹⁶ Cfr. Ibíd. p. 206 y ss.

Esta última afirmación nos parece muy criticable ya que “no se trata de seleccionar la <<mejor explicación>> para los indicios, sino de aislar la única hipótesis (plausible) del caso, lo que conlleva que las hipótesis competidoras queden excluidas”²¹⁷.

Por último, debemos mencionar que la valoración conjunta de los indicios deberá constar en la fundamentación de la sentencia, para así poder observar la manera en que el tribunal alcanzó la convicción, recordando que en la prueba indiciaria “las exigencias de motivación cobran mayor rigor”²¹⁸.

2.2.3.4 Clasificación de los indicios

En doctrina se han formulado diversas clasificaciones de los indicios²¹⁹. Ya hemos mencionado una primera categoría que distingue entre indicios necesarios y contingentes²²⁰; y estos últimos se subclasifican en graves o leves²²¹.

Además se pueden clasificar entre indicios anteriores o antefácticos, concomitantes o infácticos y subsiguientes o reaccionales²²².

²¹⁷ De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. El estándar de prueba en el proceso penal. Óp. Cit. , p. 14. <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%2009.pdf>> [consulta: 16 de agosto de 2016]

²¹⁸ STC España, 20 de mayo de 2002, 123-2002, citado por GARCÍA, Percy. Óp. Cit. p 68.

²¹⁹ Cfr. Para un mayor desarrollo REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 224 y ss.

²²⁰ Otros autores se refieren a esta distinción como indicios fuertes o débiles, Cfr. GARCÍA, Percy. Óp. Cit. p 65.

²²¹ Ver p 58 y ss.

²²² Cfr. De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. La prueba del abuso sexual: un caso de <<masajes deshonestos>>, [En línea]. *Diario La Ley número 7667, Viernes, 6 de julio de 2011, p. 21* <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/laley ESPECIALprobatica5.pdf>> [consulta: 16 de agosto de 2016], o REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. Óp. Cit. p. 226 y ss.

En virtud de esta distinción serían antecedentes o indicios antefácticos aquellos que surjan con anterioridad a la comisión del delito, como por ejemplo, las amenazas de muerte, respecto de un homicidio. Por otro lado, corresponden a indicios concomitantes o infácticos, aquellos que se presentan simultáneamente con el hecho investigado, como por ejemplo, el hallazgo de huellas dactilares de una persona en el sitio del suceso. Finalmente, corresponden a indicios subsiguientes o reaccionales, aquellos que se general con posterioridad al desarrollo del hecho penalmente relevante, como podría ser la fuga del imputado²²³.

Cabe mencionar, y siguiendo la línea del planteamiento de Reyes²²⁴, que esta distinción se basa en la confusión que se produce por la equiparación del hecho indicador con el indicio propiamente tal. De esta manera, la distinción que mencionamos en el párrafo anterior, corresponde a una clasificación del hecho indicador.

A continuación, expondremos una propuesta teórica para la acreditación procesal del dolo que se basa en la construcción de indicios mediante hechos avisadores que corresponden hechos indicadores de carácter antefácticos.

2.2.3.5 Los hechos avisadores y la prueba del dolo en base a la prueba indiciaria

Los hechos avisadores son indicios antefácticos, es decir, hechos indicadores previos a la comisión del delito, que de ser probados, permiten inferir el conocimiento del imputado respecto al contenido típico de la acción u omisión que va a iniciar o de

²²³ Cfr. De MIRANDA, Carlos. Dossier de los tribunales sobre probática. La prueba del abuso sexual: un caso de <<masajes deshonestos>>, [En línea]. *Óp. Cit.*, p. 21 <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/lal_eyespecialprobatica5.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2016], o REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. *Óp. Cit.* p. 226 y ss.

²²⁴ REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria. *Óp. Cit.* p. 227.

su resultado²²⁵. Estos “provocan forzosamente –en condiciones cognitivas normales- la representación mental de la realización, inmediata, del tipo penal”²²⁶.

Estos hechos avisadores “forman parte de máximas de experiencia en las que estas circunstancias fácticas aparecen como antecedente lógico de procesos de pensamiento, consciente o inconsciente”²²⁷.

Por ejemplo, si el imputado se encontraba conduciendo un automóvil y hay niños jugando en la acera con un balón, la percepción y comprobación de ese hecho (hecho avisador, a su vez, hecho indicador que ocupará el lugar de premisa menor) unido a una máxima de experiencia que indica que puede ocurrir que el balón se dirija hacia la calzada provocando que los niños la persigan y se produzca un accidente (premisas mayores), podemos concluir que el imputado sabía del riesgo que se producía. De esta representación mental, se debiese derivar una reacción psicomotora tendiente a frenar, para así disminuir la velocidad y poder reaccionar ante la eventualidad de que los niños persigan la pelota en la calzada²²⁸, de lo contrario podemos entender probado el dolo del conductor en caso de verificarse el resultado²²⁹.

Aplicando esto a la prueba del dolo eventual, se pueden distinguir diversos hechos avisadores de la muerte del sujeto pasivo, por ejemplo, “*emite gemidos en estado semiinconsciente, una vez que se encuentra tendido en el suelo; y pese a que, ante esta situación de una persona tendida en el suelo, semi-inconsciente, gimiendo y sangrando, cualquier persona podría representarse la posibilidad de que el agredido se encuentra en situación de riesgo vital, el propio acusado golpeó*

²²⁵ De MIRANDA, Carlos. “Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal”. [En línea]. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Julio – agosto, 2011, p. 31. <<http://ite.msweb.esade.edu/research/ipdp/162Probatica.pdf>> [consulta: 16 de agosto de 2016]

²²⁶ Ídem.

²²⁷ Ídem.

²²⁸ Ídem.

²²⁹ En relación al ejemplo mencionado por el autor, creemos que subsiste el problema del erróneo juicio de aptitud lesiva de la conducta, en el evento de que el imputado alegue que no existió dolo ya que confió en la no realización del resultado.

nuevamente” (...). En este sentido, actúan igualmente como “hechos avisadores” una aguda hemorragia, vómitos de sangre, dificultades respiratorias, pérdida de consciencia, espasmos, etc”²³⁰.

De esta manera, si se acredita como hecho indicador que la víctima tenía una aguda hemorragia en el momento en que el imputado le dio otro golpe, en virtud de una regla de experiencia y el juicio de inferencia, podemos determinar el hecho indicado de que el imputado conocía que le podía dar muerte, y con ello acreditar el dolo, toda vez que, demostrados los hechos avisadores se permite inferir, por atribución lógica, que el acusado se representó mentalmente, de manera forzosa, que la acción que iba a realizar a continuación suponía la realización del tipo penal²³¹.

2.2.3.6 Análisis crítico

Como mencionamos, la prueba de indicios es para la gran mayoría de la doctrina la prueba reina²³² de los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad penal. Esta idea es seguida por nuestra jurisprudencia, según se vislumbra en los distintos fallos que hemos ido mencionando a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, también ha recibido críticas, algunas relativas a su imperfección por ser una prueba indirecta, y otras que apuntan al nivel de certidumbre que se permite alcanzar a través de un correcto y exigente uso de este medio de prueba.

²³⁰ De MIRANDA, Carlos. “Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal”. [En línea]. *Óp. Cit.*, p. 32. <<<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/162Probativa.pdf>>> [consulta: 16 de agosto de 2016]. Cursivas en el original.

²³¹ *Ídem*.

²³² *Ibíd.* p. 31.

Respecto a las críticas relativas a su imperfección o incapacidad probatoria por tener el carácter de prueba indirecta ya nos hemos referido anteriormente²³³, de manera tal que a continuación abordaremos las críticas relativas al grado de certidumbre que esta prueba nos permite, teniendo siempre presente que esto dependerá y se encontrará en directa relación con la mayor o menor valoración que se haga de los indicios construidos durante la investigación y posterior juicio.

Siguiendo a Ramón Ragués²³⁴, para poder afirmar que la conclusión obtenida mediante este medio de prueba se corresponde con la realidad, se necesitan dos requisitos copulativos. El primero, es que las reglas de experiencia que se apliquen como premisa mayor deben ser de validez absoluta para que aporten declaraciones irrefutables sobre la realidad que arrojan. El segundo, es que el hecho indicador que se emplea como premisa menor debe corresponderse plenamente con la realidad acaecida.

En relación al primer elemento mencionado, para alcanzar una correcta prueba del dolo en los términos expuestos a través de la prueba de indicios se exige que la máxima de experiencia tenga un carácter absoluto, ya sea que derive de un conocimiento científico o general, ya que “sólo pueden aceptarse como premisa mayor las reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es seguro que alguien ha conocido algo”²³⁵. De esta manera, sólo se alcanza certeza con la aplicación de una máxima de experiencia de validez absoluta, que permita afirmar el conocimiento del imputado respecto de los elementos propios del tipo objetivo.

Como vimos en la propuesta psicológica²³⁶, no encontramos reglas científicas o empíricas absolutamente capaces de atribuir conocimiento ajeno, por lo tanto, la aplicación de prueba de indicios para la demostración del dolo, debe quedar “restringida a los supuestos en que se pueda contar, a modo de premisa mayor, con

²³³ Ver p. 41 y ss.

²³⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...”, Óp. Cit. p. 246.

²³⁵ *Ibíd.* p. 249.

²³⁶ Ver p. 39 y ss.

una regla de experiencia cotidiana de validez absoluta que indique bajo qué condiciones está fuera de toda duda que alguien conoce algo”²³⁷, y, particularmente, que el imputado tiene conciencia de estar realizando una conducta apta para la realización del injusto en que participó.

Ahora bien, la doctrina discrepa sobre la existencia de máximas de la experiencias basadas en conocimientos no técnicos que permitan aportar absoluta certeza respecto de su validez, de manera tal que, no es posible descartar que lo que hoy se considera conocimiento seguro se desacredite dentro de unos años²³⁸. Por otra parte, la sociedad sólo atribuye al método científico la capacidad de aportar certidumbre respecto del conocimiento alcanzado²³⁹, y finalmente, las reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno se formulan siempre a partir de la observación del propio conocimiento²⁴⁰.

No obstante, esta crítica no es absoluta, considerando que son imaginables ciertas máximas de experiencia cotidianas de carácter absoluto como que quien acaba de mencionar su nombre no lo ha olvidado en un breve periodo de tiempo, o que si se saluda a alguna persona por su nombre es porque se le conoce. Ahora bien, estas últimas son muy excepcionales y tienden a producirse en situación de inmediatez entre quien realiza el juicio y el destinatario de éste, cuestión nada común en el proceso penal²⁴¹.

²³⁷ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 250.

²³⁸ Cfr. GONZÁLEZ, Gustavo, El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (114): 74, 2007.

²³⁹ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 251.

²⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ, Gustavo, El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. *Óp. Cit.* p. 64. En la misma línea, RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 251. De esta manera cita el autor a Freund, señalando que “un proceso de deducción que va de los indicios objetivos a la existencia de elementos subjetivos depende de que la persona que lo realiza se coloque en la situación del autor y lleve a cabo una inferencia analógica sobre lo que él mismo se habría representado en una situación idéntica”.

²⁴¹ *Ibíd.* p. 253.

Por otro lado, respecto del segundo requisito, Ragués sostiene que el hecho probado como hecho indicador y que actúa a modo de premisa menor en el silogismo indiciario, debe corresponderse plenamente con la realidad acaecida, “sin que tampoco aquí sea admisible margen de error alguno”²⁴². Así parece establecerlo además el Tribunal Constitucional español, al señalar que “una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades”²⁴³.

Expone el mismo autor, que la obtención de certeza respecto del hecho indicador no es posible o es de muy escasa ocurrencia. Así, si se acredita pericialmente que se encontraron huellas dactilares de una persona en el sitio del suceso (hecho indicador), aplicando la máxima de la experiencia absoluta de que no existen huellas dactilares idénticas a otras, a través de una inferencia lógica, se puede deducir que esta persona estuvo en el lugar. Sin embargo, podrían haber sido reproducidas las huellas por otra persona mediante artificios técnicos²⁴⁴. De esta manera, se estima que son muy ínfimos los números de casos en los cuales se puede establecer con absoluta certeza la existencia de un hecho²⁴⁵.

En relación a estas críticas creemos que, si bien es cierto aportan una perspectiva interesante a analizar, parecen excesivas, teniendo presente que implicarían un rechazo general a la aplicación de la prueba de indicios, la cual goza de legitimidad constitucional y doctrinaria, conforme hemos expuesto, puesto que la dificultad relativa a la imposibilidad de una completa verificación del hecho indicador -que actúa como premisa menor-, es extensible a cualquier materia en que se pretenda utilizar este medio de prueba. De modo tal que, ningún indicio podría tenerse por cierto al no verse verificado plenamente el hecho indicador.

²⁴² *Ibíd.* p. 254.

²⁴³ STC España 17 de diciembre de 1985, 174-1985, citada por Ramón. “El dolo y su prueba...” *Óp. cit.*, p. 254.

²⁴⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” *Óp. cit.* p. 255. Hemos agregado algunos elementos al ejemplo para su mayor explicación.

²⁴⁵ *Ídem.*

Por otro lado, la verdad no es en ningún caso alcanzable en el proceso a través de la actividad probatoria, es por ello que la voz verdad debe ser eliminada del concepto de prueba. En este sentido, “la finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso. La finalidad de la prueba debe ser objetivo procesalmente realizable, y resulta obvio que éste no puede identificarse con la verdad.”²⁴⁶

Esta idea es reafirmada por nuestra Corte Suprema, al señalar que “conviene recordar que la imperfección es connatural a toda prueba, de manera que no se advierte por qué las presunciones o indicios no pudieran conducir a la certeza, del mismo modo que sus congéneres, los denominados medios naturales. Existe consenso en estimar que es precisamente la acumulación de los indicios, y más exactamente, su combinación armónica, la que conduce de una serie de pruebas probables, a la certidumbre. En una palabra, ello resulta de que al final vienen a ser concluyentes”²⁴⁷.

Desde otra perspectiva, se puede criticar la capacidad de aportar certeza a la prueba de indicios en relación a la manera en que esta es valorada. En este sentido, refiriéndose a la confesión auto-inculpatoria y la prueba de indicios, señala Ragués que “desde una perspectiva tradicional el empleo de estos dos medios probatorios sólo sirve para acreditar un hecho cuando, como resultado de su valoración, se provoca en la persona del juez la *íntima convicción* de que tal hecho ha sucedido realmente”²⁴⁸.

Señala este autor que el convencimiento judicial como culminación de la actividad probatoria se ha ligado históricamente a los sistemas de libre valoración de la prueba, y que, por lo tanto, al ser las convicciones personales una cuestión muy variable de una persona a otra, “si se acoge la convicción del juez como criterio

²⁴⁶ MATURANA, Cristian, “*Aspectos generales de la prueba*”, Óp. Cit., p. 24.

²⁴⁷ SCS, 13 de abril de 2009, rol: 6257-2007, considerando 15º.

²⁴⁸ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 18. Cursivas en el original.

decisivo para la correcta valoración de la prueba se hace depender la solución final de los casos de un factor *subjetivo y cambiante*, lo que supone aceptar de forma más o menos explícita, que *dos casos absolutamente idénticos pueden tener soluciones radicalmente distintas* en función de quien los enjuicie”²⁴⁹

Para evitar este riesgo, el autor expone que se deben determinar “*criterios para decidir en qué casos es correcta una convicción judicial*”²⁵⁰.

En relación con lo anterior, creemos que es importante recordar²⁵¹ que en el actual proceso penal, la convicción se alcanza según la prueba producida en el juicio oral, la que debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, no pudiendo contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De esta manera “el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente”²⁵². En razón de lo anterior, estimamos que la crítica que busca rechazar la posibilidad de probar el dolo mediante indicios por lograrse, en virtud de ella, una íntima convicción propia de cada juez, no es del todo acertada puesto que la convicción del tribunal se encuentra sujeta a reglas, circunstancia que la aparta de la arbitrariedad. Además, tampoco es íntima, ya que todo ello debe ser señalado en la fundamentación de la sentencia, como hemos venido señalando.

Al respecto, Ragués señala que es indudable el avance que la sana crítica significa, pero que “se sigue admitiendo que dos casos idénticos pueden tener dos soluciones correctas distintas, siempre que ninguna de ellas pueda calificarse de

²⁴⁹ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 18. Cursivas en el original. Para un mayor desarrollo de esta crítica, cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 261 y ss.

²⁵⁰ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 19. Cursivas en el original.

²⁵¹ Ver p. 31 y ss.

²⁵² COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, Óp. Cit., p. 271.

ilógica o de científicamente insostenible, algo que, afortunadamente, pocas veces sucede en la práctica”²⁵³.

Por otro lado, el riesgo de caer en arbitrariedades en el momento de la valoración de la prueba de indicios se ve reducido además por otros elementos que intervienen en este medio de prueba.

En primer lugar, la valoración de la prueba conforme a la sana crítica debe estar plenamente explicada, de modo que, en términos teóricos, cualquier ciudadano pueda entender la manera en que los jueces arribaron a la decisión. Se ha considerado la motivación de la sentencia como un importante medio para el control de la convicción del tribunal²⁵⁴.

Por otra parte, este riesgo es aún menor cuando el tribunal al que corresponde conocer del juicio tiene el carácter de colegiado, entendiendo por tal al que “está integrado por dos o más magistrados, siempre formado por un número impar de jueces con el objeto de evitar empate en sus decisiones finales y lograr de este modo una mayoría finalista”²⁵⁵, toda vez que habrá más de un juez letrado encargado de la valoración de la prueba.

Finalmente, y a partir de un enfoque plenamente procesal, la convicción judicial es controlada a través de los recursos judiciales²⁵⁶.

En este sentido, creemos que la crítica señalada no es suficiente para rechazar inmediatamente la aplicación de este medio de prueba ya que existen muchos medios idóneos para evitar que dos casos diferentes tengan resultados diferentes.

²⁵³ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 19.

²⁵⁴ Cfr. MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. Cit., p. 36 y ss.

²⁵⁵ DIÉMER, Enrique y CERDA, Olga. Diccionario Jurídico Chileno y de Ciencias Afines, Volumen II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p 1231.

²⁵⁶ Cfr. MATURANA, Cristian, “Aspectos generales de la prueba”, Óp. Cit., p. 39 y ss.

2.2.4 Teoría normativa de Ragués: reglas de atribución de conocimiento ajeno

2.2.4.1 Preámbulo

Para comprender la teoría normativa de Ramón Ragués para la prueba del dolo, es necesario comenzar distinguiendo dos perspectivas mediante las cuales se aborda la acreditación procesal del dolo y en general de los elementos de naturaleza subjetivos. Explica este autor, citando a Díez Ripolles, que “si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo”²⁵⁷.

De esta manera, se distinguen dos perspectivas para la prueba del dolo, a las que Ragués llama perspectiva psicológica y perspectiva normativa²⁵⁸.

La primera, que entiende que la prueba del dolo, es decir, la acreditación de la conciencia de la aptitud de la conducta realizada para la realización del tipo penal, son datos psicológicos cuya concurrencia en el momento de la comisión del ilícito debe ser plenamente constatada en el proceso penal. Para que una persona pueda ser condenada por la realización de un delito doloso, se exige “acreditar en el proceso el efectivo acaecimiento de un suceso psíquico de conocimiento”²⁵⁹.

Por otro lado, la perspectiva normativa, al constatar la imposibilidad de la comprobación de fenómenos internos, utilizando los argumentos que vimos en las

²⁵⁷ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 290, citando a DÍEZ RIPOLLÉS, “Los elementos subjetivos...” Óp. Cit., p. 21.

²⁵⁸ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 189 y ss.

²⁵⁹ VAN WEEZEL, Alex. “RAMÓN RAGUES I VALLES: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 1999, 566 páginas.” Recensiones bibliográficas, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, (1): 208, 2001.

críticas a cada una de las propuestas para la determinación procesal del dolo anteriormente expuestas²⁶⁰, establece que se deben realizar atribuciones conforme a patrones normativos de conocimiento, “en ellos se admite abiertamente que en la <<determinación del dolo>> se atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. (...) el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tiene un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo”²⁶¹.

Para la aplicación de la propuesta normativa se requiere un criterio de atribución, que consiste en determinar qué concretos criterios debe utilizar el juez para poder dar por probado un determinado hecho²⁶², distinto a la constatación del propio hecho de naturaleza subjetiva²⁶³. De esta forma, la perspectiva normativa debe explicitar los parámetros propuestos para afrontar la resolución del caso (criterio de atribución) y aplicarlos de manera uniforme a todos los supuestos, para así lograr mayor igualdad en el tratamiento de todos los casos²⁶⁴.

En la prueba del dolo, se requieren criterios de atribución de conocimiento ajeno, los que este autor denomina “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno, que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es

²⁶⁰ Esto es lo que algunos autores llaman principio de imposibilidad de acceso a la mente de otro, cfr. GONZÁLEZ, Gustavo, El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. Óp. Cit. p. 65.

²⁶¹ Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...”, *Óp. cit.*, p. 275 y ss.

²⁶² Cfr. MIR, Santiago; RAGUÉS; Ramón. “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”. Óp. Cit. p. 816 y ss. <<[²⁶³ GONZÁLEZ, Gustavo, El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. Óp. Cit. p. 64.](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P199620079500823_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Comentarios_a_la_Jurisprudencia_del_Tribunal_Supremo._La_determinaci%F3n_del_conocimiento_como_el_elemento_del_tipo_subjetivo>> [Consulta: 26 de septiembre de 2016]</p></div><div data-bbox=)

²⁶⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...”, *Óp. cit.*, p. 319.

lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta”.²⁶⁵

2.2.4.2 El sentido social de la conducta como criterio de atribución

Ragués establece como criterio de atribución de conocimiento el sentido social, vale decir, la valoración social sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo un determinado comportamiento²⁶⁶. De este modo, sólo se pueden “atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos”²⁶⁷.

Al acudir al criterio del sentido social, se permite evitar que la atribución de conocimientos al imputado se haga mediante su convicción, cuestión que, como vimos, es criticable. En este sentido, “si bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de éste a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones acerca de las valoraciones sociales resultan o no acertadas”.²⁶⁸

En virtud de este criterio social de atribución de conocimientos ajenos, se permite evitar problemas teóricos como en el caso de los llamados delitos pasionales. En ellos, las ciencias empíricas, como psicología y psiquiatría, han llegado a determinar que en virtud de las circunstancias que gatillan el estado pasional, el sujeto actúa sin

²⁶⁵ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Óp. Cit.* p. 19.

²⁶⁶ VAN WEEZEL, Alex. “RAMÓN RAGUES...” *Óp. Cit.* p. 207.

²⁶⁷ Cfr. Para una mayor explicación ver RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” *Óp. cit.*, p. 323 y ss.

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 347.

que pueda determinarse su conocimiento sobre la aptitud de su conducta para la realización del tipo penal, no siendo compatible con el dolo²⁶⁹.

Por ejemplo, cuando a propósito de una detención ciudadana se golpea hasta la muerte al autor de un delito, o cuando un sujeto descubre a su pareja siéndole infiel, de modo que abrumado y obcecado por la situación, procede a golpear a su pareja con una plancha en la cabeza. En estos casos, “psicólogos o psiquiatras puedan argumentar que el grado de obcecación fue tal que el sujeto no era verdaderamente consciente de la trascendencia de sus actos no impide afirmar que existe un homicidio doloso, pues para tal conclusión lo único que importa es la vigencia de una regla de experiencia social según la cual quien propina a otra persona más de cincuenta golpes en la cabeza con una plancha de hierro es consciente de que puede ocasionar su muerte”.²⁷⁰

En virtud de esta interpretación, Ramón Ragués reformula el concepto de dolo, señalando 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 atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”²⁷¹.

2.2.4.3 Atribución del conocimiento

Siguiendo estas ideas, Ragués propone distintas maneras de atribuir conocimiento en razón del sentido social que a las conductas desplegadas se asigna. Señala que “se enunciarán criterios que permitan decidir si la concreta <<regla de experiencia>> con la que pretende resolverse un supuesto de hecho coincide o no con las valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende

²⁶⁹ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” *Óp. cit.*, p. 337 y ss.

²⁷⁰ RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones...” *Óp. cit.*, p. 22.

²⁷¹ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” *Óp. cit.* p. 353.

inequívocamente el sentido de que ha sido llevado a cabo con aquellos conocimientos que son necesarios para afirmar su realización dolosa”²⁷².

De esta manera, pasaremos a analizar los criterios de atribución de conocimiento correspondientes a los conocimientos mínimos²⁷³, transmisiones previas de conocimiento²⁷⁴, la exteriorización del propio conocimiento²⁷⁵, las características personales del sujeto²⁷⁶ y por último, un grupo de criterios que llamaremos otros criterios adicionales en los delitos de resultado²⁷⁷.

2.2.4.3.1 Los conocimientos mínimos

Un primer criterio de atribución de conocimiento ajeno corresponde a los conocimientos mínimos, que son aquellos que son atribuibles a toda persona con sus habilidades sociales y cognitivas normales, vale decir, sin una anomalía, y “cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad”²⁷⁸. La ausencia de estos conocimientos mínimos se asocia a la inimputabilidad del sujeto, toda vez que no es comprensible que no se tengan sin una determinada anomalía o inmadurez²⁷⁹.

Es así como, toda persona sabe que si se mantiene fuertemente presionando el cuello de otra, impidiéndole respirar, se producirá su muerte. De esta manera, no podrá prosperar una alegación de haberse cometido el homicidio con imprudencia -y no dolo- si se ha verificado el resultado de muerte por asfixia, señalando que no

²⁷² RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” *Óp. cit.* p. 361.

²⁷³ Cfr. *Ibíd.* p. 379 y ss.

²⁷⁴ Cfr. *Ibíd.* p. 403 y ss.

²⁷⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 411 y ss.

²⁷⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 425 y ss.

²⁷⁷ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. “RAMÓN RAGUES...” *Óp. Cit.* p. 207, para una enunciación somera de los criterios de atribución de conocimiento que en dicho apartado se tratará.

²⁷⁸ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” *Óp. cit.* p. 379.

²⁷⁹ *Ibíd.* p 380.

sabía que podía generar la muerte, ya que “socialmente se entiende que dicho sujeto necesariamente ha conocido la peligrosidad abstracta de su conducta y tal conocimiento debe serle imputado”²⁸⁰.

Por regla general, para los conocimientos mínimos bastará el carácter de sujeto imputable. No obstante, no todos los conocimientos mínimos tienen la misma intensidad, por ejemplo, es un conocimiento mínimo para todas las personas que golpear con un hacha en la cabeza a otra persona representa un riesgo para su vida, mas no lo es, el carácter venenoso de alguna determinada sustancia. En este sentido, “deben reputarse incorrectas todas aquellas atribuciones de conocimientos que sólo se basen en la imputabilidad de una persona cuando socialmente sea imaginable un sujeto imputable que, sin embargo, no cuente con ellos”²⁸¹.

Por último, es necesario señalar que los conocimientos mínimos a los que nos referimos se entienden dentro del contexto de la sociedad occidental²⁸², toda vez que en los casos de “socialización exótica”, como el caso de un aborigen de alguna cultura que no ha tenido contacto con la cultura occidental, no es comprensible esperar que tengan los mismos conocimientos mínimos.

De este modo, es posible distinguir entre conocimientos mínimos en sentido estricto, que son aquellos que corresponden a cualquier persona de la raza humana, mayor de edad e imputable; y conocimientos mínimos en sentido amplio, aquellos cuya ausencia en personas imputables sólo se convive si el sujeto no ha tenido contacto con la sociedad que le juzga, y tales conocimientos no formen parte del acervo cultural del que proviene²⁸³.

²⁸⁰ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 380.

²⁸¹ Ibíd. p. 384.

²⁸² Cfr. Ibíd. p. 388.

²⁸³ Ibíd. p. 389.

2.2.4.3.2 Transmisiones previas de conocimientos

Otro criterio de atribución de conocimiento corresponde a las transmisiones previas de conocimientos, que parten de la idea de que, acreditado que con anterioridad a la realización de la conducta típicamente objetiva, al autor le han transmitido ciertos conocimientos, éste sigue contando con ellos al momento de llevar a cabo el delito.²⁸⁴

Muchas transmisiones previas de conocimientos se transforman en conocimientos mínimos por su carácter de básico, como es el caso de los aprendizajes más básicos que se aportan en el colegio o en la vida familiar. Otros conocimientos que no tienen un carácter tan elemental, podrán ser acreditados mediante la verificación de transmisiones previas de conocimientos²⁸⁵. Por ejemplo, no es un conocimiento mínimo el carácter venenoso de una determinada sustancia, pero si la persona investigada tuvo acceso a cursos de formación al respecto, podría acreditarse desde una perspectiva social, que esa persona conocía el carácter nocivo para la salud de dicha sustancia.

Como contrapartida a la prueba del conocimiento por transmisiones previas, se puede señalar la posibilidad de olvido del mismo²⁸⁶. No sería aceptable alegar que se ha olvidado el conocimiento cuando “la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido”²⁸⁷, ni tampoco cuando “la proximidad temporal entre el momento de la transmisión y el momento de la realización típica excluya desde un punto de vista social”²⁸⁸ dicha posibilidad.

²⁸⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 403.

²⁸⁵ Ibíd. p. 404.

²⁸⁶ Ibíd. p. 406.

²⁸⁷ Ibíd. p. 407.

²⁸⁸ Ibíd. p. 408.

2.2.4.3.3 La exteriorización del propio conocimiento

Por otro lado, es posible atribuir conocimiento al imputado en virtud de sus propias exteriorizaciones de conocimiento. Puede ocurrir que el sujeto exteriorice mediante el lenguaje o su conducta determinados hechos o circunstancias en los momentos previos, coetáneos o posteriores de llevar a cabo su conducta²⁸⁹.

Cuando estas exteriorizaciones de conocimiento sean previas a la comisión del ilícito, el mismo puede ser imputado “cuando la entidad de tales conocimientos, o el breve intervalo de tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no hagan pensable que se haya podido dejar de contar con ellos”²⁹⁰. Y si las exteriorizaciones de conocimiento tienen el carácter de posteriores, estas “deben serle imputados siempre que el hecho de haber contado con ellos sea algo que le perjudique”²⁹¹

2.2.4.3.4 Las características personales

Las características personales de cada sujeto permiten ir precisando y extendiendo el ámbito de conocimientos que son atribuibles o imputables a una determinada persona. “Según qué características personales reúna el sujeto de la imputación, se estimará o no conveniente que le sean atribuidos los conocimientos de determinadas realidades”²⁹²

²⁸⁹ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 412.

²⁹⁰ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p 413.

²⁹¹ *Ibíd.* p 416.

²⁹² *Ibíd.* p 426.

En este sentido, en el conocido caso de la Colza²⁹³, en el cual empresarios aceiteros vendieron aceite desnaturalizado con anilina, se afirma que el carácter venenoso de esta sustancia es de conocimiento general de los empresarios de dicho rubro. “En este caso, una característica personal del sujeto (su condición de empresario aceitero) sirve para atribuirle un determinado conocimiento (que la anilina es un producto venenoso)”²⁹⁴.

Este es un criterio compartido por la Corte Suprema, al señalar que para la prueba del dolo, “no pueden faltar el estudio de la personalidad del agente, sus conocimientos, su formación, su profesionalidad, su situación social y sus intereses (sean económicos, profesionales, altruistas u otro), de manera tal que por su medio adquieran los jurisdicentes un conocimiento cierto respecto de la pretensión del actuante”²⁹⁵.

2.2.4.3.5 Otros criterios de atribución de conocimiento adicionales en los delitos de resultado

En este apartado abordaremos otros criterios de atribución de conocimiento que se aprecian al analizar los delitos de resultado y su vinculación con el dolo. Por ello primeramente analizaremos los presupuestos de la comisión dolosa de un delito de resultado y a partir de ello los diversos criterios de atribución de conocimiento que resultarían útiles para la acreditación del dolo.

²⁹³ Para una relación de los hechos y su análisis, cfr. RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. En: MIR PUIG, Santiago, LUZÓN, Diego, (coord.). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, Edit. José María Bosch, 1996. P. 273 y ss.

²⁹⁴ Cfr. RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 426.

²⁹⁵ SCS, 12 de agosto de 2008, Rol: 1933-2007, considerando 39. Si bien en dicho fallo la Corte Suprema acredita el dolo mediante indicios, las características personales importancia para esta teoría.

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de una conducta típica objetiva, o dicho de otra forma, la conciencia de la aptitud de la conducta concreta para la realización del tipo determinado.

Esto operará de manera diferente en los delitos de resultado o de mera actividad. Se entiende por delitos de resultado a “aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”²⁹⁶. Por ejemplo, es un delito de resultado el homicidio, en el que existirá una diferencia espacio temporal entre el disparo de un arma de fuego contra el cuerpo de la víctima y su muerte. Por otra parte, los delitos de mera actividad son aquellos en que “la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”²⁹⁷, como por ejemplo en los delitos sexuales.

Para la imputación dolosa de los delitos de resultado, se requiere que el “acusado se haya representado el riesgo concreto de producción del resultado típico que creaba con su conducta”²⁹⁸. En este sentido, es común que existan alegaciones respecto a la no representación de la concreta aptitud para la producción del resultado, como el caso del conductor apresurado que decide saltarse el semáforo en luz roja pensando que evitará a los otros vehículos, y finalmente se produce el resultado de muerte, lesiones, o daños.

Es así como, para la imputación dolosa de un delito de resultado se requiere que “el sujeto activo sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado (*correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); en segundo lugar, que el sujeto sea consciente de que en la situación concreta en la que lleva a cabo tal conducta concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta para producir dicho resultado (*correcto << conocimiento*

²⁹⁶ ROXIN, Claus. “Derecho Penal – Parte General...”, Óp. Cit. p. 328.

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 23.

situacional>>); finalmente, que el sujeto integre los dos anteriores conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, es decir, que se represente que, si lleva a cabo su conducta bajo las circunstancias dadas, es perfectamente posible que el resultado *acaezca*".²⁹⁹

El primero de estos elementos, este es, el conocimiento de la aptitud en abstracto de la conducta, puede probarse por conocimientos mínimos (por ejemplo, toda persona normal y socializada sabe que disparar una arma de fuego a corta distancia puede ocasionar la muerte de quien recibe el impacto), o en relación a las características personales (como señalábamos en el caso de la colza, los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso de la anilina)³⁰⁰.

En relación al conocimiento situacional, se podrá acreditar mediante transmisiones de conocimiento o exteriorizaciones del mismo³⁰¹, por ejemplo, quien dispara un arma de fuego habiendo sido advertido de que en la trayectoria de la bala se encuentra una persona viva, o bien, que lo manifiesta antes, durante, o luego de haber realizado la conducta. También podría ser acreditado el conocimiento situacional por características personales del sujeto, así, a quien conduce un automóvil le puede ser atribuido el conocimiento de que en una curva puede aparecer otro automóvil³⁰².

En otros casos, se deberán aplicar criterios diversos para atribuir conocimiento, relativo a los factores objetivos que configuran la situación en la cuál se desarrolla su actuar. De esta forma, se acude a la percepción sensorial como un elemento capaz de aportar conocimiento a cualquier individuo del conocimiento situacional. Es así como, se requiere que pueda acreditarse que estos factores objetivos de carácter

²⁹⁹ RAGUÉS, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal" Óp. cit. p. 444, cursivas en el original.

³⁰⁰ *Ibíd.* p. 445.

³⁰¹ *Ídem.*

³⁰² *Ibíd.* p 446.

situacional “se encuentran en una situación tal que su presencia *por fuerza* ha tenido que haber sido captada sensorialmente por dicho individuo”³⁰³.

Como resulta evidente, diversos factores podrán afectar a esta percepción sensorial, y deberán ser tenidos en consideración para la corrección de la deducción de conocimiento de acuerdo al sentido social. En este sentido, podrán resultar relevantes factores ambientales, como la relación de proximidad entre el sujeto y el objeto, el tiempo transcurrido entre la percepción previa y la realización del hecho típico (como por ejemplo, quien antes de disparar contra un arbusto escucha a unas personas conversando, al cabo de un par de segundos igualmente dispara, se entiende que es muy poco probable que las personas hayan salido de la zona de riesgo del disparo)³⁰⁴.

El conocimiento situacional puede tener el carácter de reflexivo, vale decir, que requiera cierto análisis o pensamiento por parte del acusado. Por ejemplo, en el delito de receptación³⁰⁵ en que se requiere el conocimiento del origen delictual de las especies adquiridas o detentadas. En estos casos, es necesario que “a la luz del conocimiento (previamente imputado) de determinados datos objetivos, desde un punto de vista social no se entienda posible que el sujeto haya dejado de realizar una determinada valoración o reflexión”³⁰⁶.

En último lugar, y respecto al último de los requisitos de la imputación dolosa de delitos de resultado, se requiere que exista un juicio de concreta aptitud lesiva. Este es uno de los argumentos que suelen ser utilizados en la práctica para negar la

³⁰³ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 447. *Cursivas en el original.*

³⁰⁴ *Ibíd.* p. 449.

³⁰⁵ Al respecto el art. 456 bis A, del Código Penal chileno, establece que “El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena...”

³⁰⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 451 y ss.

procedencia del dolo, señalando que si bien se pudo haber atribuido en abstracto el riesgo que generaba la conducta, este no era correcto y adecuado respecto de las circunstancias fácticas que lo rodearon³⁰⁷.

Por ejemplo, sería cuestionable si, desde una perspectiva social, es atribuible o no el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta, a quien arrancando de la policía efectúa disparos contra los funcionarios, y al herir mortalmente a uno de ellos, alega que no se representó un riesgo concreto de muerte. Serán importantes también, las circunstancias en las cuales se produjeron los hechos, toda vez que no tendrá la misma fuerza comunicativa social, que el impacto haya sido directo a si fue por rebote³⁰⁸.

Siguiendo los planteamientos de Ragués, para determinar si los conocimientos singulares abstractos no se integraron en un juicio de peligro concreto exigido por el dolo, se debe acudir a reglas sociales de experiencia que permitan atribuir conocimiento ajeno³⁰⁹. Para ello, el autor distingue en dos grupos de conductas. En primer lugar, aquellas conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas; y en segundo lugar, conductas neutras.

Se entiende por conductas especialmente aptas para ocasionar resultados y conductas, a aquellas que son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, es decir, se encuentran indefectiblemente vinculadas a la creación de un determinado riesgo³¹⁰.

Por su parte, las conductas neutras son aquellas que no tienen la aptitud de las anteriores, y por lo tanto, “pese a haberse imputado previamente al sujeto el

³⁰⁷ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 23.

³⁰⁸ Este tema es discutido en SCS, 22 de abril de 2013, Rol: 1179 – 2013, Considerando 19 y ss., contra Nahuelqueo Nahuelqueo, Héctor y otro. MicroJuris Online, Cita: MJJ34930.

³⁰⁹ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 24.

³¹⁰ Para un mayor análisis, ver RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 468 y ss.

conocimiento de un riesgo en abstracto y de todas las características objetivas de la situación en que ha llevado a cabo su comportamiento, desde el punto de vista de la interpretación social no parece posible descartar por completo la posibilidad de que no se hayan integrado ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*³¹¹.

En esta distinción intervienen factores como la utilidad social de la actividad, la habituación que existe en la sociedad a ellas, o la frecuencia estadística con la que su ejecución acarrea el resultado³¹².

De esta manera, y en cuanto a la defensa del acusado que desplegó una conducta especialmente apta para alcanzar el resultado, no deberá prosperar ninguna alegación en el sentido de no haber podido representarse el concreto riesgo que significaba su conducta. En cambio, dicha alegación sí sería posible en el caso de las conductas neutras, debiendo imputarse a título de imprudencia si esto fuera posible³¹³. En este sentido, la alegación de no haberse representado el resultado de muerte al hacerse estallar un potente explosivo, no será aceptable por el tribunal, a diferencia de lo que podría ocurrir en el caso de un accidente de tránsito común.

Cabe mencionar, que la exclusión del dolo ante una alegación de falta de representación de concreta aptitud lesiva de la conducta, no es una regla absoluta³¹⁴, toda vez que dicho conocimiento o representación puede ser imputado al sujeto, por ejemplo, si lo exteriorizó, cuando la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica, o cuando la dinámica comisiva no haga creíble que no se haya formulado dicha representación³¹⁵, como en un caso de exhaustiva preparación.

³¹¹ Para un mayor análisis, ver RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 484 y ss., cursivas en el original.

³¹² RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 24.

³¹³ Ídem.

³¹⁴ Para un mayor desarrollo de estas excepciones ver RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 487 y ss.

³¹⁵ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 25.

2.2.4.4 Análisis crítico

En este apartado, nos referiremos críticamente a la formulación teórica expuesta precedentemente. En primer lugar, expondremos algunos cuestionamientos doctrinarios a esta teoría, relativos a su alta exigencia y falta de determinación de sus términos. Posteriormente, nos referiremos a las ventajas de la teoría en comento, para finalmente, referirnos a cuestiones relacionadas con la fundamentación de la sentencia.

Una primera crítica que podemos mencionar respecto a esta formulación teórica, es que exige demasiado a las concepciones psicológicas, incluso más que los propios partidarios consecuentes de esas concepciones³¹⁶. Tal como mencionamos en relación a las críticas a la prueba de indicios, no corresponde excluir un medio de prueba por una mínima posibilidad de producir certeza³¹⁷, cuestión que esta teoría no comparte, y que se aprecia “en el estudio pormenorizado de los medios de prueba, cuya viabilidad se descarta ante la menor posibilidad de arribar a una certeza absoluta con respecto al hecho psíquico acaecido”³¹⁸.

Por otro lado, podemos criticar la teoría de Ragués, ya que la vaguedad de sus términos podría significar una aplicación inequívoca³¹⁹, toda vez que, los jueces podrían tener nociones disímiles respecto a términos como el sentido social o los conocimientos mínimos.

El mismo autor expone que, si bien esto no puede desconocerse, ello es un problema común en los diferentes elementos del delito. Así por ejemplo, el término

³¹⁶ VAN WEEZEL, Alex. “RAMÓN RAGUES...”, *Óp. Cit.* p. 208.

³¹⁷ Ver página 64 y 66.

³¹⁸ VAN WEEZEL, Alex. “RAMÓN RAGUES...”, *Óp. Cit.* p. 208.

³¹⁹ El mismo autor propone esta crítica, cfr. RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Óp. Cit.* p. 25.

“previsibilidad” en la imputación objetiva, o “posición de garante” en la imputación de delitos omisivos, no son conceptos concretos y no por ello pueden descartarse sus formulaciones teóricas³²⁰. Es por esto que, la doctrina debiera apuntar a mejorar el análisis de valoraciones sociales sobre comportamientos ajenos, aportando criterios más correctos y ajustados a la perspectiva social³²¹.

En relación a las ventajas de esta propuesta teórica, podemos mencionar que esta es de universal aplicación, es decir, procede para la prueba del dolo en todos los casos. Sin embargo, su utilidad presta mayor interés en la aplicación a los casos más difíciles o complejos, ya que el análisis a través de las distinciones realizadas “facilita una discusión racional sobre la solución de los casos, consistente en tratar de aportar un correcto enfoque de los mecanismos de imputación de conocimiento que rigen en la sociedad”³²².

Por otro lado, expone Ragués que esta concepción de dolo y su prueba, permite rebatir la usual afirmación de que las definiciones de dolo cognitivas suponen una rechazable ampliación del actuar doloso³²³.

En adición a lo anterior, este autor señala que esta perspectiva de análisis tiene la ventaja de que “permite discriminar qué *indicios objetivos* merecen ser tenidos en cuenta por el juez en el momento de resolver la cuestión de la prueba del dolo”³²⁴. De esta manera, y en coherencia con las críticas a las demás formulaciones teóricas para la prueba del dolo, el autor señala que su teoría permite descartar todo elemento que no sea capaz de aportar certeza; en sus términos, “con la presente teoría se descartan determinados indicios utilizados a menudo en la práctica que, sin embargo, no parecen estar en condiciones de llevar a conclusiones aceptables si se

³²⁰ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 25.

³²¹ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 526.

³²² *Ibíd.* p. 525.

³²³ *Ibíd.* p. 526.

³²⁴ RAGUÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 25. Cursivas en el original. Debemos aclarar que no se está utilizando la voz indicios en su sentido técnico al que nos referimos anteriormente.

aborda la atribución de conocimientos desde la perspectiva social³²⁵. De este modo, la teoría normativa de Ragués se atribuye la ventaja de que permite asignar normativamente el conocimiento que un sujeto tenía, utilizando la valoración social como criterio de atribución de conocimiento, logrando así una imputación de dichos conocimientos socialmente aceptada.

En relación a lo anterior, es posible que las perspectivas de análisis de esta teoría, como la referida a los conocimientos mínimos o las exteriorizaciones de conocimientos, puedan darse por conocidas debido a su obviedad. Resulta evidente, en virtud del sentido social, que es posible atribuir la conciencia de realización del hecho típico al imputado que era un funcionario policial, y que por ello recibió formación en el uso de armas de fuego, si este da muerte a una persona por dispararle a corta distancia en la cabeza. No sería dable que alegue desconocer la aptitud lesiva de la conducta, ya que dicho conocimiento le es normativamente atribuible en virtud de criterios como los conocimientos mínimos, transmisiones previas de conocimiento, o características personales del sujeto. De esta manera, “no implica necesariamente que todas las imputaciones de conocimientos deban explicitarse de una forma pormenorizada”³²⁶ ya que estas se encuentran “tan arraigadas en la interacción social que se utilizan casi siempre de modo automático”³²⁷.

Esta falta de fundamentación de la atribución de conocimiento provocada por el sentido social de la conducta, dada su obviedad o automaticidad, puede observarse, por ejemplo, en el voto particular de la sentencia STS de 24 de noviembre de 1995³²⁸, en que se absuelve de la comisión dolosa de un delito de parricidio a una madre y abuela de una menor.

³²⁵ Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Óp. Cit. p. 25.

³²⁶ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 524.

³²⁷ MIR, Santiago; RAGUÉS, Ramón. “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo” Óp. Cit. p. 821.

³²⁸ STS de 24 de noviembre de 1995, 491-1995, [En línea] <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3201250&links=tuvieron%20que%20representarse%20de%20manera>

En el caso recién mencionado, las imputadas -madre y abuela de la infante de nombre Zuleica- sometían a malos tratos a la menor, consistentes en gritos, insultos y golpes. Además la forzaban a comer, a tal punto de producirle una herida en la lengua, respecto de la cual decidieron no buscar asistencia médica para así evitar perder la custodia de la víctima. Días después de esta lesión, la madre y su abuela nuevamente forzaron a Zuleica a comer, aun cuando ella rechazaba la comida producto de hemorragias y vómitos. La madre siguió introduciendo por la fuerza la cuchara en la boca de la pequeña, quien finalmente murió por asfixia por aspiración de sangre³²⁹.

En el voto particular, se atribuye el conocimiento requerido para el actuar doloso a las imputadas, al afirmar que las acusadas "tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar"³³⁰, sin fundamentar de modo explícito cuáles fueron los datos objetivos que permiten realizar dicha atribución de conocimientos.

Expone Ragués³³¹, que probablemente se imputó el conocimiento requerido razonando que las acusadas sabían que las lesiones de la lengua de la niña eran heridas de gravedad, puesto que decidieron no llevarla a la asistencia médica para no perder su custodia; además, conocían el tamaño desproporcionado de la cuchara,

%20necesaria%20lo%20grave%20de%20su%20modo%20de%20actuar%20%22491%2F1995%22%20%22JOAQUIN%20DELGADO%20GARCIA%22&optimize=20030808&publicinterface=true >> [Consulta: 26 de septiembre de 2016]

³²⁹ Cfr. Para un análisis del razonamiento del tribunal, MIR, Santiago; RAGUÉS, Ramón. "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo" Óp. Cit. p. 796 y ss.

³³⁰ STS de 24 de noviembre de 1995, 491-1995, [En línea] <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3201250&links=tuvieron%20que%20representarse%20de%20manera%20necesaria%20lo%20grave%20de%20su%20modo%20de%20actuar%20%22491%2F1995%22%20%22JOAQUIN%20DELGADO%20GARCIA%22&optimize=20030808&publicinterface=true>>> [Consulta: 26 de septiembre de 2016]

³³¹ MIR, Santiago; RAGUÉS, Ramón. "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo" Óp. Cit. p. 820.

los vómitos con sangre y continuos espasmos, atragantamientos y llantos cuando la obligaban a comer, todo esto por el simple hecho de que ocurrió ante sus propios ojos. De esta manera, y bajo la lógica de que en nuestra sociedad entendemos que, “cuando una persona en su sano juicio conoce rasgos tan inequívocos de la extrema gravedad del peligro, no puede dejar de representarse como probable el acaecimiento del resultado”³³²; y por ello, es necesario concluir que en esos casos, se actuó con dolo.

Considerando lo expuesto, creemos que el órgano jurisdiccional debe siempre explicitar la manera en que se atribuyó conocimiento al imputado, toda vez que es fundamental para que se pueda oponer a dicha atribución. Conocer cuáles son los datos objetivos y el fundamento o criterio de dicha atribución, será esencial para que el imputado pueda ejercer su derecho de defensa. Por otro lado, la sentencia debe ser siempre fundada y ello en razón de diversos argumentos.

En primer lugar, la fundamentación de la sentencia es un elemento fundamental de la garantía constitucional del debido proceso³³³ en lo que respecta al derecho al juicio previo, ya que “éste conlleva el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena, y la obligación de fundamentación de las sentencias como una garantía del imputado”³³⁴.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal establece que la sentencia deberá contener “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba (...)”. En este sentido, la ley establece que debe explicitarse en todos los casos la manera en que se probó un hecho. Es por ello que el

³³² MIR, Santiago; RAGUÉS, Ramón. “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo” Óp. Cit. p. 821.

³³³ En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 19, nº 3, inc. 6 de la Constitución Política de la República establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

³³⁴ HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. Óp. Cit., p. 422.

conocimiento, al ser un hecho subjetivo, debe estar respaldado cabalmente conforme la forma en que se acreditó en el juicio, y por lo tanto, aún cuando parezca obvio, debe manifestarse el modo en que se realizó la atribución de dicho conocimiento.

En el evento de que esto no se hiciera, la sentencia podría ser impugnada mediante el recurso de nulidad, en virtud del motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374, letra e del Código Procesal Penal, que establece que el juicio y la sentencia serán siempre anulados, “cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”³³⁵.

Finalmente cabe destacar que, permitir que no sean necesariamente explicitadas ciertas atribuciones de conocimiento por su obviedad, significa entregar a los jueces la decisión de determinar cuándo se deberá fundamentar la sentencia y cuándo no, toda vez que la obviedad es un término respecto del cual cada juez podría tener una noción diferente.

Una tímida manifestación expresa de atribución de conocimiento encontramos en la sentencia del 20 de septiembre de 2007, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, en la que se condenó a Ivonne del Carmen Jager Ramírez en calidad de autora del delito de parricidio frustrado, cometido en la persona de su hijo Andrés Walter Vienne Jager.

Se estableció como hecho probado, que la acusada médico cirujano con especialidad de internista, “sin autorización ni conocimiento del equipo médico tratante, le suministró fármacos al margen del tratamiento médico, que le causó un súbito y severo deterioro de sus funciones vitales, (...), presentando un nuevo edema pulmonar, que hizo necesario efectuar diversas maniobras de reanimación, dado que sus signos vitales variaron repentinamente de rangos, (...), que de no haber mediado

³³⁵ Cfr. Para un mayor desarrollo HORVITZ, María Inés. y LÓPEZ, Julián. Óp. Cit., p. 416 y ss.

la oportuna intervención del facultativo médico y el equipo a su cargo, hubiesen provocado la muerte de Andrés Vienne Jager”³³⁶.

Al respecto, la sentencia enumera los hechos que permiten inferir el carácter doloso de la conducta, entre los que menciona la trayectoria profesional y calidad de médico de la acusada, estableciendo que “dada su especialidad, conocía y no podía menos que conocer los efectos de estos fármacos, es más, los recetaba en forma habitual, como dan cuentas las recetas medicas incorporadas a juicio”³³⁷. Lo mismo se desprende del testimonio del periodista Juan Rafael Maldonado Muñoz, quién depuso sobre una entrevista con la acusada en la que esta señaló que su hijo “hizo un paro, pero es un riesgo que uno asume cuando administra diazepam endovenoso. (...) Sé que puede hacer una depresión respiratoria”³³⁸.

En virtud de estos antecedentes, el tribunal señala que “se puede arribar a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que la acusada, dada su especialidad, tenía pleno conocimiento de los fármacos o medicamentos encontrados en el organismo de Andrés como aquellos suministrados dentro del tratamiento médico, como los suministrados por ella, conocía claramente sus dosis, concentraciones, combinaciones, efectos y contraindicaciones, de manera que al suministrarle Propanolol vía endovenosa sabía que éste en combinación con los demás propios del tratamiento, tenía el efecto de causar la muerte a la víctima. Así, dado el conocimiento propio de su arte, incorporado a su acervo cultural, y usando tal fármaco con tal fin, con conocimiento de sus efectos, suministró voluntariamente a la víctima tal fármaco”³³⁹.

Luego, la sentencia justifica tímidamente la atribución del conocimiento requerido por el dolo en la aplicación de un método analítico deducitivo, señalando “que como

³³⁶ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt de 20.09.2007, RUC: 0600486906-9, RIT: 17-2007, considerando octogésimo noveno.

³³⁷ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt de 20.09.2007, RUC: 0600486906-9, RIT: 17-2007, considerando septuagésimo.

³³⁸ *Ídem*.

³³⁹ *Ídem*.

consecuencia de lo reseñado y razonado precedentemente (...), existe en autos suficiente prueba, la cual analizada mediante el método analítico deductivo, permite arribar a la convicción más allá de toda duda razonable de que la acusada al suministrar a la víctima propanolol, actuó con dolo de matar³⁴⁰. A estos mismos argumentos se remite la sentencia de la Corte Suprema que rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Ivonne Jager³⁴¹.

En este sentido, y teniendo presente lo expuesto, consideramos que es siempre necesario explicitar el fundamento de la atribución de conocimientos, al menos mencionar la existencia de un juicio deductivo o atributivo de conocimientos, en adición a la mención de los hechos en virtud de los cuales este juicio se formula, toda vez que, de otra forma la sentencia carecería de la fundamentación necesaria.

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt de 20.09.2007, RUC: 0600486906-9, RIT: 17-2007, considerando septuagésimo primero.

³⁴¹ SCS 24.12.2007, Rol: 5415-2007, considerando décimo noveno.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA DEL DOLO EVENTUAL DEL FABRICANTE DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CASO DEL ACEITE DE COLZA

En el presente capítulo, abordaremos el llamado “caso de la colza”, que corresponde a un caso de responsabilidad penal por el producto defectuoso en el cual se produjo un envenenamiento masivo por aceite de colza desnaturalizado con anilina, que tuvo lugar en España a partir de principios del mes de mayo de 1981³⁴².

Del caso surgieron dos procesos. El primero, al que se llama "de los aceiteros", dio lugar a la SAN de 20 de mayo de 1989. Luego, esta resolución judicial fue recurrida en casación, por lo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo español dictó la STS de 23 de abril de 1992. El segundo proceso, denominado "de los cargos de la Administración", concluyó mediante la SAN de 24 de mayo de 1996, impugnada por medio de casación, frente a lo cual la Sala Segunda del TS se pronuncia en la STS de 26 de septiembre de 1997.³⁴³

En este apartado, nos referiremos a la sentencia “de los aceiteros”, que por la naturaleza de los hechos que en ella se trataron, presta mayor relevancia para un análisis del dolo y su prueba, en los términos expuesto previamente y con las dificultades teóricas ya mencionadas en los capítulos precedentes.

³⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. En su: HASEEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco “La responsabilidad por el producto en Derecho Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia. 1995, p. 253 y ss.

³⁴³ JIMÉNEZ, Emilio. “La ejecución de la sentencia de la colza I”, InDret. Revista para el análisis del derecho: p. 5, 2003.

1. El caso del aceite de colza

En primer lugar, pasaremos a exponer los hechos del caso de la colza (a continuación 1.1), para luego analizar el razonamiento del tribunal para condenar por delito doloso (a continuación 1.2) y finalmente referirnos a la importancia asignada a este caso (a continuación 1.3).

1.1 Los hechos

En mayo de 1981 fue descubierto un brote epidémico iniciado en Torrejón de Ardoz, Madrid, a través de un niño de 8 años que presentó un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda³⁴⁴. Posteriormente, una serie de casos con síntomas similares se replicaron por todo el centro y noroeste de la península española³⁴⁵.

En un principio, los síntomas se atribuyeron a una neumonía intersticial, suponiendo por ello que se trataba de una enfermedad respiratoria. Posteriormente, fueron surgiendo otras hipótesis explicativas, y se consideró que podía tratarse de una intoxicación alimentaria, asociada en un principio a hortalizas, para luego arribar a la hipótesis de que se trataba del consumo de ciertos aceites sin marca, que se encontraban disponibles en el comercio ambulante a un precio notablemente inferior respecto de los aceites que sí tenían marca³⁴⁶.

³⁴⁴ EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta, COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, 37(4): 156, 2011.

³⁴⁵ Cfr. MARTÍN, Miquel; SOLÉ, Josep, “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos”, InDret. Revista para el análisis del derecho: (1) p. 1, 2000.

³⁴⁶ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264.

Fue así como, frente al incremento de casos asociados a la enfermedad en comento, llegó a conocimiento de los investigadores que entre los años 1980 y 1981, se había distribuido para el consumo humano aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%³⁴⁷, todo lo cual apuntó a concluir que la comercialización de dicho aceite había producido una enfermedad epidémica multisistémica, denominada <<síndrome del aceite tóxico>>³⁴⁸, que supuso una catástrofe sanitaria para España y un envenenamiento masivo de la población, afectando especialmente a las clases más desfavorecidas de la sociedad³⁴⁹.

Este aceite era importado principalmente de Francia, con la clara exigencia de que no fuera destinado al consumo humano, sino que a actividades industriales, específicamente siderúrgicas. De esta manera, y a fin de asegurar el cumplimiento de esta exigencia, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar el aceite a través de anilina al 2 por 100, haciéndolo inviable como alimento³⁵⁰. Esta orden administrativa se originó en 1973, cuando “industriales importadores de aceite de colza pidieron autorización al Laboratorio Central de Aduanas para utilizar anilina, un producto tóxico pero no venenoso, como agente desnaturalizante, y el permiso fue concedido. Años después, algunos industriales se concertaron para importar aceite de colza desnaturalizado, invertir el proceso de desnaturalización y vender el aceite para su consumo alimenticio. En el proceso, algo –nunca se llegó a saber exactamente qué- falló y comenzó el desastre”³⁵¹.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264.

³⁴⁸ EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta, COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. *Óp. Cit.* p. 155.

³⁴⁹ *Ibíd.* p. 156.

³⁵⁰ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264.

³⁵¹ MARTÍN, Miquel; SOLÉ, Josep, “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuoso”. *Óp. Cit.* p. 2.

Así las cosas, a partir de 1980, la empresa RAPSA - dedicada entre otras cosas a la importación, tratamiento y venta de aceites para uso industrial - comenzó a incrementar considerablemente las cantidades de aceite de colza desnaturalizado, para revenderlo a empresas siderometalúrgicas o para maquinaria³⁵². Iñigo Roman, por parte de RAPSA, efectuó conversaciones con Higinio Teodoro, gerente de "RAELCA S.A.", con quién inició tratos sobre la venta de aceite de colza refinado por esta última empresa.

La sentencia constata que "Iñigo Roman, acompañado por Sebastián Adriano, delegado comercial a comisión de RAPSA en la provincia de Madrid, visitó en junio de 1980, por iniciativa propia o de Sebastián Adriano o de Fidel Bartolome, la nave que la empresa "RAELCA SA" tenía en el polígono Urtinsa, de Alcorcón, donde Iñigo Roman percibió las instalaciones y demás elementos del diáfano recinto, que evidenciaban la dedicación del local al almacenamiento y envasado de aceites comestibles, incluyendo la fabricación correspondiente de garrafas de plástico"³⁵³.

De esta manera, RAPSA vendió a RAELCA aceite en cisternas de entre 16.000 y 14.000 kg (mientras que a los demás clientes seguía vendiendo en bidones), que destinaron a la venta como aceite para consumo humano. RAPSA, refinaba estos

³⁵² RODRÍGUEZ, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados". *Óp. Cit.* p. 264.

³⁵³ Cfr. STS 23.04.1992, 3654-1992, [En línea]<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016] Antecedente de hecho primero.

aceites desnaturalizados con anilinas a través de Alabart³⁵⁴, a fin de eliminar dicho compuesto y así destinarlo a consumo humano³⁵⁵.

Conforme a esta cadena de distribución, el aceite en comento se comercializó en diversas empresas dedicadas a la venta de aceite para consumo humano, las cuales –en su mayoría– no tenían conocimiento de que se trataba de aceite de colza desnaturalizado y venenoso, sino tan sólo de que se trataba de aceite de menor calidad, razón por la cual realizaban mezclas en orden a mejorarlo³⁵⁶, lo que dio lugar a diversas condenas por el delito de estafa³⁵⁷.

De esta manera, y entre las empresas recién aludidas, Alabart, realizó cerca de 10 envíos de aceite refinado (en que había agregado aceite de colza desnaturalizado enviado por RAPSA) entre los meses de enero y febrero de 1981, a RAELCA, empresa que se dedicaba a la compra de aceites vegetales y animales, y también a la venta de ellos, para consumo de boca realizado normalmente mediante revendedores ambulantes, o de manera directa³⁵⁸.

³⁵⁴ Alabart, era una empresa dedicada a la compraventa y almacenamiento de grasas y aceites que llevaba 20 años en la rama de los aceites comestibles. Su único dueño se llamaba Florentino Amador, Cfr. ver hechos probados en SAN, 20.05.1989, 208-1981. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6092617&links=COLZA%20SINDROME%20TOXICO&optimize=20110825&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016]

³⁵⁵ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264.

³⁵⁶ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264. Es por este último hecho que en el caso se aprecian diversas condenas por el delito de estafa.

³⁵⁷ Al respecto, ver STS, STS 23.04.1992, 3654-1992, [En línea]<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016], fallo.

³⁵⁸ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados”. *Óp. Cit.* p. 264.

Posteriormente, RAPSA envió directamente a RAELCA un aproximado de 110.259 kg de aceite bruto de colza desnaturalizado con el 2% de anilina, entre marzo y mayo de 1981, los cuales son enviados a refinar por RAELCA a las factorías de ITH y Dannelsa Bau S.A. bajo diversas denominaciones, tales como colza, aceite de semillas crudo o aceite de colza crudo, para luego ser distribuido para consumo humano entre vendedores ambulantes³⁵⁹.

Producto de la progresiva distribución y comercialización, el aceite de colza desnaturalizado con anilina arribó a muchas zonas de España provocando 330 muertes y dejando aproximadamente 15.000 afectados³⁶⁰, haciendo imperativa la creación de la Comisión Epidemiológica del Plan Nacional del Síndrome Tóxico, la cual impactó enormemente en el sistema de salud pública del país, puesto que, esta Comisión, incluso en la actualidad se caracteriza por tener una atención integral, orientación comunitaria y objetivos preventivos, respondiendo ciertamente a la transformación legislativa y administrativa que se gestó a inicios de la década de los '80 a raíz del brote inminente del síndrome tóxico³⁶¹.

No obstante todo lo expuesto, cabe destacar que no ha podido comprobarse experimentalmente que la enfermedad fuese causada por el consumo de aceite de colza desnaturalizado, dado que, no se conoce el concreto mecanismo causal que generó dicha enfermedad³⁶². En otras palabras, aún hoy “se desconoce el exacto agente etiológico concreto que dio lugar al síndrome del aceite tóxico, no obstante, todas las personas afectadas estuvieron expuestas al aceite de colza adulterado

³⁵⁹ RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados”. *Óp. Cit.* p. 264.

³⁶⁰ *Ídem.*

³⁶¹ IZQUIERDO, Javier. La justicia del accidente, variaciones sobre el síndrome del Síndrome del Aceite Tóxico Español. *Revista de Antropología Social*, (12): 289, 2003 [En línea] <<http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0303110287A/9740>> [Consulta: 28 de septiembre de 2016]

³⁶² RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 264.

inmediatamente antes de contraer la enfermedad, lo que conduce a pensar que fueron algunas sustancias en él, las que habrían producido el cuadro”³⁶³.

En el apartado siguiente, nos referiremos a la calificación jurídica de estos hechos efectuada por el tribunal en la STS del 23 de abril del año 1992.

1.2 El razonamiento del tribunal

A continuación, nos referiremos a cuál fue el fundamento del Tribunal Supremo español para decidir condenar a algunos acusados por delito doloso y no culposo, toda vez que, la SAN del 20 de mayo de 1989, “había estimado que los resultados lesivos se habían producido sólo imprudentemente; en cambio, el TS estimó, con razón, que se habían producido con dolo eventual”³⁶⁴.

Para arribar a esta conclusión, el Tribunal Supremo centra su atención en el conocimiento que tenían o no los acusados respecto a los hechos anteriormente descritos, y desarrolla en la sentencia del 23 de abril de 1992, una idea de dolo como “mera representación del peligro jurídicamente desaprobado que el autor crea con su acción alcanzando por esta vía la afirmación de una identidad entre dolo de peligro y de lesión”³⁶⁵.

³⁶³ EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta, COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. *Óp. Cit.* p. 157.

³⁶⁴ GIMBERNAT, Enrique. Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza. lcade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, (42): 79, 1997. El autor con la abreviatura TS se refiere al Tribunal Supremo.

³⁶⁵ MAQUEDA, María Luisa. La relación <<Dolo de peligro>> - <<Dolo (eventual) de lesión>>. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 <<sobre el aceite de colza>>. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 48, Fasc./Mes 2, p. 422, 1995. Desde otra perspectiva se aborda la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión en RODRÍGUEZ, Teresa. Responsabilidad penal de las empresas, *Óp. Cit.* p. 273 y ss.

Dicha sentencia, estableció que, en relación al riesgo no permitido exigido por la imputación objetiva, “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. En tales supuestos, no cabe duda que si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en la que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual”³⁶⁶.

Este conocimiento, fue constatado por el tribunal en virtud de que, los condenados por delito doloso, Íñigo Román, Higinio Teodoro, Roberto Antonio y Dimas Íñigo, son personas con muchos años de experiencia en el ámbito de los aceites, que conocían que lo que estaban importando y comercializando era aceite no apto para el consumo humano, desnaturalizado con anilina, sustancia que según consta, sabían que era venenosa³⁶⁷. Al respecto, el tribunal señaló que “no pudo haber ignorado que su acción superaba los límites del riesgo permitido, toda vez que -como consta en los hechos probados- “el carácter venenoso de la anilina (era) de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites”. Por otra parte, nunca se alegó, ni se alega ahora por el recurrente, que este desconociera que “en 1980, y desde hacía varios años, las autoridades administrativas españolas (...) para proteger la producción nacional de aceites y grasas comestibles”, ordenaron “que la mercancía, cuando ingresara en territorio español, tuviera desnaturalizados sus caracteres organolépticos”, para lo que fueron utilizadas diversas sustancias, entre ellas la anilina”³⁶⁸.

³⁶⁶ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>>> [Consulta: 27 de septiembre de 2016]

³⁶⁷ RODRÍGUEZ, Teresa. Responsabilidad penal de las empresas, Óp. Cit. p. 270.

³⁶⁸ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>> [Consulta: 27 de septiembre de 2016]

Por otro lado, cuando estos acusados distribuyeron el aceite a empresas dedicadas a la comercialización de aceites para uso de boca (lo que constó que sabían por las instalaciones y el precio en que vendían el aceite, menor al de uso de consumo humano, mas muy superior al industrial), fueron conscientes y asumieron el riesgo de que este aceite venenoso llegase a ser destinado al consumo humano, ya no pudiendo alegar su confianza en que este llegará regenerado a los consumidores, pues tal confianza es una mera esperanza, insuficiente para excluir la consciencia de la peligrosidad de la conducta³⁶⁹. El Tribunal Supremo estableció que, “no cabe duda que en tanto el aceite era distribuido entre comerciantes dedicados a la venta de aceites comestibles, el peligro era concreto, pues se lo introducía en un mercado que ponía el aceite directamente en contacto con personas”³⁷⁰. Expuso en la sentencia que, como sostuvo la Audiencia, “esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional”, y que el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo anterior, no es posible eliminar el dolo sobre estas bases, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela, en realidad, la indiferencia del autor, pero en modo alguno puede ser alegada como fundamento de la exclusión del dolo”³⁷¹.

Para la exclusión de dolo, se habría requerido que los acusados adoptaran medidas especiales, dirigidas al control del riesgo extraordinario y jurídicamente desaprobado generado por su conducta, lo que no se hizo, ya que muchas de las empresas intermedias sometían el aceite a un proceso de refinado y análisis normal, conforme a lo exigido por la regulación de la época, que no incluía el control de la presencia de anilina, ni cualquiera de sus derivados³⁷².

³⁶⁹ RODRÍGUEZ, Teresa. Responsabilidad penal de las empresas, Óp. Cit. p. 271.

³⁷⁰ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>> [Consulta: 27 de septiembre de 2016]

³⁷¹ ídem.

³⁷² RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”.

En razón de lo anterior, el tribunal concluye que “si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo, con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y de lesiones”³⁷³.

Como vimos anteriormente³⁷⁴, el problema de delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, ha suscitado múltiples discusiones doctrinarias que son agrupadas generalmente en teorías cognoscitivas y volitivas. Al respecto, la sentencia del caso de la colza, “se inclina decididamente por la primera de las soluciones, apoyándose para ello -explícitamente, al menos- en una definición del dolo como elemento del delito cuyo contenido psicológico sería de naturaleza puramente “cognoscitiva”; sin componentes, pues, de naturaleza emocional, o atinentes a los motivos (componentes “volitivos”)”³⁷⁵.

Del mismo modo, Muñoz Conde³⁷⁶ señala que en la sentencia del caso de la colza se acoge una concepción de dolo eventual que elimina completamente al elemento volitivo referido al resultado. Considera también, que la admisión del dolo respecto a los resultados lesivos y letales producidos, se deriva automáticamente de la asunción de los riesgos inherentes a las acciones realizadas. De esta manera, “el conocimiento de esos riesgos es lo que fundamenta, según el TS, la imputación a título de dolo de los resultados que de ellos se derivan. Los que desviaron el aceite

Óp. Cit. p. 271. Cfr. EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta, COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. *Óp. Cit.* p. 157.

³⁷³ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>>> [Consulta: 27 de septiembre de 2016]

³⁷⁴ Ver p. 10 y ss.

³⁷⁵ PAREDES, José Manuel. “Caso del aceite de colza”, Casos que hicieron doctrina en el derecho penal / coord. por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, p. 435, 2011.

³⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. *Óp. Cit.*, p. 277.

de colza desnaturalizado, sabían que éste contenía un producto altamente tóxico, la anilina, y sólo por este hecho deben responder, según el TS, de los resultados que se produjeron, por más que confiaran en que a través del refinamiento el aceite podía ser regenerado o desconocieran los concretos procesos causales que determinaron la producción del envenenamiento³⁷⁷.

1.3 Importancia del caso de la colza

Una vez comentados los hechos y la manera en que razonó el tribunal para calificar de doloso el actuar de los acusados, nos referiremos someramente a la importancia que tuvo este caso y su respectiva sentencia, para la jurisprudencia, la doctrina y el Estado de España.

Primeramente, podemos mencionar que la sentencia del caso de la colza, a saber STS del 23 de abril del año 1992, ha tenido una alta influencia jurisprudencial al tomar partido por posturas de tinte cognoscitivo en el análisis de la difícil³⁷⁸ delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual.

Efectivamente esta sentencia ha servido de precedente para la disminución de los elementos volitivos en los elementos formativos del dolo, lo que se aprecia en diversos fallos, en los cuales se discute si el actuar del imputado fue doloso o culpable, tendiendo a hacerse remisión a la fundamentación jurídica realizada en esta sentencia³⁷⁹.

³⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. *Óp. Cit.*, p. 277.

³⁷⁸ Cfr. Sobre esta dificultad se efectúa un análisis en MUÑOZ L., José; FERNÁNDEZ C., José Angel “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter”. *Política criminal*. Vol. 5, No 10, p. 443 y ss. 2010, [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A4.pdf> [consulta: 28 de septiembre de 2016]

³⁷⁹ Cfr. STS 09.05.2016, 196-2016. [En línea] <http://www.poderjudicial.es/search/d_oAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7624906&links=colza%2>

De esta manera, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2016, establece que “esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico"), ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que, el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, pese a lo cual sigue adelante con la ejecución de su conducta”³⁸⁰.

Por otro lado, esta sentencia tiene importancia para fines dogmáticos, toda vez que, por la naturaleza de los hechos, “se plantean una dificultad y una complejidad hasta entonces inimaginadas, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera se conocen claramente, o por lo menos no pudieron probarse satisfactoriamente, los mecanismos a través de los que se produjeron los gravísimos daños”³⁸¹.

Considerando lo expuesto, es posible advertir que el denominado <<Caso de la Colza>> resultó ser un caso muy importante de responsabilidad por el producto en el que se ventilaron cuestiones ampliamente discutidas por la moderna doctrina sobre

0aceite&optimize=20160321&publicinterface=true> [Consulta: 28 de septiembre de 2016] o STS 06.10.2015, 580-2015, [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7513414&links=colza%20aceite&optimize=20151109&publicinterface=true>> [Consulta: 28 de septiembre de 2016]

³⁸⁰ STS 09.05.2016, 196-2016. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7624906&links=colza%20aceite&optimize=20160321&publicinterface=true>> [Consulta: 28 de septiembre de 2016] Igual remisión se hace en SAP Barcelona, 17.06.2016, 512-2016. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7810285&links=colza%20aceite&optimize=20160914&publicinterface=true>> [Consulta: 28 de septiembre de 2016] Lo mismo se aprecia en SAP Madrid, 17.05.2016, 248-2016, [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7745807&links=colza%20aceite&optimize=20160728&publicinterface=true>> [Consulta: 28 de septiembre de 2016]

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. *Óp. Cit.*, p. 254.

causalidad y su prueba³⁸² y, como vimos, el problema de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente y su acreditación en el proceso.

En relación a esto y como mencionamos anteriormente, en el juicio no se pudo acreditar el mecanismo que da inicio al síndrome tóxico, lo que da pie a numerosas discusiones respecto a la causalidad³⁸³.

Finalmente, consideramos relevante mencionar, que en el caso analizado se afectó el interés patrimonial del Estado, puesto que el proceso “de los cargos de la Administración” condenó al fisco como responsable civil subsidiario. De esta manera, “el caso de la colza representa la mayor cifra de responsabilidad civil pagada por el Estado a las víctimas de un delito. Después de dos series de procesos penales, se declaró finalmente la responsabilidad subsidiaria del Estado por hecho delictivo de terceros”³⁸⁴.

A continuación, nos referiremos a la manera en que se acreditó, o tuvo por acreditado, el conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado en relación a los delitos de homicidios y lesiones, por los que se condenó en la STS del 23 de abril de 1992.

³⁸² Cfr. MARTÍN, Miquel; SOLÉ, Josep, “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuoso”, *Óp. Cit.* p. 1.

³⁸³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. *Óp. Cit.*, p. 267 y ss. PAREDEZ, JOSÉ Manuel. “De nuevo sobre el <<caso de la colza>>: una réplica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, (5): 87 y ss., 2000. GIMBERNAT, Enrique. Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza. *Óp. Cit.*, p. 63 y ss.

³⁸⁴ JIMÉNEZ, Emilio. “La ejecución de la sentencia de la colza I”, *Óp. Cit.*, p. 3.

2. La prueba del dolo eventual en el caso del aceite de colza

Como vimos en el apartado anterior, la STS del 23 de abril de 1992 establece que el dolo consiste en la representación o conocimiento respecto al peligro concreto jurídicamente desaprobado generado por la actuación del autor. De esta manera, en el presente apartado intentaremos dar respuesta a la pregunta, ¿cómo se acreditó, o tuvo por acreditado el dolo en la sentencia del caso de la colza?

2.1 Lo expuesto en la sentencia por parte del tribunal

Como vimos anteriormente³⁸⁵, el tribunal hace afirmaciones respecto del conocimiento de los acusados sobre diferentes hechos³⁸⁶, para calificar su actuar como doloso. Así las cosas, se sostiene que los imputados se representaron el carácter venenoso o tóxico de la anilina, como también la presencia de este último compuesto en el aceite de colza importado. Luego, la sentencia establece que los empresarios sabían que este aceite estaba siendo destinado al uso comestible, toda vez que conscientemente lo distribuyeron a empresas de ese giro.

Al respecto, la sentencia aludida señala que, el carácter venenoso de la anilina era de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites. Por otra parte, nunca se alegó el desconocimiento de la exigencia de las autoridades administrativas de desnaturalizar con anilina el aceite al ser importado. En cuanto a la representación de la desviación al mercado del aceite de boca, esto se acreditó porque los acusados conocían las instalaciones y el precio en que venden el aceite, menor al de uso de consumo humano, mas muy superior al

³⁸⁵ Ver página 97 y ss.

³⁸⁶ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>>> [Consulta: 29 de septiembre de 2016]

industrial, y que en razón de ello, están siendo conscientes y asumen el riesgo de que este aceite venenoso va a ser destinado al consumo humano, ya no pudiendo alegar su confianza en que este llegará regenerado a los consumidores, pues tal confianza es una mera esperanza, insuficiente para excluir la consciencia de la peligrosidad de la conducta³⁸⁷.

Estas afirmaciones del Tribunal Supremo, se fundamentaron en los hechos que se tuvieron por probados en la SAN del 20 de mayo de 1989, la que al valorar la prueba señaló que debe valerse de los testimonios de Luciano Urbano, documentos y pruebas indiciarias³⁸⁸.

De esta manera, la Audiencia estableció que “Luciano Urbano se muestra imparcial en tal orden y, relacionadas sus declaraciones con las de Leonardo Segismundo y Serafin Leovigildo, y con la documental aportada, se llega al convencimiento de que el de San Sebastián conocía perfectamente las instalaciones de "RAELCA, SA.» y de que Serafin Leovigildo conocía perfectamente los membretes de RAPSA que especificaban su giro; de donde lógicamente se infiere: a) que Leonardo Segismundo era consciente de la dedicación de su comprador al comercio del aceite para uso de boca, y b) que Serafin Leovigildo también era consciente de la dedicación de su vendedor a los aceites para usos industriales”³⁸⁹.

³⁸⁷ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 3. [En línea]. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>> [Consulta: 29 de septiembre de 2016].

³⁸⁸ Ver SAN, 20.05.1989, 208-1981. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6092617&links=COLZA%20SINDROME%20TOXICO&optimize=20110825&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016], fundamento jurídico 2.3.6.

³⁸⁹ Ídem. La sentencia con la expresión “el de San Sebastián” se refería al acusado Leonardo Segismundo. SAN, 20.05.1989, 208-1981. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6092617&links=COLZA%20SINDROME%20TOXICO&optimize=20110825&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016], acusado D11.

Posteriormente, la SAN del 20 de mayo de 1989, entendió por acreditado el paso del aceite desnaturalizado a empresas dedicadas al comercio de comestibles y el intento de eliminar la anilina del aceite, en virtud de que “las declaraciones, riada sospechosas de inveracidad a tal respecto, de Agapito Hilario (...); y de Leonardo Segismundo (...). A lo que se añade la documental, testifical y pericialmente acreditada presencia de anilina y oleilanilidas en aceites de colza salidos de Florentino Amador”³⁹⁰, quien sometía aquel aceite a tratamientos encaminados a la refinación y a la eliminación de la anilina, y lo destinaba integrado en otros aceites de semillas, al comercio del consumo de boca³⁹¹, sin verificar posteriormente la presencia de anilina o cualquiera de sus derivados, en el aceite refinado³⁹². Por este motivo, el Tribunal Supremo consideró que su intento por eliminar la anilina consistió en una mera esperanza infundada de la no producción de un riesgo concreto a un bien jurídico.

Como mencionamos anteriormente, la prueba de estos hechos, que fueron considerados culposos por la Audiencia, se acreditaron mediante testimonios, documentos, y prueba indiciaria. En razón de ello, la defensa de Damas Iñigo pone en duda ante el Tribunal Supremo que la Audiencia haya tomado en cuenta las exigencias de la prueba indiciaria impuestas por el Derecho vigente, y concretadas por la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional. Ante esto, el tribunal manifiesta que “este punto de vista carece de apoyo en las circunstancias de

³⁹⁰ SAN, 20.05.1989, 208-1981. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6092617&links=COLZA%20SINDROME%20TOXICO&optimize=20110825&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016], fundamento jurídico 2.3.6.

³⁹¹ SAN, 20.05.1989, 208-1981. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6092617&links=COLZA%20SINDROME%20TOXICO&optimize=20110825&publicinterface=true>> [Consulta: 15 de septiembre de 2016], hechos probados.

³⁹² Ver p. 99, o RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. *Óp. Cit.* p. 271. Cfr. EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta, COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. *Óp. Cit.* p. 157.

la causa, pues en realidad la Audiencia se valió precisamente de prueba directa para establecer dichos extremos”³⁹³.

Lo que posteriormente reafirma, señalando que “la calidad de prueba idónea de la prueba testifical para probar el conocimiento propio del dolo no es discutible. Si un testigo (o un procesado) manifiesta haber comunicado al procesado ciertas circunstancias o haber percibido cómo éste tomaba conocimiento de ellas, el Tribunal puede fundamentar en tales declaraciones su convicción en conciencia respecto de los elementos del dolo, siempre, como es claro, que tales testimonios le resulten creíbles”³⁹⁴.

De este modo el tribunal desestimó el motivo, por cuanto es un problema de credibilidad del testigo, cuestión que queda fuera de la revisión del recurso en virtud del principio de inmediación³⁹⁵.

Como se puede apreciar, existe una contradicción entre la sentencia de la Audiencia y la emanada del Tribunal Supremo, en relación a la manera en que se acreditaron los hechos tenidos en cuenta para la calificación jurídica de los delitos de homicidio y lesiones, en su carácter doloso o culposo – a saber, la conciencia de la presencia de anilina en el aceite y su carácter tóxico, la representación de su destinación al aceite de uso de boca y la no revisión del proceso de refinado en busca de anilina o alguno de sus derivados-. De esta manera, la Audiencia señaló que estos hechos se probaron por declaraciones, documentos y prueba indiciaria sin explicitar la manera en que se construyeron tales indicios. Por otro lado, el Tribunal Supremo señaló que la Audiencia se valió más bien de prueba directa, y se limitó a hacer afirmaciones del conocimiento de tales hechos, sin explicitar la manera en que se obtuvieron.

³⁹³ STS España de 23.04.1992, 3654/1992, ponente Sr. Enrique Bacigalupo, fundamento de derecho 5. [En línea]. <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>>> [Consulta: 29 de septiembre de 2016].

³⁹⁴ Ídem.

³⁹⁵ Ídem.

2.2 El razonamiento tácito que se podría desprender de las sentencias para la prueba del dolo en el caso de la colza

Si bien la sentencia de la Audiencia expresamente señaló que se acreditó el conocimiento de los hechos, tenidos por dolosos por el Tribunal Supremo, mediante prueba de indicios, no expone la manera en que se construyó el o los indicios, ni tampoco su valoración, que, como vimos anteriormente, son cuestiones esenciales para la legitimidad constitucional de este medio de prueba.

Al respecto, Ragués, señala que probablemente se razonó aplicando una serie de silogismos sucesivos y encadenados que podrían explicarse de la siguiente manera:

“1º/

- Premisa Mayor (*regla de experiencia*): todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venoso (mortal) de la anilina.
- premisa menor (*hecho probado*): el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.
- Conclusión: el acusado conocía el carácter venoso (mortal) de la anilina al momento de los hechos.

2º/

- PM (*regla de experiencia*): quien intenta refinar una partida de aceite, extrayendo de éste su contenido de anilina, es consciente de que pueden permanecer restos de tal producto tóxico tras el proceso de refinado si no se adoptan posteriores medidas de control.
- pm (*hecho probado*): el acusado refinó una partida de aceite intentando extraer de ésta su contenido de anilina sin adoptar posteriores medidas de control.

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

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

3º/

- PM (*regla de experiencia*): quien sabe que la anilina es venenosa (mortal) y trata de refinar aceite que contiene anilina, siendo consciente de que pueden permanecer restos de ésta, es a la vez consciente, de que existe riesgo de que el aceite siga conteniendo anilina, y por tanto, sea venenoso (mortal) tras el proceso de refinado.
- pm (*hecho probado*): el acusado sabía que la anilina era venenosa y fue consciente de que en el proceso de refinado existía el riesgo de que permanecieran restos de este producto.
- Conclusión: el acusado fue consciente de que tras el proceso de refinado existía el riesgo de que el aceite continuara conteniendo anilina y, por tanto, de que fuera venenoso (mortal).

4º/

- PM (*regla de experiencia*): quien introduce en el mercado de comestibles un producto siendo consciente del riesgo de que dicho producto sea venenoso (mortal), es también consciente de que está creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores.
- pm (*hecho probado*): el acusado introdujo aceite en el mercado de comestibles siendo consciente del riesgo de que tal aceite fuera venenoso (mortal).
- Conclusión: el acusado era consciente de que estaba creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores al introducir el aceite en el mercado³⁹⁶.

³⁹⁶ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba en el proceso penal” Óp. cit. p. 244. Con las abreviaciones “PM” y “pm” el autor se refiere a la premisa mayor y menor respectivamente.

Esta explicación de la acreditación del conocimiento, por parte de los acusados en el caso de la colza, de estos hechos considerados dolosos por el Tribunal Supremo nos parece bastante exigente en su desarrollo y coherente en su construcción lógica, por lo que, consideramos que probablemente de esta manera la Audiencia Nacional entendió probada la representación de tales antecedentes fácticos y circunstancias, aunque sin haberlo explicitado, como debió hacerlo.

Por otro lado, aún cuando el Tribunal Supremo expresamente mencionó que la Audiencia se valió de prueba de testigos para acreditar el conocimiento de los hechos considerados dolosos, son imaginables otras explicaciones implícitas para la prueba del dolo en la STS del 23 de abril de 1992.

De esta manera, la afirmación realizada por el tribunal, al señalar que el carácter venenoso de la anilina y su presencia en el aceite importado es de conocimiento general de los empresarios aceiteros, y que nunca se alegó la desinformación de la exigencia de las autoridades administrativas de desnaturalizar con anilina el aceite al ser importado, puede constituir una aplicación implícita de la teoría normativa de Ragués, en virtud de criterios de atribución tales como las características personales o transmisiones previas de conocimiento.

Asimismo, cuando el tribunal expuso que los empresarios sabían que el aceite estaba siendo destinado conscientemente al uso comestible, al distribuirlo a empresas de ese giro, y que esto era conocido por las instalaciones de RAELCA y el precio pactado, podría estar fundamentando la representación de los acusados de esos hechos, en virtud de criterios de atribución como las transmisiones previas de conocimiento o exteriorizaciones personales del mismo.

En relación a lo anterior, abordaremos a continuación algunos aspectos que nos parecen criticables en las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo relativas al caso de la colza.

2.3 Problemas de la prueba del dolo en las sentencias del caso de la colza

En este apartado nos referiremos a los problemas probatorios del dolo que observamos en el caso de la colza.

Como mencionamos anteriormente, la SAN del 20 de mayo de 1989, señala que la prueba de los hechos considerados dolosos por el Tribunal Supremo, se alcanzó mediante testimonios, documentos y prueba de indiciaria, sin explicitar la manera en que se construyeron estos indicios. Por otro lado, la STS del día 23 de abril de 1992 establece -erróneamente, en nuestra opinión- que en realidad la Audiencia se valió de prueba directa para la acreditación del dolo (al remitirse esta a testimonios y documentos). Además, sostiene que la idoneidad de la prueba testifical para probar el conocimiento propio del dolo no es discutible, toda vez que si un testigo manifiesta haber comunicado al procesado ciertas circunstancias o haber percibido cómo éste tomaba conocimiento de ellas, el Tribunal puede fundamentar en tales declaraciones su convicción.

Al respecto, creemos que ambas sentencias son criticables. La primera, incurrió en una clara falta de fundamentación. Por su parte, la segunda, contraviene el texto expreso de la primera, y además, comete un error doctrinario al sostener la idoneidad de la prueba de testigos para la acreditación procesal del dolo, en atención a lo que hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, creemos que a la SAN del 20 de mayo de 1989 se le puede reprochar que no expuso en términos explícitos y claros la manera en que fueron contruidos los indicios. Como ya hemos señalado, esta se limitó a constar la utilización de este medio de prueba.

Esto es problemático ya que como vimos³⁹⁷, la prueba de indicios goza de legitimidad tanto doctrinaria como constitucional siempre y cuando sea debidamente explicitada en la motivación de la sentencia. Sólo de esta manera será una prueba “tan garantista como la prueba directa, y probablemente más por el plus de motivación que exige... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo...”³⁹⁸. En este sentido, sólo a través de una adecuada fundamentación de la sentencia, se evita que la condena resulte arbitraria.

En segundo lugar, estimamos que la STS del día 23 de abril de 1992, yerra al contravenir el texto expreso de la sentencia emanada de la Audiencia, al señalar que la prueba de los hechos considerados dolosos por el Tribunal Supremo se obtuvo por medio de prueba directa y no por prueba de indicios. Por otro lado, comete un error dogmático al señalar que la prueba testigos es, en si misma, idónea para la acreditación del conocimiento exigido por el dolo, por diversos motivos.

En nuestra opinión, la prueba de testigos exclusivamente no es apta para la acreditación procesal del dolo, ya que “no es posible demostrar directamente, por vía de prueba, la existencia o ausencia de dolo en una conducta, sino que ello ha de ser inferido mediante argumentación”³⁹⁹.

Desde otra punto de vista, los dichos de los testigos, en sí mismos, no son capaces de probar el dolo ni desde una perspectiva psicológica, ni normativa⁴⁰⁰. En este sentido, en primer lugar, la declaración testifical no nos permite acceder a la mente del acusado para de esa manera acreditar el conocimiento de este al

³⁹⁷ Ver p. 41 y ss.

³⁹⁸ SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 48º, citando a STS España, 19 de enero de 2005, 33-2005).

³⁹⁹ PAREDES, José Manuel; DÍAZ Y GARCÍA, Miguel; DE VICENTE, Javier, Argumentación y prueba en la determinación del dolo, Revista de Derecho Penal y Criminología, (8): 6, 2001.

⁴⁰⁰ Ver la distinción en p. 69 y ss.

momento de la comisión del hecho punible⁴⁰¹. En segundo lugar, la tesis normativa requiere de un criterio de atribución que permita imputar la representación de ciertos hechos por parte del imputado. En virtud de lo mencionado, el relato del testigo no será la fuente directa para la acreditación del dolo, toda vez que, sólo nos permite conocer lo que un tercero sabía respecto de la realidad.

Al respecto, Castellón señala que “a diferencia de lo que ocurría en el caso de la prueba de la relación de causalidad, el núcleo central de la argumentación es de carácter sustantivo (el concepto de dolo eventual), no meramente procesal”⁴⁰². Agrega que, el tribunal al valorar la prueba “se limita a hacer afirmaciones acerca de lo que es razonable esperar que dichos sujetos supieran, dadas las acciones que llevaron a cabo. Afirmaciones que, a su vez, pueden resultar muy razonables como tesis “de sentido común” (...), pero que fracasan completamente como valoración de las pruebas acerca de lo que verdaderamente sabían y pensaban dichos autores, con lo que difícilmente deberían haber permitido superar las limitaciones a dicha valoración que impone el principio *in dubio pro reo*. Nuevamente, sólo una reducción del nivel de exigencia probatoria (y, de nuevo, sobre la base de un intento de redefinir el contenido conceptual del elemento típico) permitió que la argumentación culmine en el resultado, condenatorio, perseguido”⁴⁰³.

⁴⁰¹ Esto es lo que algunos autores llaman principio de imposibilidad de acceso a la mente de otro, cfr. GONZÁLEZ, Gustavo, El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. Óp. Cit. p. 65. En la misma línea, cfr. PAREDES, José Manuel; DÍAZ Y GARCÍA, Miguel; DE VICENTE, Javier, Argumentación y prueba en la determinación del dolo. Óp. Cit. p 330 y ss.

⁴⁰² PAREDES, José Manuel. “Caso del aceite de colza”, Óp. Cit., p. 420.

⁴⁰³ *Ibíd.* p. 437.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

En este capítulo, haremos un listado con las conclusiones que pudimos obtener a lo largo de esta investigación, siguiendo el mismo orden en que se han expuesto en este trabajo, entendiendo que se obtuvieron de manera concadenada.

a) El concepto de dolo ha sido objeto de múltiples obras tendientes a determinar su alcance, sus categorías y su contenido. Sin embargo, su acreditación procesal no ha logrado un desarrollo teórico equivalente al alcanzado en un sentido sustantivo; sin perjuicio de tratarse de un aspecto de gran importancia y complejidad, teniendo presente la mayor punibilidad que se le atribuye a la conducta dolosa, y la dificultad dogmática que presenta la prueba de todo hecho subjetivo o psicológico, como el dolo.

b) Frente al problema de la delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual, creemos que las formulaciones normativas del dolo conducen a mejores resultados, dado que aportan mayor certeza. En este sentido, las acepciones de carácter objetivo del dolo permiten evitar el esfuerzo argumentativo para no abandonar a la “voluntad”, teniendo que desarrollar conceptos como aceptar, conformarse, o resignar; entendiendo que, en esos casos el sujeto se representó el resultado lesivo del bien jurídico, y con ello, lo quiso. En adición a esto, el elemento volitivo no tiene contenido propio, toda vez que, se desprende de la actuación del agente, con independencia del conocimiento del riesgo concreto desaprobado por el ordenamiento jurídico. Asimismo, el elemento volitivo no desempeña un papel relevante en los delitos de mera actividad, ya que en estos basta la representación del sujeto de que en su comportamiento concurren los elementos integradores del tipo objetivo.

c) La problemática de la delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual, tiene gran importancia práctica si consideramos la mayor punibilidad de la conducta dolosa.

Por lo anterior, siempre que la conducta sea calificada como dolosa por el tribunal, será necesario acreditar el dolo en el juicio, de manera tal que, dicha acreditación conste y se explicita en la motivación de la sentencia, puesto que sólo de esta manera se respetará la presunción de inocencia.

c) Por la importancia de los bienes jurídicos comprometidos en el juicio penal, la prueba de los hechos se hace especialmente exigente. Esto se manifiesta en la necesidad de alcanzar un alto estándar probatorio para la condena, y en la necesidad de una mayor fundamentación de la sentencia, que debe explicitar la manera en que se valoró la prueba conforme a la sana crítica.

En este sentido, y en concordancia con lo expuesto, en nuestra legislación, el artículo 297 del Código Procesal Penal establece que la prueba se apreciará con libertad, no pudiendo contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Agrega también, que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, y deberá señalar el o los medios de prueba en virtud de los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de manera que, la motivación de la sentencia permita la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arribare la sentencia.

Por otra parte, y en relación al estándar probatorio, el artículo 340 del mismo cuerpo legal establece que, para que una persona pueda ser condenada por haber participado en la perpetración de un delito, se requiere que el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible. Esta convicción, se debe fundar en la prueba producida durante el juicio oral, en virtud del principio de inmediación.

d) La prueba del dolo es esencialmente compleja, toda vez que este es un hecho subjetivo o psicológico. De esta manera, resulta necesario teorizar respecto de cuáles son criterios idóneos para su acreditación procesal, ya que independiente de lo restringido o amplio de nuestro concepto sustantivo de dolo, este deberá ser verificado en el juicio.

Por lo anterior, y como hemos señalamos, es relevante determinar cómo se debe probar el dolo, ya que permitirá evitar que una aplicación muy flexible en materia procesal de conceptos muy restringidos en sede penal, haga castigar frecuentemente a los delitos dolosos; o bien, acepciones dogmáticas muy amplias de dolo, en virtud de una aplicación jurisprudencial muy exigente en lo relativo a la prueba, tendría como resultado un escaso número de condenas por delitos dolosos.

e) Se han formulado diversas propuestas de solución para la prueba de hechos subjetivos o psicológicos. La respuesta más tradicional señala que estos se prueban o por la confesión auto-inculpatoria, o por los indicios. Encontramos también otras doctrinas más modernas, como las teorías psicológicas o que acuden a las ciencias, y la teoría normativa de Ramón Ragués.

Algunos autores señalan que, para analizar la prueba de los hechos subjetivos o psicológicos, se deben distinguir dos posturas o posiciones, “si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo”⁴⁰⁴. De esta manera, es posible distinguir entre perspectivas psicológicas y normativas⁴⁰⁵.

De lo expuesto en el presente trabajo, se desprende que la confesión auto-inculpatoria, las teorías psicológicas o que acuden a las ciencias empíricas, y la prueba de indicios, corresponden a la perspectiva psicológica. Por otro lado, y como

⁴⁰⁴ RAGUÉS, Ramón. “El dolo y su prueba...” Óp. cit., p. 290, citando a DÍEZ RIPOLLÉS, “Los elementos subjetivos...” Óp. Cit., p. 21.

⁴⁰⁵ Ver p. 69 y ss.

su nombre lo señala, la teoría de Ramón Ragués, corresponde a una propuesta normativa.

f) Como vimos, la confesión auto-inculpatória no es una manera idónea para probar el dolo, ya que son imaginables diversas hipótesis en las que aquello que el acusado declaró, no corresponde con lo que en realidad se representó, o está mintiendo. Además, existe el principio de no autoincriminación, consagrado en tratados internacionales y en el propio artículo 340 del Código Procesal Penal, que establece que “no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

g) Respecto a las teorías psicológicas o que acuden a las ciencias empíricas, consideramos que no son suficientes para la acreditación procesal del dolo. En primer lugar, por la diferencia conceptual que existe entre los conceptos científicos y jurídicos. En segundo lugar, sus métodos requieren la voluntad del imputado y no aportan certeza. Además, existe una dificultad para determinar cuál es la ciencia más idónea, y una vez determinada aquella, cuál es el método más indicado.

h) Desde una perspectiva práctica, y en concordancia con los objetivos y metas de este trabajo, creemos que la prueba de indicios es un método apto para la acreditación procesal del dolo.

De este modo, estimamos que es posible acreditar mediante prueba indiciaria que la conducta del acusado fue dolosa, vale decir, que al momento de comisión de los hechos se representó el peligro concreto de afectación al bien jurídico protegido por la norma de conducta. Sin embargo, al utilizar este medio de prueba se debe exigir una mayor fundamentación de la sentencia que explicita la manera en que se construyó el indicio. Sólo de esa manera se respetará la presunción de inocencia.

Como vimos, para la construcción de indicios han de preferirse las reglas de experiencia de carácter absoluto que conducen a indicios necesarios, aun cuando, en la valoración conjunta de los indicios, se podría alcanzar la convicción

condenatoria en virtud de un cúmulo de indicios contingentes, provenientes de máximas de experiencia relativas. En concordancia con lo que señalamos, este análisis deberá ser siempre explicitado en la sentencia.

i) Ante la crítica de Ragués⁴⁰⁶ sobre la incapacidad de aportar certeza por no existir máximas de experiencia absolutas idóneas para la acreditación del dolo, y por no ser posible verificar plenamente el hecho indicador -ya que nunca se logra alcanzar la certeza-, creemos que esto es excesivo⁴⁰⁷, toda vez que conduce a un rechazo general de la prueba de indicios, que, como vimos, goza de legitimidad tanto doctrinaria como jurisprudencial. Además, la verdad absoluta no es alcanzable en el proceso, de modo tal que por razones prácticas, y en concordancia con nuestros objetivos y metas, una adecuada fundamentación de la sentencia, sería suficiente para salvar esta crítica.

j) En relación a la crítica a la prueba de indicios de Ragués⁴⁰⁸, referente a que al valorar la prueba aportada en el juicio sólo se alcanza una íntima convicción en el juez, y que ello podría devenir en arbitrariedades -además de los argumentos ya mencionados en el apartado respectivo⁴⁰⁹-, estimamos que en vez de rechazar este medio probatorio por ese motivo, se debe exigir más en la fundamentación de la aludida convicción, para que así los jueces se hagan cargo de explicitar la manera en que se valoró la prueba de indicios.

k) Teniendo presente lo ya mencionado, en todos los casos se deberá alcanzar una convicción por parte del tribunal, que como vimos, debe ser más allá de toda duda razonable para la condena. En este sentido, la distinción teórica entre perspectivas psicológicas y normativas, no es esencial en la práctica. Esto porque, con independencia de que si al probar el hecho subjetivo se debe probar el hecho

⁴⁰⁶ Ver. p. 63 y ss.

⁴⁰⁷ Cfr. En este mismo sentido, cfr. VAN WEEZEL, Alex. "RAMÓN RAGUES...", *Óp. Cit.* p. 208.

⁴⁰⁸ Ver p. 66 y ss.

⁴⁰⁹ Ver p. 67 y ss.

interno de la mente del imputado, o si debemos acreditar este hecho subjetivo en virtud de una atribución normativa, finalmente se deberá alcanzar, de igual modo, la convicción condenatoria por parte del tribunal.

Por lo tanto, y con un fin práctico, nuestra posición es que se puede probar el dolo siguiendo una perspectiva psicológica o normativa, toda vez que, finalmente lo relevante será si el tribunal adquirió o no la convicción necesaria para la condena. Es por ello que, hay que ser aún más exigentes en este punto (la convicción), de modo tal que para asegurar el respeto a la presunción de inocencia, se debe explicitar claramente en la fundamentación de la sentencia la manera en que se obtuvo la convicción de que el actuar del acusado fue doloso, ya sea en virtud de la prueba de indicios, o la atribución de conocimiento según patrones normativos.

De este modo, y en relación con los objetivos de este trabajo, se facilita la efectividad de la prueba del dolo.

l) En virtud de lo anterior, estimamos que la teoría normativa de Ragués aporta un enfoque de análisis muy claro y con vocación de objetividad, de modo tal que, también resulta un medio apto para la acreditación procesal del dolo. Es así como la verificación del conocimiento en virtud del sentido social de la conducta, siguiendo criterios de atribución tales como los conocimientos mínimos, las transmisiones previas de conocimientos o cualquiera de los ya mencionados, es muy lógica y coherente, toda vez que, sus explicaciones son comprensibles por cualquier ciudadano, permitiendo con ello avanzar notoriamente en el problema de la prueba del dolo.

No obstante, y como hemos venido señalado⁴¹⁰, estimamos que toda atribución de conocimientos debe ser siempre explicitada en la motivación de la sentencia, de modo que no quede duda de la manera en que razonó el tribunal, con independencia de su aparente obviedad.

⁴¹⁰ Ver. p. 85 y ss.

m) El caso de la colza es un importante referente para el análisis de cuestiones dogmáticas y procesales de la responsabilidad penal del fabricante de productos defectuosos, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de las personas.

En relación al dolo, la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de abril de 1992, destaca por adoptar un concepto normativo de dolo, señalando que actúa dolosamente el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conciencia de los elementos del tipo objetivo.

n) En relación a la acreditación procesal del dolo en la sentencia del caso de la colza, consideramos que su fundamentación es insuficiente para una clara y precisa comprensión de la manera en que se probó el conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado. Además, y como señalamos en este trabajo, al referirse a la verificación del dolo, incurre en errores dogmáticos⁴¹¹.

ñ) En virtud de todo lo expuesto, y a modo de conclusión general, consideramos fundamental que la doctrina continúe teorizando respecto del concepto de dolo, y la forma en que este se acredita en juicio, para así propender a un mayor desarrollo dogmático, que pueda resultar de utilidad para resolver aquellos casos en que sea discutible si el actuar del imputado fue doloso o culpable, y en tal caso, si se acreditó la imputación con arreglo a las exigencias legales.

Además, y en concordancia con lo expuesto en estas conclusiones, consideramos imperativo que la jurisprudencia se vuelva más exigente en la motivación de la sentencia, de modo tal que, el tribunal se haga cargo de los problemas dogmáticos propios de la acreditación procesal del dolo, y así no quede duda de la manera en que razonó el tribunal para alcanzar la convicción requerida para la condena. Sólo de

⁴¹¹ Ver p. 107 y ss.

esta manera podremos alcanzar mayor certeza jurídica, unida a la aplicación de una pena respetando la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. CANESTRARI, Stefano. “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías del riesgo”, Anales de derecho. Universidad de Murcia, (21), 2003.
2. CARNELUTTI, Francesco. La prueba Civil, 2º edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982.
3. CONTRERAS, Lautaro. “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”. Política criminal. Vol. 10, No 19, (Julio 2015), Art. 9. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A9.pdf].
4. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1987.
5. De MIRANDA, Carlos. “Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal”. [En línea]. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho. Julio – agosto, 2011*, <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/162Probatica.pdf>> [consulta: 16 de agosto de 2016]
6. _____. Dossier de los tribunales sobre probática. La prueba del abuso sexual: un caso de <<masajes deshonestos>>. [En línea], *Diario La Ley número 7667, Viernes, 6 de julio de 2011*, <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/laley ESPECIALprobatica5.pdf>> [consulta: 16 de agosto de 2016]
7. _____. Dossier de los tribunales sobre probática. El estándar de prueba en el proceso penal. [En línea]. *Diario La Ley número 7947, Viernes, 19 de octubre 2012*, <<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%2009.pdf>> [consulta: 16 de mayo de 2016]

8. _____. Dossier de los tribunales sobre probática. Sombras de un caso de prueba penal. [En línea]. *Diario La Ley número 7947, Viernes, 8 noviembre 2013*,
<<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/LA%20LEY.%20Especial%20probatica%2012.pdf>> [consulta: 16 de mayo de 2016]
9. Delgado, Joaquín. “Prueba de indicios”, en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996.
10. DIÉMER, Enrique y CERDA, Olga. *Diccionario Jurídico Chileno y de Ciencias Afines, Volumen II*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006.
11. DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases Metodológicas, Valencia, 1990.
12. EL síndrome del aceite tóxico: 30 años después, por RODRIGUEZ, Pablo; CALVO, Marta; COLLADO, Zaira; DURÁN, José; Martínez, Nuria. Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, 37(4), 2011.
13. GARCÍA, Percy. “El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal”. Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Piura, Volumen 11, 2010.
14. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
15. IZQUIERDO, Javier. La justicia del accidente, variaciones sobre el síndrome del Síndrome del Aceite Tóxico Español. Revista de Antropología Social, (12), 2003, [En línea].

<<http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0303110287A/9740>>

[Consulta: 28 de septiembre de 2016]

16. JIMÉNEZ, Emilio. “La ejecución de la sentencia de la colza I”, InDret. Revista para el análisis del derecho, 2003.

17. LUZÓN, Diego, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001.

18. GARRIDO, Mario. Derecho Penal – Parte Especial, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica, 2007.

19. GIMBERNAT, Enrique. Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza. Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, (42), p. 79, 1997.

20. GONZÁLEZ, Gustavo. El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva. Revista de Ciencias Jurídicas, (114), 2007.

21. MAQUEDA, María Luisa. La relación <<Dolo de peligro>> - <<Dolo (eventual) de lesión>>. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 <<sobre el aceite de colza>>. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 48, Fasc./Mes 2, 1995.

22. MARTÍN, Miquel y SOLÉ, Josep, “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuoso”, InDret. Revista para el análisis del derecho: (1), 2000.

23. MATURANA, Cristian. “*Aspectos generales de la prueba*”, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

24. MIR, Santiago. “La perspectiva ex ante”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 36, Fasc. / Mes 1:, 1983.

25. _____; RAGUÉS; Ramón. “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”. (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995. Ponente Sr. Delgado García). [En línea]. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. XLIX, Fascículo II, 1996. <<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P199620079500823_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Comentarios_a_la_Jurisprudencia_del_Tribunal_Supremo._La_determinaci%F3n_de_l_conocimiento_como_el_elemento_del_tipo_subjetivo>> [Consulta: 26 de septiembre de 2016].

26. MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. En su: HASEEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco “La responsabilidad por el producto en Derecho Penal”, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1995.

27. MUÑOZ L., José y FERNÁNDEZ C., José Angel “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter”. Política criminal. 5(10) 2010, [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A4.pdf> [consulta: 28 de septiembre de 2016]

28. PAREDEZ, JOSÉ Manuel. “De nuevo sobre el <<caso de la colza>>: una réplica”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, (5), 2000.

29. PAREDES, José Manuel. “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en “Anuario de filosofía del derecho”, (18), Valencia, 2001.

30. _____; DÍAZ Y GARCÍA, Miguel; DE VICENTE, Javier, Argumentación y prueba en la determinación del dolo, Revista de Derecho Penal y Criminología, (8), 2001.
31. PÉREZ, Gabriel. “El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011.
32. RAGUÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Revista de Estudios de la Justicia, (4), 2004.
33. _____. “El dolo y su prueba en el proceso penal”, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1999.
34. _____. “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, InDret. Revista para el análisis del derecho, 2012
35. REYES, Yesid. La Prueba Indiciaria, 2º Edición, Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 1989.
36. RODRÍGUEZ, Teresa. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”. En: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN, Diego, (coord.). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1996.
37. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
38. SILVA, Mauricio. Las Presunciones Judiciales y Legales, 2º Edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

39. TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos, Santiago, Editorial Jurídica, 2005.

40. VAN WEEZEL, Alex. "RAMÓN RAGUES I VALLES: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 1999, 566 páginas.", Recensiones bibliográficas, Revista Chilena de Derecho, 28(1), 2001.