

# EL DOLO: INDICADORES OBJETIVOS DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO PENAL

## Mens rea: objective indicators of responsibility in the criminal process

VICENTE VÁSCONEZ MERELO<sup>1</sup>

Investigador independiente, Quito, Ecuador

### Resumen

La comprobación del dolo y elementos subjetivos del tipo distintos al dolo en el marco de un proceso penal es en demasía complicada, pues fácilmente se advierte la imposibilidad para el juzgador de conocer lo que el ejecutor de la conducta tenía en mente al momento de quebrantar la norma y poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos. En tal circunstancia, esta obra se encamina a proveer al operador jurisdiccional y a cualquier amante del Derecho penal, de los indicadores fácticos que servirán para demostrar que en el caso concreto el sujeto activo conocía que su conducta era riesgosa para la indemnidad de los bienes jurídicos.

### Palabras clave

Dolo, Elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, Generalizaciones, Inferencias, Proceso penal, Carga de la prueba.

### Abstract

The verification of the mens rea and subjective elements of the type other than the mens rea in the context of a criminal proceeding is too complicated, since the impossibility for the judge to know what the executor of the conduct had in mind at the time of breaking the rule and put at risk the protected legal assets. In this circumstance, this work is aimed at providing the jurisdictional operator and any lover of criminal law, with the factual indicators that will serve to demonstrate that in the specific case the active subject knew that his conduct was risky for the indemnity of legal property.

### Keywords

Mens Rea, Subjective Elements of the Type Other Than Mens Rea, Generalizations, Inferences, Criminal Proceedings, Burden of Proof.

## 1. Introducción

Se ha visto que en el estudio del saber jurídico-penal se ha dado especial atención a los problemas dogmáticos de la parte sustantiva y es en el sistema jurídico Continental Europeo en donde se vislumbra con mayor nitidez dicha aseveración. Pese a ello, el Derecho penal adjetivo en general y el Derecho probatorio en especial, han recibido especial atención de autores de raíces anglosajona y en razón de ello se ha logrado gran profundización científica en este ámbito.

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Católica del Ecuador, especialista en Derecho penal por la Universidad de Belgrano, Máster en Derecho con orientación en Derecho penal por la Universidad de Palermo, Doctorando en Derecho por la Universidad de Palermo, Buenos Aires-Argentina. Correo electrónico: vvasconez@hotmail.es; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3617-7292>



Ahora bien, indudablemente, las instituciones jurídicas del Derecho sustantivo tienden a vincularse de una forma muy estrecha con las instituciones del Derecho adjetivo; así pues, de entre tantos conceptos que se estudian en ambos enfoques del Derecho penal, el dolo ha sido un elemento problemático que ha avivado fervientes discusiones académicas. Por un lado, se avizora gran desacuerdo sobre cuál debe ser el contenido del dolo, y por otro lado, se discute cuáles serán los indicadores fácticos que permitan dar por confirmada su existencia en un supuesto de hecho con relevancia penal.

En ese sentido, la investigación que continúa se encamina a decantarse en primer lugar sobre una de las teorías dominantes del dolo y, consecuentemente, se abordarán los que a mi juicio resultan ser indicadores idóneos para su comprobación en el proceso penal. Además, se verá que la estructura probatoria tendiente a la comprobación de los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, sin alejarse por completo de la estructura requerida para el dolo, tiene ciertas particularidades que empujan a estudiarlo en un capítulo diferente. Por último, se establecerá cuál es el impacto en la distribución de cargas probatorias y de persuasión como consecuencia de aceptar como válidos los criterios propuestos.

## **2. El concepto de dolo en la doctrina**

Se ha visto en la discusión académica sobre el sistema del hecho punible que, el dolo ha sido objeto de estudio y debate desde su primera concepción sistemática, esto es, en el sistema ideado por Franz Von Liszt, Ernst Von Beling y los aportes del profesor Gustav Radbruch. No obstante, a pesar de su extendido análisis y discusión no se ha llegado a un acuerdo sobre los elementos que deben conformarlo y es por ello que, abundan decisiones judiciales disonantes y aquello deriva en vasta incerteza para el ciudadano. Por tanto, con el objetivo de adoptar una postura sobre una de las teorías del dolo y con ello trazar la hoja de ruta para los capítulos siguientes, en lo que sigue se analizará las características fundamentales de las tres principales teorías del dolo que suenan fuerte en la doctrina dominante, veamos:

### **2.1. Teoría de la voluntad**

En términos sistemáticos, la teoría de la voluntad del dolo ha sido hija de la corriente finalista liderada por el maestro Hans Welzel (1956), pues el conocimiento y voluntad que debe tener el sujeto sobre los elementos objetivos del tipo penal no es otra cosa que la concreción de lo que el maestro precitado denominaba “el concepto personal del injusto” (p. 70); en consecuencia, únicamente se configuraba un injusto penal cuando el sujeto ha ejecutado una conducta final, es decir, una conducta guiada por el conocimiento y voluntad de violar la norma.

Por su parte, desde la doctrina argentina, Maximiliano Rusconi (2016) se ha decantado por la teoría de la voluntad del dolo, pues argumenta de la siguiente forma:

No solo debe darse la oposición objetiva a la norma imperativa, sino que, además, para la imputación del delito doloso de comisión, el sujeto debe haber tenido conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo descrito. A ese conocimiento y a esa voluntad le llamamos “dolo”. [...] Dolo, para la doctrina mayoritaria, es el conocimiento y la voluntad para realizar el tipo objetivo (p. 470).

Asimismo, en la doctrina argentina, hasta la obra de 1995, Donna se adhería a esta rama de pensamiento y escribía textualmente lo siguiente: “En principio, el dolo tiene un componente intelectual, esto es, el saber, y otro volitivo, que se refiere, sin lugar a dudas, al tipo objetivo” (p. 90). No obstante, como es bien conocido, en la actualidad el profesor argentino defiende un

concepto más normatizado de dolo. Por su parte, en la doctrina española, el profesor Bacigalupo (1996) también se adhería a esta teoría al decir que: “La realización del tipo objetivo es dolosa cuando el autor ha sabido de ella y la ha querido. El dolo, por tanto, es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo” (p. 103).

De esta manera, según los autores que se inclinan por la tesis de la voluntad, el elemento cognoscitivo deberá comprender tanto los elementos normativos como también los descriptivos del tipo penal, y una vez adquirido dicho conocimiento, el sujeto deberá tomar la decisión de lesionar el bien jurídico (elemento volitivo). Pese a ser la concepción tradicional del dolo, todavía sus adeptos, tales como Muñoz Conde y García Arán (2010) estiman que tiene plena vigencia, a tal punto de que ellos y otros autores consideran que sigue siendo la teoría dominante (p. 267). No obstante, lejos se encuentra la teoría de la voluntad del dolo de ser dominante en la doctrina, pues le ha llovido críticas por doquier y aquello trajo como consecuencia que otras teorías ganen protagonismo.

## 2.2. Teoría de la representación

Un sector muy importante de la doctrina, por no decir el mayoritario, ha ido prescindiendo del elemento volitivo en la teoría del dolo para quedarse únicamente con el cognitivo, pues entienden que este es un elemento esencial en la constatación de la tipicidad subjetiva, y prueba contundente de ello es que, de no estar presente, estaríamos frente a uno de los llamados “errores de tipo”. Así lo vengo sosteniendo desde hace tiempo y, en la obra titulada *Las decimonónicas ideas del legislador ecuatoriano: política criminal y dolo en la reforma al COIP*, argumenté de la siguiente manera:

Bajo esta forma de concebir al dolo –se hace referencia a la teoría cognitiva o de la representación–, por lo menos debe existir el conocimiento acerca de los presupuestos esenciales del tipo objetivo, y prueba de ello es que, en el análisis de la institución del error de tipo, cuando existe un conocimiento imperfecto o desconocimiento vencible o invencible, la regla es que se excluya el dolo; consecuentemente, constituye un requisito esencial la presencia del aspecto cognoscitivo (2020, p. 258).

Por su parte, el profesor Armando Sánchez Málaga (2016) destaca en su obra *El dolo: fenómeno espiritual o atribución normativa* que, la teoría de la representación se caracteriza por lo siguiente:

A diferencia de las teorías de la voluntad que sostienen que el dolo está conformado por un elemento cognitivo como por otro volitivo, otorgando preeminencia al segundo; las teorías de la representación plantean que únicamente resulta relevante el elemento cognitivo. [...] lo trascendente es entonces la representación que el sujeto activo del delito tiene del riesgo que crea (p. 248).

Ahora bien, la teoría de la representación pretende evitar que la existencia del dolo en el sujeto activo esté subordinada a la voluntad de realización del peligro o lesión para los bienes jurídicos, puesto que, para los autores que dan por cierta esta teoría es suficiente con que el sujeto se haya representado la situación peligrosa para los bienes jurídicos. Es así que, la doctrina que se inclina por esta teoría argumenta que el resultado de una infracción siempre es producto del azar y que lo único que deberá valorarse es la conducta del sujeto activo. Con un argumento semejante, en defensa de la teoría del conocimiento, el profesor Greco (2017) arguye que:

El conocimiento en sentido psicológico es, por tanto, necesario para el dolo, porque solo este genera dominio sobre la realización del hecho, el cual justifica una punición más severa por aumentar tanto la necesidad de prevención como la responsabilidad de quien actúa (p. 20).

Por tanto, luego de todo lo expuesto, bien se puede aseverar que, los conocimientos del individuo en la ejecución de una conducta le permitirán representarse un riesgo para bienes jurídicos protegidos por la norma y, en consecuencia, solo aquello será importante y necesario para comprobar la existencia de una conducta dolosa.

### 2.3. Teoría objetiva

Finalmente, existe una corriente doctrinal que ha llevado a las últimas circunstancias las críticas efectuadas a las teorías del dolo que son atravesadas por elementos psicológicos, pues entienden que resulta arbitrario que dependa de cada persona la existencia o ausencia de dolo, sino que, lo correcto es que esta depende de parámetros normativos, o lo que es igual, de criterios objetivos estandarizados. Es así como lo entiende Ragués I Vallés (1999), quien, parafraseando a la profesora Ingeborg Puppe, ha sostenido que lo correcto es que sea el Derecho que ofrezca los criterios necesarios para identificar cuando un peligro es lo suficientemente relevante para la realización del tipo y no así, que esto quede librado a la subjetividad de cada ser humano.

Además, ciñéndonos a una crítica de carácter probatorio, la teoría objetiva se decanta por el argumento de que es irrelevante lo que el sujeto haya conocido o querido en el momento de la ejecución de la infracción, en razón de que nadie puede meterse en cabeza de otro para corroborarlo. Por tanto, desde la teoría objetiva se arguye que una conducta es dolosa cuando esta sea riesgosa para el derecho, y ese riesgo se medirá mediante parámetros objetivos derivados únicamente de la norma. Este último criterio lo defiende Lesch (2001), quien argumenta que:

[...] el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa (p. 17).

Sobre las dificultades probatorias de las teorías de la voluntad y de la representación, Ramón Ragués I Vallés (1999) manifiesta lo que sigue:

[...] una aplicación coherente de los enfoques psicológicos implicaría la práctica renuncia a la posibilidad de condenar por delito doloso. Entiende que una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso (p. 520).

Por todo esto, se avizora con mayor asiduidad en autores de filo funcionalista sistémico que, por razones pragmáticas y político-criminales resulta más conveniente desapegarse de los viejos elementos psicológicos que rondaban la tipicidad subjetiva. No obstante, siendo que la responsabilidad en el Derecho penal es subjetiva, parece ser que prescindir de dichos elementos psicológicos acarrearía un inevitable desbordamiento del poder punitivo del Estado y sin mencionar que, la dignidad del ser humano también se vería menoscabada, pues el hombre no respondería penalmente en razón de sus representaciones, sino que, su responsabilidad se fundamentaría en lo que terceras personas entiendan como peligroso para un bien jurídico.

## 2.4. Toma de postura

Se ha plasmado los lineamientos generales de las tres teorías dominantes sobre el dolo; no obstante, queda mucha tela por cortar sobre este tema y tampoco me he adentrado al estudio de las sub-teorías que se desprenden de cada una de las aludidas *ut supra*, pues no es el objetivo primordial de la investigación. Ahora bien, sí es pertinente desde ya adoptar una postura sobre una de las teorías, pues aquello servirá como piso teórico para el desarrollo del resto de la investigación; así pues, para empezar por el final, sobre la teoría objetiva del dolo se ha dicho que prescindir de los elementos subjetivos dotaría un modelo práctico y racional de imputación. Sin embargo, parte de la doctrina que se adhiere a esta postura no descarta la existencia de elementos cognitivos y volitivos, pues así puede evidenciarse de las palabras de Silva Sánchez (2010) al indicar que “no basta con un conocimiento naturalístico, sino que debe darse un conocimiento del contenido de sentido social del hecho” (p. 649), y también de los argumentos de Sánchez Málaga (2016), quien aduce lo que sigue:

Como se ha visto en los puntos precedentes, pueden distinguirse dos enfoques normativos del dolo. Por un lado, el enfoque de las teorías normativas volitivas, que, además de imputar el conocimiento al sujeto, consideran indispensable atribuir una decisión –o voluntad– al mismo. Ejemplos de esta corriente son la teoría de la decisión de Roxin y la teoría de los indicadores de Hassemer (p. 69).

Por tanto, parece ser que el ofrecimiento de un modelo racional tendiente a la certeza mediante un baremo objetivo, no se da efectivamente. Sin dejar de mencionar las críticas efectuadas en el último párrafo del subcapítulo que antecede, pues a todas luces resalta una inminente expansión del poder punitivo del Estado y una muy peligrosa vulneración a la dignidad del hombre por pretender hacerle responsable de hechos que talvez nunca tuvo la oportunidad de representarse.

En lo que respecta a la teoría de la voluntad del dolo, el hecho de que el elemento volitivo esté encaminado a la realización de la conducta y a la obtención del resultado típico trae consigo serias complicaciones. A mi juicio, es acertada la crítica de los defensores de la teoría de la representación cuando indican que el resultado siempre dependerá de una cuota de azar. Por tanto, la comprobación del dolo no puede supeditarse a la voluntad del sujeto activo encaminada a obtener un resultado típico, puesto que, de aceptarse esta tesis, la distinción entre dolo y culpa estará sujeta a la voluntad del actuante, misma que podría fundarse en suposiciones arbitrarias y aquello significaría que aun cuando exista una conducta riesgosa para un bien jurídico, vista desde la perspectiva de cualquier ciudadano concienzudo o a su vez desde una perspectiva objetiva, no podría calificarse judicialmente que estamos en presencia de una conducta dolosa.

Bajo esta inteligencia, se sostendrá en la presente investigación que aun a pesar de las críticas o falencias que pueda tener la teoría de la representación del dolo, estimo que es la más cercana a dar en el clavo en miras a una teoría consistente desde una perspectiva tanto teórica como práctica. En este sentido, sin dar más largas al asunto, dolo será el conocimiento que tenga un individuo sobre el riesgo que su conducta genera para bienes jurídicos protegidos; y, consecuentemente, será sobre este elemento que deberá recaer el análisis probatorio tendiente a su acreditación en el proceso penal.

## 3. Elementos subjetivos del tipo distintos al dolo

La parte especial de un código penal nos ofrece una extensa gama de conductas relevantes para el Derecho penal, a pesar de que la mayoría de ellas no requieren elementos subjetivos distintos

al dolo, existen ciertos delitos que demandan la constatación de motivaciones, fines y objetivos especiales para que la conducta pueda subsumirse en el tipo penal. En este sentido, Claus Roxin (1999) tiene escrito que:

En los delitos de intención se incluye tipos en los que la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, p. ej. A la apropiación en el hurto. [...] casi todos los restantes tipos con elementos subjetivos se abarcan mediante la categoría, algo vaga, de delitos de tendencia, con la que se alude a los delitos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito. Ejemplos de la primera clase nos lo proporcionan los delitos sexuales, en los que solo su tendencia lúbrica le da su carácter sexual a la conducta externa del autor. [...] a la segunda clase pertenecen sobre todo ciertas intenciones, como las que se expresan con los términos “en su propio provecho patrimonial” (p. 317).

Por lo que, siguiendo esta línea argumental, los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo requieren ser probados para que una conducta pueda subsumirse en el delito que se pretende imputar. Para ganar en claridad, diríamos que en el homicidio doloso únicamente se requiere comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento actual del riesgo que su conducta generaba para la vida de otro individuo. No obstante, en el delito de femicidio no bastará que se compruebe que el sujeto activo de la infracción conocía de la peligrosidad que su conducta generaba para la vida de otra persona, sino que, deberá acreditarse más allá de toda duda razonable que el autor tenía un motivo misógino o cometió el crimen en razón de la condición de género del sujeto pasivo.

#### **4. La prueba del dolo en el proceso penal**

Es cierta la crítica de la teoría objetiva del dolo sobre que nadie puede inmiscuirse en los pensamientos de otra persona para saber si tuvo dolo en la perpetración de un crimen. Sin embargo, lo que sí puede hacerse es constatar el conocimiento del riesgo de una conducta delictiva mediante indicadores fácticos. A continuación, se evaluarán los medios probatorios e indicadores que permitirán corroborar o negar la existencia del dolo en el proceso penal.

##### **4.1. La confesión del procesado**

Del sentido común se desprende que principalmente puede corroborarse el conocimiento del riesgo en la ejecución de un acto a través del testimonio que el propio ejecutor de la conducta disvaliosa efectúe, pues este, siendo el protagonista de la acción u omisión puede proveer información que permita inferir el conocimiento del riesgo para los bienes jurídicos. En esta línea, Ramón Ragués I Vallés (2004) en su artículo *Consideraciones sobre la prueba del dolo* ha mencionado lo siguiente:

Tradicionalmente se ha entendido que, para la prueba de los hechos psíquicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la confesión autoinculpatoria, que, según suele afirmarse, es 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 (p. 18).

Por tanto, puede verse cómo la doctrina está de acuerdo en que efectivamente es el testimonio del criminalizado que puede ofrecer un fundamento sólido para que en la tarea jurisdiccional los jueces puedan advertir la presencia de dolo en una conducta relevante para el Derecho penal.

Sin embargo, este indicador no puede por sí solo constituir prueba suficiente para afirmar la presencia de dolo en una conducta, puesto que las particularidades del contexto en que se la ejecutó, sin lugar a dudas, ofrecerá un reaseguro para la decisión final del juzgador sobre la presencia o ausencia de dolo.

#### 4.2. Los indicios

De la cotidianidad judicial se desprende que no es muy usual comprobar el dolo a través de la confesión del procesado; lo cierto es que generalmente serán los indicios fácticos que proveerán los medios que necesita el juzgador para inferir que efectivamente ha existido conocimiento actual del riesgo de lesión para los bienes jurídicos. En este sentido, Ragués I Vallés (2004) propone establecer reglas para la atribución de dicho conocimiento, y señala lo siguiente:

En el caso de la “prueba del conocimiento” la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las denominadas “reglas de experiencia” y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta (p. 19).

Bien, pero las reglas de la experiencia que se propone como herramienta para justificar la presencia del dolo no se refiere a una construcción unipersonal; es decir, no se justifica en la experiencia que pueda tener el juzgador sobre un determinado caso, sino que esta deberá fundamentarse en las reglas que gozan de amplio consenso social como producto de la interacción en una comunidad. Adoptar este baremo, según Ragués I Vallés (2004) se justificaría “por la función social que el Derecho penal desempeña, una función que sólo tendrá consecuencias legítimas si los mensajes que la justicia penal dirige son aceptables y comprensibles desde el punto de vista los ciudadanos” (p. 20).

Bajo esta línea argumental, hay que decir que el baremo de las reglas de la experiencia social es dinámico, esto significa que las cualidades del sujeto actuante y el contexto en que se ejecute la conducta serán variables que determinarán la presencia del dolo. En suma, rosando los criterios de las teorías objetivas del dolo, lo que deberá tomarse en cuenta será el deber de conocimiento del riesgo típico y la imposibilidad de confianza racional; a estas últimas, la doctrina las ha catalogado como condiciones de imputación, así pues, Sánchez Málaga (2016) las concibe como “aquellos elementos que indican que el sujeto dispone de conocimiento en un caso concreto” (p. 558). De igual forma, es importante destacar que suele sumarse otro criterio que consiste en la posibilidad efectiva de conocimiento; sin embargo, no es correcto aceptarla como indicador del dolo, sino más bien, como un indicador del conocimiento potencial de la antijuridicidad en la categoría de la culpabilidad.

Sobre el deber de conocimiento del riesgo típico, siendo la primera condición tendiente a la comprobación del dolo, hay que decir que el Derecho no nos exige conocer fuentes de peligro más allá de lo que nuestro sentido común nos indica o determinadas profesiones o actividades demandan. Sin ser partidario de una línea de pensamiento funcionalista sistémica, he de aceptar que algunos de los presupuestos de dicha escuela resultan ser atractivos a la hora de la determinación del dolo, pues la teoría de los roles ideada inicialmente por Niklas Luhmann y adoptada posteriormente por Jakobs parece ofrecer importantes indicadores para el ejercicio de esta tarea.

En razón de lo último, Percy García Caveró (2005) en su artículo *La imputación subjetiva y el proceso penal* hace suyos los argumentos de Jakobs y arguye el siguiente criterio:

Si el delito se define como la atribución de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se ordenen con base en el rol infringido por el autor. En este sentido, el proceso de imputación del conocimiento debe partir de las competencias de conocimiento que el rol impone al autor. El rol penalmente relevante puede ser de dos tipos: el rol general del ciudadano, que impone un deber negativo a todo ciudadano de configurar su propia esfera de organización sin lesionar a nadie, y los roles especiales, que obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. Ambos tipos de rol exigen un conjunto de competencias de conocimiento a su titular (p. 135).

Ahora bien, sobre la imposibilidad de confianza racional, es necesario partir nuevamente de las reglas de la experiencia social, pues el juzgador podría inferir la presencia de dolo cuando un sujeto realiza una conducta que según el aprendizaje producto de la interacción en la comunidad resulta evidentemente riesgoso para bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, es evidente que cualquier persona conoce que dispararle a quemarropa a otra genera un riesgo para su vida. Aquí habría que hacer un análisis bipartido y Sánchez Málaga (2017) lo resume en el siguiente argumento:

[...] Por un lado, debe medirse el peligro concreto de realización del delito desde parámetros objetivos y no subjetivos. Por otro lado, debe atenderse a las circunstancias específicas en las que actuó el sujeto, a efectos de determinar si, desde un parámetro intersubjetivo, le era accesible el peligro concreto. La accesibilidad del peligro concreto debe ser medida en atención a aquello que expresa la conducta del sujeto, al sentido que esta le otorga al hecho. Si el resultado de este doble examen es que efectivamente existía un peligro concreto de realización del delito y el sujeto activo estuvo en condiciones de conocer dicho peligro, entonces debe concluirse que cualquier alegación de confianza en la no realización del riesgo o en la no producción del resultado es irracional y no puede ser admitida como excluyente de la imputación dolosa (p. 574).

En suma, el baremo de la experiencia social nos provee de otro indicador fundamental para corroborar el conocimiento de que una conducta es riesgosa para bienes jurídicos; se habla de las conductas que según el acuerdo social son aptas o idóneas para producir determinados resultados. Un ejemplo claro sobre este punto es que resulta evidentemente riesgoso para la integridad de los transeúntes lanzar por el balcón un televisor en una hora del día con mucha afluencia. Así también lo entiende Ragués I Vallés (2004), quien en referencia a las conductas especialmente aptas indica lo siguiente:

En el caso en que el acusado haya realizado una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación por su parte en el sentido de haber desconocido en concreto el riesgo que estaba generando y, consecuentemente, se le deberá atribuir a título de dolo la causación del resultado correspondiente (p. 24).

Por otro lado, ciertas conductas que son consideradas socialmente como riesgosas, siempre que sean llevadas a cabo conforme la regulación de una norma, no serán consideradas peligrosas a los ojos del derecho penal. Nuevamente, el profesor Ragués I Vallés (2004) cataloga a estas conductas como neutras y explica lo siguiente: “En cambio, otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado, pues, aunque



objetivamente pueden ocasionar una muerte, en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización” (p. 25).

Con todo lo enunciado sobre las reglas de la experiencia, no hay que dejar de mencionar que es un indicador compuesto por generalizaciones, por lo que es fundamental establecer límites ante la posibilidad de construir generalizaciones irracionales. Anderson, Schum y Twining (2015), en su obra *Análisis de la prueba*, nos ofrecen un concepto de generalización y advierten que constituye “una proposición general que se asume como verdadera y que se usa para argumentar implícita o explícitamente que una conclusión ha sido probada” (p. 447).

En la misma línea, los autores de *Análisis de la prueba* sostienen que las “generalizaciones son peligrosas en la argumentación acerca de cuestiones de hechos dudosas o controvertidas, porque tienden a proporcionar razones inválidas, ilegítimas o falsas para aceptar conclusiones basadas en inferencias” (Anderson et al., 2015, p. 337). Por tanto, el objetivo será determinar cuál es el tipo de generalizaciones que puedan ser fiables para el proceso de comprobación del dolo.

Como se había resaltado en líneas anteriores, las reglas de la experiencia a las que hace mención la doctrina y que se aceptan como válidas en la presente investigación, no están atadas a representaciones infundadas de los juzgadores, sino que, su cable a tierra está constituido por las generalizaciones que una sociedad acepta como válidas. En ese sentido, según Anderson et al. (2015), las generalizaciones pueden ser: específicas del caso, generalizaciones de contexto, científicas, de conocimiento general, basadas en la experiencia y de carácter intuitivo. No obstante, siendo que en una modesta obra monográfica me es imposible plasmar con absoluto detalle las características de las generalizaciones que han sido aludidas, en lo que sigue se expondrán algunas particularidades de cada una de ellas, y a la vez se indicará el tipo de generalizaciones que a mi juicio son fiables para el ejercicio de la tarea jurisdiccional. Dicho esto, como primera aclaración, entiendo que la generalización de contexto se encuentra estrechamente vinculada con la de conocimiento general y de experiencia, por lo que no se le dará un análisis individual.

#### 4.2.1. Generalizaciones específicas del caso

Se caracterizan por ser proposiciones explicativas de un acontecer singular, por lo que no deben ser invocadas para explicar otra coyuntura fáctica, ni siquiera cuando pueda avizorarse semejanzas en el contexto. Anderson et al. (2015) sostienen que “Pueden incluir descripciones sobre los hábitos personales o el carácter, o sobre las prácticas locales (a cuántos bebés recién nacidos se les pone una identificación en este hospital...)” (p. 326).

Bien, desde mi perspectiva, la generalización específica únicamente puede cumplir un rol limitador de las generalizaciones de conocimiento general en la tarea de comprobación del dolo. En un contexto donde la conducta del sujeto activo sea catalogada como riesgosa para lesionar bienes jurídicos, puede ser que las peculiaridades del comportamiento individual desvirtúen aquella presunción de riesgo que se desprende de la generalización de conocimiento general. Para esclarecer con un ejemplo, digamos que una generalización de conocimiento general puede ser el hecho de que un sujeto merodee una casa regularmente a altas horas de la noche, lo cual puede ser tomado como indicador de premeditación en el cometimiento de un delito. Sin embargo, en el caso particular, es un sujeto que sale del trabajo a altas horas de la noche y cuando llega a su domicilio permite que su mascota salga a la calle; luego de darle un tiempo va en busca del animal y regresa con él a casa.

Por otro lado, considero que una generalización específica es el medio por excelencia en la comprobación de elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, puesto que en los delitos

que requieren finalidad o motivos especiales para que la conducta puede subsumirse en el tipo penal siempre será relevante estudiar los antecedentes personales, hábitos o hasta el mismo carácter que ha venido mostrando el ciudadano en su cotidianidad para inferir el porqué de su conducta delictiva. Más adelante se profundizará sobre esta cuestión.

#### **4.2.2. Generalizaciones científicas**

Es una verdad de Perogrullo decir que, el interés humano en determinados fenómenos lo han llevado a desarrollar innumerables saberes científicos, y como consecuencia de ello, en cada sector habrá expertos que estén en condiciones de explicar las particularidades de su saber. Anderson et al. (2015) reafirman este criterio al indicar que “las generalizaciones científicas están basadas en el conocimiento científico y la investigación” (p. 330).

A mi juicio, una generalización de este tipo es idónea para comprobar la presencia de dolo y un ejemplo de ello podría darse en la formación de compuestos químicos. Así pues, digamos que un experto en el tema se encuentra trabajando con elementos químicos de alto riesgo para la vida humana y provoca un desastre de proporciones semejantes al accidente de Chernóbil. Posteriormente, se demuestra que el causante habría mezclado componentes químicos que según la experiencia científica nunca podrían coexistir en un trabajo de laboratorio. Por tanto, parece ser un indicador sumamente claro de que el individuo actuante conocía los riesgos de su conducta, consecuentemente, aquello serviría de base suficiente para la inferencia jurisdiccional del dolo.

#### **4.2.3. Generalizaciones de conocimiento general**

Producto de la interacción de una comunidad y en razón de la frecuencia con la que reaparece el mismo fenómeno, se dice que es racional aceptar la existencia y fiabilidad de hechos notorios o de conocimiento público; en estos casos, es plausible aceptar que la exhaustividad probatoria se reduce frente a hechos que gozan de tal catalogación. Aúnan con este criterio, Anderson et al. (2015), pues sostienen que “Las generalizaciones de conocimiento general son generalizaciones que serían habitualmente aceptadas como bien establecidas en una determinada comunidad” (pp. 330-331).

Para ejemplificar sobre el argumento que antecede situémonos en el marco de un delito de homicidio en comisión por omisión. Pensemos que en un pueblo pequeño con ínfima cantidad de automotores una madre envía a su hijo de 7 años a comprar en la tienda a las 12 del día, siendo esta una práctica común dentro de la pequeña comunidad en razón de no existir peligro alguno para la integridad de los menores. Sin embargo, en esta oportunidad le sucede un accidente al menor, pero bajo la línea de pensamiento basada en las generalizaciones de conocimiento general no podríamos llegar a otra conclusión que en este caso no ha existido dolo en cabeza de la madre.

Por otro lado, si una madre que vive en la Av. Naciones Unidas e Ñaquito envía a su hijo de 7 años a comprar en soledad al CCI a las 12 del día de un lunes, es de conocimiento público que en ese contexto existe un riesgo mayúsculo para un menor de sufrir cualquier accidente; por lo que de producirse la muerte de este, el conocimiento general de riesgo sería un indicador sólido en la comprobación del dolo, y la madre podría responder por homicidio doloso en comisión por omisión en el caso de darse todos los requerimientos para la imputación del delito omisivo.

#### **4.2.4. Generalizaciones basadas en la experiencia**

Se había dicho en líneas anteriores que existen generalizaciones que resultan ser riesgosas para la comprobación del dolo. En tal sentido, según mi criterio, las generalizaciones basadas en la

experiencia son una de ellas. Así, por ejemplo, Sánchez Málaga (2017) sostiene que “este tipo de generalizaciones se extienden a supuestos de discriminación racial, de clase, etc., que dan lugar a Derecho penal de autor” (p. 587). En suma, aceptar como válidas estas generalizaciones denotaría la intención de comprobar el dolo con base en prejuicios, lo cual es inaceptable.

#### 4.2.5. Generalizaciones de carácter intuitivo

Como es natural, el ser humano suele idear conceptos arbitrarios para entender el mundo y que muchas veces pueden llegar a constituirse como arquetipos para desarrollar la vida en sociedad. Al respecto, Anderson et al. (2015) sostienen que “muchas de las generalizaciones de sentido común pueden ser útilmente categorizadas como creencias que una persona sintetiza o intuye a partir de acervo de conocimientos y creencias” (pp. 331-332). Por lo que es importante destacar que toda construcción que escape del sentido común o que no tenga fundamento en una base objetiva verificable, de ninguna manera podría constituir base suficiente en la tarea jurisdiccional de la constatación del dolo, puesto que todo acuerdo social que se base en un convencimiento humano sobre un determinado fenómeno, debe ser susceptible de explicación y corroboración. Además, hay que sumarle las críticas que efectúa Jordi Nieva Fenoll (2010), quien en su obra *La valoración de la prueba* sostiene que “la aplicación de intuiciones en la decisión judicial supone prescindir de las reglas de carga de la prueba, de la presunción de inocencia, y de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada” (p. 206). Por todo esto, es plausible afirmar que las generalizaciones intuitivas poseen una relevancia ínfima en la comprobación jurisdiccional del dolo.

Bien, hasta aquí se ha estudiado los indicadores que pueden ser de utilidad en la tarea del juzgador para inferir que en un supuesto de hecho determinado estamos frente a una conducta dolosa. En el capítulo sexto se analizará la manera en que las condiciones de imputación, las pruebas, los indicadores tales como: máximas de la experiencia y el cúmulo de generalizaciones antes descritas, deben ser conectadas en un caso concreto.

#### 4.3. ¿Las pericias psicológicas o psiquiátricas son relevantes?

Sostener que las pericias psicológicas o psiquiátricas sean relevantes para determinar si el sujeto obró con dolo es una aberración, puesto que este tipo de prueba es idónea únicamente para comprobar si un individuo goza de la capacidad para introyectar el mensaje normativo de prohibición o mandato, y también para identificar posibles propensiones negativas respecto de algo o alguien. El profesor español Ragués I Vallés (2004) ha indicado lo que sigue:

Tal negativa se explica porque, desde la perspectiva de las actuales valoraciones sociales, a los psiquiatras y psicólogos tal vez se les reconozca competencia para aportar información sobre cuándo un sujeto padece una determinada anomalía psíquica o enfermedad mental, pero no para descubrir qué es lo que dicho sujeto sabía o se representó en el momento ya pretérito en que llevó a cabo una conducta objetivamente típica. Esta conclusión, que hasta cierto punto puede sorprender con respecto a los delitos de sangre, parece casi una obviedad en delitos de naturaleza económica o patrimonial, en los que resulta evidente que nada pueden aportar psicólogos o psiquiatras en relación con la prueba del conocimiento de un acusado (p. 21).

En este sentido, la práctica de este tipo de prueba en el marco de un proceso penal no será pertinente si se tiene como finalidad recabar información sobre la posible conducta dolosa del ejecutor de una infracción penal. Sin embargo, como se verá más adelante, no parece ser una

prueba impertinente si la intención está encaminada a corroborar la presencia de elementos subjetivos del tipo distintos al dolo.

### **5. La prueba de los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo en el proceso penal**

Como se ha prescrito en capítulos anteriores, existen ciertos delitos que requieren la comprobación de motivos, intenciones o finalidades criminales para que la conducta pueda subsumirse al tipo penal. Para hacer un parangón y de paso sirva de ejemplo: en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se tipifica el delito de homicidio, y reza de la siguiente manera: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años” (2014, art. 144). De lo cual se puede colegir que el único elemento subjetivo requerido es el dolo, pues bastaría con que el sujeto tenga conocimiento del riesgo de lesión que conlleva su conducta para el bien jurídico vida.

Ahora bien, en el artículo 141 del mismo cuerpo legal (COIP) se sanciona lo siguiente:

Femicidio. – La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el solo hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años (2014, art. 141).

De esta manera, como es evidente, el tipo penal aludido exige más que conocimiento del riesgo de lesión para el bien jurídico vida, puesto que se requiere además de una motivación, siendo este un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. Para concluir, al igual que en el dolo, la declaración del imputado puede proveer indicadores que permitan comprobar motivaciones específicas. No obstante, no sucede lo mismo con el resto de indicios que son aplicables al dolo, pues sería irrelevante contemplar generalizaciones científicas, de conocimiento general y basadas en la experiencia o intuitivas. Como se había resaltado, las generalizaciones idóneas para estos supuestos serían las específicas del caso; por ejemplo: de imputarse al marido el homicidio de la esposa, y además de existir prueba de que el sujeto en un contexto de violencia de género ha venido agrediendo frecuentemente a su pareja, la generalización específica del caso (machismo, violencia previa, misoginia), sería concluyente para determinar la existencia del delito de femicidio.

Asimismo, es necesario destacar que las pericias psicológicas o psiquiátricas pueden tener un rol importante para el descubrimiento de motivaciones en el infractor. Esto es así, puesto que pericialmente se puede demostrar que en el caso concreto el sujeto activo del delito posee cierta aversión sobre determinados grupos humanos, cosas, situaciones, y de esta manera se le dota al juzgador con indicios sólidos que le permitan inferir la presencia de elementos subjetivos del tipo distintos al dolo.

### **6. Valoración jurisdiccional**

En la presente obra, el análisis de la distribución de cargas probatorias y de las cargas de persuasión no han sido más que simplemente enunciadas, pues el objetivo principal de la investigación ha sido plantear y analizar los criterios relevantes para la comprobación del dolo y los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo dentro del proceso penal. Sin embargo, en este capítulo se tratará esquematizar en un caso fáctico todos los criterios que han sido aludidos y para ello se partirá desde pruebas e hipótesis concretas. Finalmente, se efectuará breves consideraciones sobre la distribución de la carga probatoria y de persuasión.

Dicho esto, para la comprobación y esquematización de un supuesto doloso se utilizará un ejemplo de homicidio que fue laxamente planteado en páginas precedentes, pero que a continuación se expondrá con mayor detalle:

**Caso fáctico:** Antonino habita con su novia Yamileth en un departamento ubicado en la Av. Córdoba y Mario Bravo 1200, la relación sentimental está deteriorada. Su domicilio tiene un balcón que da a la calle y cierto día un transeúnte (José) sufre serias lesiones que derivan en su muerte producto de que un televisor le cayó encima.

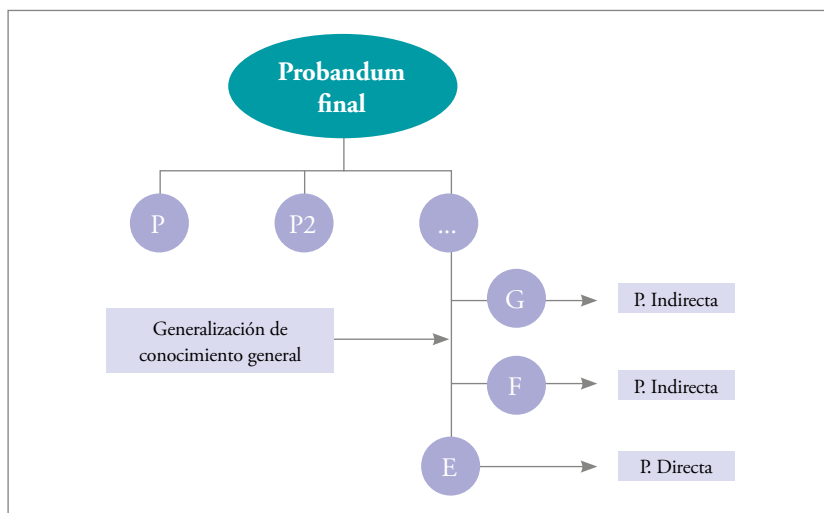


Figura 1. Figura emulada a partir de la obra *Análisis de la prueba* (Anderson, Schum y Twining, 2010, p. 95).

**Probanda penúltima N. 1.-** El ciudadano José ha fallecido producto del golpe de un televisor.

**Probanda penúltima N. 2.-** Antonino ha obrado con dolo.

**Prueba 1 (E\*) (directa).**- Yamileth atestigua que Antonino le exigía que se marche del departamento, por lo que comenzó a lanzar su ropa y todas sus pertenencias por la ventana, incluyendo el televisor.

**Prueba 2 (F) (indirecta).**- Testigos observaron que el televisor fue lanzado desde el departamento de Antonino y Yamileth.

**Prueba 3 (G) (indirecta).**- Los policías recolectaron como evidencia algunos objetos personales de Yamileth que se encontraban arrojados en la calle.

**Generalización de conocimiento general.**- El hecho de lanzar objetos pesados desde el balcón de una casa con dirección a una calle concurrida crea un peligro de muerte a los transeúntes.

**Probandum final.**- Antonino cometió homicidio doloso.

Una vez que ha sido ejemplificado y esquematizado los elementos que deben concurrir en la comprobación del dolo, se ha de realizar un análisis semejante con la finalidad de ejemplificar un caso en donde exista un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. De igual manera, se utilizará el caso de femicidio planteado con anterioridad y que a continuación se expone con mayor detalle:

**Caso fáctico.**- Mario es un sujeto que ha tenido 3 condenas por lesiones leves en contra de mujeres. Asimismo, de forma reiterada amenaza vía redes sociales a las mujeres que

forman parte de un grupo feminista. Cierta día aparece sin vida Matilde, vecina de Mario, que pertenecía a un grupo feminista. Ellos habían tenido fuertes discusiones en la calle producto de las actividades de protesta que realizaba Matilde y sus compañeras. Existe prueba contundente dentro del proceso que lo señala a Mario como autor de homicidio doloso.

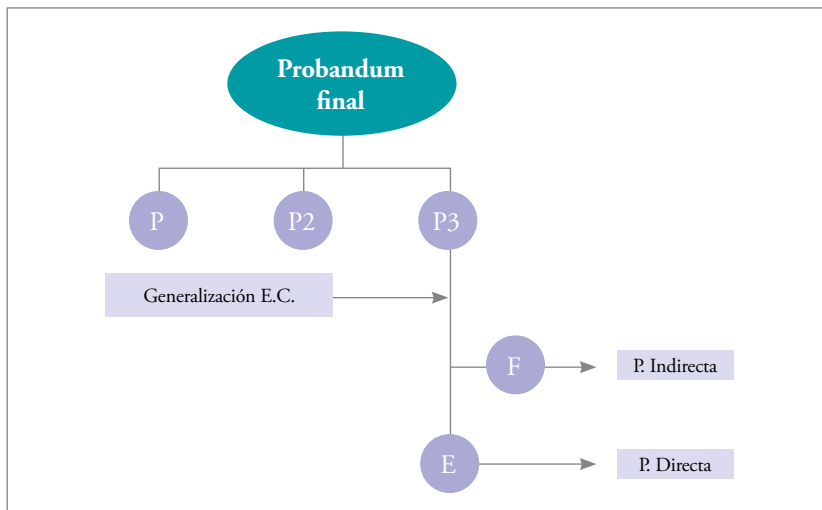


Figura 2. Figura emulada a partir de la obra *Análisis de la prueba* (Anderson, Schum y Twining, 2010, p. 95).

**Probanda penúltima N. 1.-** Cuerpo sin vida de Matilde.

**Probanda penúltima N. 2.-** Mario autor doloso del homicidio.

**Probanda penúltima N. 3.-** Mario ejecutó el crimen en razón del género de Matilde.

**Prueba 1 (E\*) (directa).** - Testigos indican que escucharon varias veces a Mario amenazar en la calle a Matilde mientras ella se encontraba protestando por sus derechos de mujer.

**Prueba 2 (F) (indirecta).** - Amenazas emitidas por Mario de forma reiterada a través de redes sociales en contra de un grupo feminista.

**Generalización específica del caso.** - Los antecedentes personales (3 condenas por agresiones leves a mujeres) y el hábito de amenazar a grupos feministas en general y en especial a Matilde, denota cierta repulsión por el género femenino y sus actividades.

**Probandum final.** - Mario fue autor de feminicidio.

Llegado a este punto, es indispensable destacar que todos los indicios provenientes de las reglas de la experiencia que han sido aludidos deben ser catalogadas como presunciones. Raymundo Gama Leyva (2017), parafraseando a James Bradley Thayer, ha indicado que “Las reglas de presunción obligan al juez a aplicar las consecuencias jurídicas de la norma. Las presunciones como inferencias permiten determinar la existencia de hechos” (p. 111). Por tanto, se puede colegir que los indicadores evidenciados y recolectados durante una investigación deben ser evaluados como presunciones de inferencias, puesto que no tienen su origen en normas jurídicas.

En suma, de sostenerse que una presunción significa aceptar una proposición como existente, esto tendría un impacto en la distribución de la carga probatoria o a su vez de la carga de persuasión, pues quedará obligado el sujeto contra quien opere dicha presunción

a desvirtuar su validez en el caso. Nuevamente, Ramundo Gama Leyva (2019) resalta lo siguiente: “Thayer advierte que las presunciones operan en contextos argumentativos y que, por ello, el efecto que producen consiste en trasladar a la contraparte la carga de la prueba o de la argumentación” (p. 110).

## 7. Conclusiones

Después de todo el derrotero teórico que fue desplegado, es posible concluir que dolo es el conocimiento actual que tiene un individuo sobre el riesgo que su conducta genera para bienes jurídicos protegidos. A su vez, los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo son motivaciones, fines y objetivos especiales con los que obra el ejecutor de una infracción y sin los cuales la conducta no podría subsumirse en el tipo penal.

Puede concluirse además que el dolo ha de constatarse a través de indicadores fácticos como pueden ser: la declaración del imputado y también mediante indicios. Estos últimos se fundan en las reglas de la experiencia que gozan de consenso social producto de la interacción comunitaria. Se debe advertir también que no es posible comprobar la existencia de dolo a través de pericias psicológicas o psiquiátricas.

Las reglas de la experiencia se componen de generalizaciones, y estas pueden clasificarse de la siguiente manera: generalizaciones específicas del caso, científicas, de conocimiento general, de experiencia e intuitivas. Quedó en evidencia durante el desarrollo de la obra que las dos últimas, esto es, generalizaciones producto de la experiencia y las intuitivas, no son idóneas para comprobar que ha existido dolo.

Los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo se podrán comprobar a través del testimonio del imputado y también a través de generalizaciones específicas del caso. Las pericias psicológicas o psiquiátricas podrían ser relevantes cuando el contexto fáctico y normativo así lo permita.

Las reglas de la experiencia tendientes a la comprobación del dolo y de los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo son presunciones de inferencia. En tal sentido, la carga de la prueba y de persuasión se invierte una vez que las presunciones ingresan en la valoración jurisdiccional.

## Referencias bibliográficas

- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Temis.
- Donna, E. (1995). *Teoría del delito y de la pena 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Gama Leyva, R. (2017). *James Bradley Thayer, un precursor de la teoría de las presunciones*. Río de Janeiro: Teoría jurídica contemporánea.
- García Cavero, P. (2005). La imputación subjetiva y el proceso penal. *Derecho Penal y criminología*, 26 (78). <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1017>
- Greco, L. (2017). Dolo sin voluntad. *Revista Nuevo Foro Penal*, (13) 88, 10-38.
- Lesch, H. (2001). *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. 8va edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ragués I Vallés, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de estudios de la justicia*, 18.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal Parte General* (Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Madrid: Civitas S.A.
- (2012). *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*. Barcelona: InDret.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal Parte General*. 3ra edición. Buenos Aires: Ad hoc.
- Sánchez Málaga, A. (2016). El dolo: fenómeno espiritual o atribución normativa. THEMIS-Revista de derecho.
- (2017). *Concepto y delimitación del dolo*. Teorías de las condiciones para el conocimiento (Tesis doctoral). Universidad de Barcelona, Barcelona. [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC\\_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Silva Sánchez, J. M. (2010). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Uruguay: B de F.
- Vásconez, V. (2020). Las decimonónicas ideas del legislador ecuatoriano: política criminal y dolo en la reforma al COIP. RFJ, (7), 246-267.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General* (Trad. C. Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque De Palma.

## Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2015). *Código Orgánico Integral Penal*. Suplemento al Registro Oficial No. 107 del 24 de diciembre de 2019.