

Problemas metodológicos en la prueba del dolo*1

José Manuel Paredes Castañón**

1. Pretendo examinar en este trabajo las dificultades para hacer valer la definición usual de los elementos subjetivos que fundamentan la responsabilidad (en la que los mismos son concebidos como “hechos psíquicos”) en el plano probatorio. Para abordar el problema por algún punto que nos resulte tangible, comencemos por plantearnos cómo encaramos habitualmente la valoración de estos dos “casos académicos”, levemente diferentes entre sí:

CASO PRIMERO: El sujeto A dispara contra la cabeza del sujeto V (sobre la que hay una botella, a la que en principio debe dar), conociendo que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella. Sin embargo, A desearía no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella. Pese a

Publicado originalmente en el volumen XVIII (2001) del Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid, España).

Catedrático de Derecho penal, Universidad del País Vasco (España).

¹ Sobre este tema, presenté una primera ponencia en el III Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, en la Universidad de Alcalá, el día 30 de junio de 2000, por lo que debo agradecer sus comentarios y observaciones a cuantos allí intervinieron. Más adelante, debo destacar especialmente a dos personas por sus aportaciones –acaso no doloosas– a la culminación de este trabajo: el Prof. Dr. García Amado, que leyó la versión inicial del mismo y me animó a concluirlo; y la Prof. Dra. Egidio Fernández que, precisamente por no ser jurista ni filósofa, me obligó a discutir este tema con alguien a quien sólo con razones atendibles podía convencer.

ello, A alcanza a V y le mata. (**A no quería matar a V, pero le mató.**)

CASO SEGUNDO: El sujeto B dispara contra la cabeza del sujeto V (sobre la que hay una botella, a la que en principio se supone que debe dar), conociendo que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella. En realidad, B desearía alcanzar a la cabeza de V y no a la botella. Y, efectivamente, B alcanza a V y le mata. (**B quería matar a V, y le mató.**)

La forma usual de explicar ambos casos (y de fundamentar, por ende, una valoración diferente de las dos acciones) es la que aparece en los respectivos paréntesis finales de los anteriores párrafos. En ambas explicaciones se parte, no obstante, de ciertos presupuestos teóricos, habitualmente implícitos (en tanto que parte de la llamada “psicología de sentido común” –*folk psychology*–: esto es, de las convicciones culturalmente dominantes acerca de la mente humana), pero que conviene explicitar. Al menos, de los siguientes²:

1º) Los estados mentales de A y de B difieren cuando ambos llevan a cabo sus acciones de disparar contra la cabeza de V. Pues en A existe el estado mental “*deseo no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella*”; mientras que en B existe el estado mental “*deseo alcanzar a la cabeza de V y no a la botella*”.

2º) Tales estados mentales (o, al menos, algunos de ellos) son intencionales: esto es, no constituyen meras experiencias fenomenológicas (como lo sería, por ejemplo, una sensación: un dolor, la audición de un ruido)³, sino que poseen contenido semántico, están dotados de un significado⁴. Concretamente, dichos estados mentales pueden expresarse lingüísticamente como actitudes proposicionales⁵: a través de oraciones compuestas por un verbo psicológico (aquí: “conocer” y “desear”) y una oración subordinada en función de

complemento de aquél (“conocer que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella”; “desear no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella”). La precisión es importante, pues se parte de que la función de tales estados mentales intencionales resulta determinada por ambos componentes de la actitud proposicional: por el verbo psicológico (no es igual conocer que la probabilidad de alcanzar a la cabeza es del 40% que simplemente desearlo), pero también por el contenido de la oración a la que el mismo se refiere (no es igual conocer que la probabilidad es del 40% o del 60%). Por lo demás, el carácter intencional de los estados mentales permitiría el encañamiento de los mismos al modo de las proposiciones, es decir, mediante inferencias lógicamente válidas: así, añadiendo complejidad a nuestros ejemplos, del conocimiento de que la probabilidad de alcanzar a la cabeza era del 40% (estado mental I) los sujetos podrían pasar al conocimiento de que la probabilidad de alcanzar a la botella era del 60% (estado mental II) y, de éste, al de que existen bastantes más posibilidades de lo segundo que de lo primero (estado mental III); y, si introduyésemos nuevos conocimientos (por ejemplo, sobre reglas de cuidado), podrían continuar sucediéndose los estados mentales (por ejemplo: “conocer que disparar era imprudente”, etc).

3º) (El conjunto de) los estados mentales del sujeto son elementos de cadenas causales en las que los mismos intervienen junto con fenómenos físicos: movimientos corporales del poseedor de tales estados mentales y cualesquiera otros fenómenos físicos (movimientos corporales de otros seres humanos, otros eventos físicos)⁶. Quiere ello decir, de una parte, que los estados mentales son a veces efecto de causas físicas: el conocimiento de la probabilidad de alcanzar a la cabeza de V se deriva de las percepciones que A y B tienen sobre la situación (unidas a otros conocimientos que poseen: recuérdese el carácter intencional y dotado de contenido semántico del estado mental descrito como “conocer”), que a su vez tienen su causa en fenómenos

² GONZÁLEZ-CASTÁN, O. L., *La conciencia errante*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 47-73.

³ GARCÍA SUÁREZ, A., “Qualia: propiedades fenomenológicas”, en BRONCANO, F., *La mente humana*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 353, ss.

⁴ SEARLE, J. R., *Intencionalidad*, trad. Ujaldón Benítez, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 17-20.

⁵ GARCÍA SUÁREZ, A., *Modos de significar*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 278, ss.

⁶ LIZ, M., “Causalidad y contenido mental”, en BRONCANO, F., *La mente humana*, pp. 207-212.

físicos; a saber, el hecho de que la distancia entre *V* y el sujeto que dispara sea una determinada y no otra, el tamaño de la botella, la naturaleza del arma, etc. De otra parte, los estados mentales aparecen también como causas de fenómenos físicos: los conocimientos y deseos de *A* y de *B* son, entre otras, causas de sus acciones de (de sus movimientos corporales que llevan a) disparar contra la cabeza de *V*. De este modo, las modificaciones en el mundo físico darían lugar, eventualmente, a cambios en los estados mentales (un cambio en la posición de *V* ocasiona un cambio en las percepciones de *A* y de *B* y, consiguientemente, de su conocimiento acerca de la probabilidad de alcanzarle). Y viceversa, los cambios de estados mentales producirían efectos físicos (un cambio en el conocimiento de la probabilidad de alcanzar a *V* podría, eventualmente, modificar la acción de *A* o de *B* de disparar).

4º) Más concretamente, el conjunto de estados mentales del sujeto se integran, en el momento de actuar, en un elemento único (de naturaleza incierta, aunque, desde luego, también mental), la intención, que constituye la causa eficiente de los movimientos corporales humanos que definimos como acciones⁷. Así, en nuestro ejemplo, el conjunto de conocimientos y de deseos de *A* y de *B* se integran en un momento dado (el momento de actuar o breves instantes antes) en intenciones: en el caso de *A*, la intención es disparar contra la botella; en el caso de *B*, disparar contra la cabeza de *V*. Y precisamente por ello es posible explicar de manera diferente (desde el punto de vista psicológico) las conductas de *A* y de *B*. La intención (o, en terminología más clásica, el "acto de voluntad") se caracterizaría por ser un estado mental de carácter intencional (semántico)⁸ y con potencialidad causal respecto de los fenómenos físicos.

⁷ ANSCOMBE, G. E. M., *Intención*, trad. Stellino, Barcelona, Paidós/ Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, pp. 59-70.

⁸ De hecho, por tratarse también de un estado mental expresable como actitud proposicional ("querer..."), podrían construirse igualmente cadenas de inferencias lógicas entre proposiciones de dicha naturaleza: así, de la intención de disparar contra la cabeza de *V* se deriva -si la acción de disparar se lleva

5º) En última instancia, no obstante, es preciso, pese a todo, diferenciar entre el aspecto externo de una acción (su relevancia causal en el mundo físico) y su aspecto interno, psicológico (los estados mentales del sujeto que dan lugar a la misma). Pues, en efecto, una de las formas principales de clasificar las acciones (en concreto, en atención al grado en el que le son atribuibles verdaderamente al sujeto)⁹ consiste en determinar la relación entre éste y aquél. Así, deberían considerarse acciones "voluntarias" aquellas que son causadas por el conjunto de los estados mentales del sujeto en el momento de actuar: en este sentido, tanto la acción de *A* como la de *B* serían voluntarias. Por el contrario, sólo serían acciones "intencionadas" aquellas en las que existe una especial "congruencia" -algo incierta en sus contornos- entre el significado del conjunto de estados mentales del sujeto en el momento

a cabo de determinada forma- la intención de matar a *V*. Debe observarse, sin embargo, que existe una diferencia significativa en relación con el caso de los conocimientos y de los deseos: a saber, que aquí la conclusión es siempre analítica, basada en el significado de la premisa "*B* tiene la intención de disparar -de una determinada forma- contra la cabeza de *V*", lo que no tiene por qué ocurrir necesariamente en los otros casos. En efecto, en las inferencias entre conocimientos reseñadas más arriba puede haberlas analíticas (de "conocer que existe un 40 % de probabilidades de alcanzar a *V*" se pasa analíticamente a "conocer que existe un 60 % de probabilidades de no alcanzarle (alcanzar a la botella)"), pero también puede haberlas no analíticas (para "conocer que la acción de disparar es imprudente" es necesario introducir nuevas premisas: la de "conocer que disparar cuando hay un 40 % de probabilidades de alcanzar a una persona es una acción imprudente").

⁹ Por lo tanto, subyace también la convicción de que es posible distinguir entre el sujeto y lo que el sujeto hace; pero también entre el sujeto y lo que el sujeto quiere, sabe, desea, etc. La cuestión es, desde el punto de vista científico, cuando menos discutible, puesto que parecería que el "yo" no existe como ente individualizable, sino como otra construcción cognitiva: DENNETT, D. C., *Contenido y conciencia*, trad. Lebrón, Barcelona, Gedisa, 1996; *Brainstorms*, Cambridge, MIT Press, 1978; *Consciousness explained*, Nueva York, Little Brown, 1991; *Tipos de mentes*, trad. Páez de la Cadena, Madrid, Debate, 2000; FIERRO, A., "El ámbito de personalidad en Psicología", en el mismo (comp.), *Manual de Psicología de la personalidad*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 19-20, 29-40. No obstante, no nos interesa ahora ahondar en ella, puesto que, de una parte, la creencia en esa distinción se corresponde con las convicciones socialmente predominantes y, sobre todo, porque la ley no exige probar precisamente dicho extremo.

de actuar y los efectos causales físicos de los movimientos corporales causados por aquellos. En este sentido, sólo la acción de B podría ser calificada como una “muerte intencionada”, no así la acción de A.

2. Es sobre esta base teórica sobre la que se construyen los sistemas de imputación de responsabilidad. Así, entre otros, el sistema de la teoría del delito imperante –con diversos matices– en el Derecho Penal moderno. En efecto, en el mismo se gradúa (y, en ocasiones, se fundamenta) la responsabilidad a partir de los estados mentales del sujeto actuante. En concreto, se afirma que los conocimientos y la intención de dicho sujeto resultan relevantes para la valoración¹⁰. Y que no lo son, sin embargo (salvo excepciones), sus deseos o motivos¹¹. Y se exige, para la valoración más negativa desde el punto de vista de la “parte subjetiva de la tipicidad penal” (la calificación de la conducta como dolosa), que exista una especial “congruencia”¹² entre conducta externa y estados mentales del sujeto: es decir, que dicho conjunto de estados mentales constituya una causa de los movimientos corporales del sujeto. De manera que, cuando dicha congruencia no se da, se considera que existen circunstancias con un efecto atenuatorio, que se hacen valer a través de las reglas del error de tipo (art. 14.1 del Código Penal).

De esta manera, puede decirse que la “parte subjetiva de la tipicidad penal” se construye, en la moderna teoría del delito, sobre la base de dos ideas centrales: congruencia y causalidad. Por lo que respecta a esta última, se entiende que sólo la intención constituye una causa eficiente de movimientos corporales, de acciones¹³. No así los

conocimientos, ni tampoco los deseos. Así, desde el punto de vista del tipo subjetivo, la acción se valora en atención al contenido de la intención con la que fue realizada. En este sentido, cobra relevancia la idea de congruencia. En efecto, para que la acción sea valorada como máximamente antijurídica (dolosa) hace falta que el contenido de la intención se corresponda aproximadamente con la descripción de la acción realizada. Y, además, que dicha intención resulte coherente con los conocimientos que posee el sujeto. Y que dichos conocimientos sean coherentes entre sí. De lo contrario, entrarán en juego atenuaciones en la valoración: a través de las reglas del error (conocimientos que no se corresponden –por exceso o por defecto– con la intención, conocimientos incoherentes, conocimientos insuficientes); y, en el caso límite, mediante la exclusión de la “imputación personal” (de la acción al sujeto), por entenderse ausente un sujeto digno de tal nombre, que posea un mínimo de coherencia en sus conocimientos e intenciones¹⁴.

3. Muchas cuestiones podrían suscitarse en relación con esta construcción acabada de resumir. Nos interesan ahora, no obstante, únicamente las consecuencias que la misma posee en materia probatoria. Pues, en efecto, si lo anterior es correcto, entonces habría que concluir a ese respecto al menos lo siguiente:

- 1º) Los datos que se valoran en la parte subjetiva del tipo penal son conjuntos de estados mentales. Y, por consiguiente, hechos (eventos), que tienen lugar en la mente del sujeto actuante en un momento dado: en principio, el de actuar o el inmediatamente anterior.
- 2º) Dadas las reglas del proceso penal, en tanto que hechos, dichos datos –estados mentales– han de ser probados: es decir, debe establecerse mediante un método racional suficientemente satisfactorio

¹⁰ Vid., por todos, JAKOBS, G., “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, trad. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 127 y ss.

¹¹ ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., Múnich, Beck, 1997, p. 367.

¹² La expresión es de MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 272-275.

¹³ De hecho, incluso quienes critican las “concepciones volitivas” del dolo argumentan habitualmente a partir de la idea de que el conocimiento de que

la acción va a generar cierto grado de probabilidad de producción del resultado equivale ya prácticamente a la intención de causarlo: vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 244-260.

¹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 539, ss.

la correspondencia entre las proposiciones que se contengan en la sentencia penal acerca de los mismos (y que pretenden describirlos) y la realidad; o sea, la mente del sujeto en el momento de actuar. No serían, pues, datos cuya existencia resultase susceptible de ser afirmada únicamente a partir de argumentaciones –interpretaciones semánticas y/o inferencias lógicas- acerca de las normas jurídicas o de otro tipo de reglas (lo que, en un sentido amplio, se suelen denominar elementos “normativos” o “valorativos”). O, en otras palabras, sólo mediante argumentaciones basadas en conocimientos empíricos (complementados, como siempre, por inferencias lógicas) podrá establecerse dicha correspondencia y dicha prueba.

3º) Al tratarse de estados mentales, la prueba se debería llevar a cabo mediante un método que tenga en cuenta este hecho. Así pues, los datos empíricos sobre los que se apoye la prueba deben resultar relevantes: esto es, deben ser informativos en relación con el conjunto de los estados mentales del sujeto en el momento de actuar. Ello podría ocurrir, en principio, en dos supuestos distintos. Primero, cuando existan leyes que permitan inferir directamente estados mentales a partir de dichos datos empíricos (ejemplo: conexión entre la respuesta verbal a una pregunta y la presencia del contenido de esa respuesta en la mente –memoria de trabajo- del hablante)¹⁵. Y, segundo, cuando existan leyes que permitan inferir a partir de ellos otros datos y, a su vez (con más o menos pasos intermedios), de éstos los correspondientes estados mentales (ejemplo: de ciertas respuestas en un experimento se deduce que en el sujeto experimental la realización de una tarea interfiere en su memoria de trabajo con otras y de ahí se infiere una cierta configuración de la misma)¹⁶.

¹⁵ Cfr. BELINCHÓN, M./ IGOA, J. M./ RIVIÉRE, A., *Psicología del lenguaje. Investigación y teoría*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pp. 533, ss.; GRZIB, G./ BRIALES, C., *Psicología general*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 581, ss.

¹⁶ RUIZ-VARGAS, J. M., *et al.: Psicología de la memoria*, Madrid, Alianza Editorial, 1991 (reimpr. 1994), pp. 198-200; GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 522-529.

4º) Por otra parte, los estados mentales relevantes –conocimientos, intención- serían todos ellos de naturaleza intencional, semánticamente marcados. Ello obligaría, consiguientemente, a determinar no sólo la existencia de los estados mentales, sino también la coherencia entre los mismos. Y, por ende, a determinar también el contenido de cada uno: la oración que tendría por objeto el verbo psicológico (“conocer”, “querer”) correspondiente. Puesto que, evidentemente, ya hemos visto que la naturaleza de un estado mental dependería también del significado de tal oración-objeto: sería necesario determinar qué se conoce y qué se quiere, no bastando sólo con saber que se conoce y que se quiere.

5º) Habría que probar, además, la relación (causal) entre el conjunto de los estados mentales del sujeto –concretamente, el conjunto de sus conocimientos e intenciones- y los movimientos corporales que lleva a cabo, puesto que ello es esencial para caracterizar estos últimos como “voluntarios” y como “intencionados”.

4. Pues bien, mi tesis será que, en el estado actual de las ciencias de la conducta, no es posible cumplir con todos los requisitos en materia probatoria que se acaban de enumerar, si se quiere respetar el nivel de garantías que resulta deseable¹⁷. Ello, que puede parecer menos relevante en casos como los que iniciaban este trabajo, relativamente

¹⁷ Puesto que, obviamente, siempre podría solventarse la dificultad (y veremos que, de hecho, se suele hacer así) mediante una reducción en la cantidad y calidad de las afirmaciones acerca del psiquismo del autor, o en la cantidad y calidad de los datos empíricamente contrastables en los que tales afirmaciones –y, por ende, la subsunción del caso- se sustentan. Precisamente por ello, es posible graduar el garantismo de una cierta concepción de la prueba: cuantos más hechos y más datos empíricos –y de mayor enjundia- se exijan para la subsunción, tanto más garantista será la concepción en cuestión (cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibáñez/ Ruiz Miguel/ Bayón Mohino/ Terradillos Basoco/ Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 3ª ed., 1998, pp. 36-38, 67-70, 150-152, 610-611). Y aquí, claro está, se apuesta por una concepción que sea lo más garantista posible. Lo que significa que hay que explorar cuáles son dichas posibilidades (y cuáles las imposibilidades), para elegir la óptima.

sencillos, cobra toda su trascendencia en otras muchas ocasiones -como alguna que veremos más adelante- en las que la valoración del "aspecto subjetivo" de la conducta resulta esencial. Lo que nos obligará a plantearnos las alternativas existentes al modelo acabado de exponer. A mi entender, son cuatro las dificultades que vuelven poco plausibles las hipótesis en materia probatoria de las que parte el modelo psicologista vulgar. La primera, epistemológica, es el empleo de un lenguaje pretendidamente explicativo (de estados mentales) poco riguroso, en el que se entremezclan indistintamente términos dotados de referencia empírica con otros que no la poseen. La segunda y la tercera dificultades son de carácter ontológico: de una parte, la dificultad para establecer una distinción nítida entre aspectos físicos y aspectos no físicos de los estados mentales, así como para dotar de un contenido concreto y atendible a la "causalidad de lo mental"; de otra, las dificultades para articular una concepción coherente de la intencionalidad de (ciertos) estados mentales y un método adecuado para analizarlos. Finalmente, la última dificultad reviste naturaleza epistemológica y metodológica y estriba en la práctica imposibilidad de utilizar los métodos aceptables en las ciencias de la conducta para establecer aquellos hechos mentales -supuesto que lo sean- que interesan en un proceso judicial.

5. Si entramos ahora a examinar más en detalle las objeciones expuestas, el punto de partida tiene que ser el análisis de la problemática de la naturaleza de los fenómenos mentales y de las explicaciones psicológicas. En este sentido, la polémica parece inacabable, por cuanto están implicadas en ella demasiadas presuposiciones filosóficas y metodológicas como para que se pueda alcanzar algún consenso. No obstante, pese a ello creo que podemos hallar alguna base común ampliamente mayoritaria (y, en mi opinión, convincente) entre los teóricos de la Psicología y de la ciencia cognitiva, que acogería al menos las siguientes tesis:

1ª) Todos los estados mentales se corresponden con eventos físicos. Concretamente, en el caso de los seres humanos, con eventos

neuronales¹⁸. Esta tesis se opone a la tesis dualista¹⁹ según la cual los estados mentales son eventos completamente separados de los eventos físicos. Así pues, no podría haber ningún estado mental que no posea una base física correlativa.

2ª) Sin embargo, no existe una correlación rígida (necesaria) entre eventos mentales y eventos físicos. Es decir, un mismo estado mental puede corresponderse con eventos físicos (neuronales) diferentes. Aunque no con cualquiera: pues la correlación entre evento mental y su base física es contingente, regida por leyes empíricas. En el caso del ser humano, dicha correlación depende significativamente, de una parte, de la configuración física de nuestra especie (de la configuración del sistema nervioso, especialmente del cerebro), que dota de aptitud funcional a ciertos órganos o áreas de los mismos -del cerebro, señaladamente- para dar lugar a fenómenos físicos idóneos como base de un determinado estado mental: así, sólo ciertas áreas del cerebro están relacionadas con el razonamiento verbal o con el espacial²⁰. De otra parte, depende también de la ontogénesis, esto es, del proceso de formación y desarrollo físico de cada individuo²¹: así, sólo individuos con ciertas aptitudes sensoriales pueden percibir determinados datos. En todo caso, lo más relevante de la tesis es que no es posible establecer leyes psicofísicas que conecten rígidamente eventos físicos con eventos mentales: un mismo evento mental (un acto de recuperación de información almacenada en la memoria a largo plazo, por ejemplo)

¹⁸ DAVIDSON, D., "La mente material", en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, trad. Hansberg/ Robles/ Valdés, Barcelona, Crítica, 1995, pp. 309, ss.

¹⁹ Representada paradigmáticamente por DESCARTES, R., *Meditaciones metafísicas*, 1641, Meditación Sexta (Peña, V. (ed.), Madrid, Alfaguara, 1977, pp. 61, ss., esp. pp. 71-75).

²⁰ DEL ABRIL ALONSO, A./ AMBROSIO FLORES, E./ DE BLAS CALLEJA, M. R./ CAMINERO GÓMEZ, A. A./ DE PABLO GONZÁLEZ, J. M./ SANDOVAL VALDEMORO, E., *Fundamentos biológicos de la conducta*, Madrid, Sanz y Torres, 1999, pp. 381, ss.

²¹ Cfr. DEL ABRIL ALONSO/ AMBROSIO FLORES/ DE BLAS CALLEJA/ CAMINERO GÓMEZ/ DE PABLO GONZÁLEZ/ SANDOVAL VALDEMORO, *Fundamentos biológicos de la conducta*, pp. 533, ss.

puede tener lugar en estados neuronales diferentes (del mismo modo que, por ejemplo, una misma percepción puede producirse a partir de sensaciones distintas)²².

3ª) Las explicaciones psicológicas son explicaciones de carácter funcional²³: es decir, los eventos mentales se explican (cuando ello se hace en su correspondiente nivel —el psicológico— y no en el más bajo de los fenómenos neuronales) indicando la función que cumplen tanto en la filogénesis (proceso de formación y desarrollo de la especie) como en la ontogénesis. Podemos definir la función de un estado mental como aquello que el mismo causa si, además, el estado mental existe precisamente porque, a lo largo de la historia evolutiva (por selección natural o por aprendizaje), viene causando tal cosa²⁴: así, por ejemplo, si se afirma que las emociones tienen la función de apreciar y afrontar su ambiente se quiere decir que son las emociones las que, *ceteris paribus*, ocasionan las reacciones inmediatas ante cambios ambientales, y que existen precisamente para ello.

²² PUTNAM, H., "The nature of mental states", en *Mind, language and reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 429 ss.; FODOR, J. A./BLOCK, N., "What psychological states are not", en FODOR, J. A., *Representations*, Brighton, Harvester Press, 1981, pp. 79 ss.; FODOR, J. A., *Representations*, pp. 127 ss. Se oponen a esta imposibilidad de reducir lo mental a lo neurofisiológico los defensores del denominado "materialismo eliminativo": vid. CHURCHLAND, P. M., *Scientific realism and the plasticity of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; *A neurocomputational perspective: the nature of mind and the structure of science*, Cambridge, MIT Press, 1990; *The engine of reason, the seat of the soul*, Cambridge, MIT Press, 1996; CHURCHLAND, P. M., *Neurophilosophy: toward a unified science of mind/brain*, Cambridge, MIT Press, 1986. En cualquier caso, esta opinión resulta netamente minoritaria, existiendo además, en mi opinión, razones bastantes de orden empírico y filosófico como para rechazarla.

²³ PUTNAM, H., "Minds and machines", en *Mind, language, and reality*, pp. 362 ss.; *Mind, language, and reality*, pp. 429 ss. (cfr., sin embargo, *Sentido, sinsentido y los sentidos*, trad. Goethe, Barcelona, Paidós, 1994; *Representación y realidad*, trad. Ventureira, Barcelona, Gedisa, 2000); LEWIS, D., "Psychophysical and theoretical identification", en *Papers in Metaphysics and Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 248 ss.

²⁴ MILLIKAN, R., *Language, thought and other biological categories*, Cambridge, MIT Press, 1984.

4ª) Así pues, es preciso postular la existencia de eventos mentales para poder explicar causalmente la conducta a un nivel más complejo que el de las reacciones corporales²⁵. Pues, en sí mismos, los fenómenos neuronales sólo pueden explicar causalmente dichas reacciones corporales. Pero para poder explicar causalmente otros aspectos de la conducta no basta con referirse a dichos fenómenos neuronales. Actividades muy relevantes propias de la conducta humana no pueden explicarse causalmente de manera satisfactoria sólo en términos neurológicos: en general, la explicación de todas aquellas actividades que la Etología humana y la Antropología nos indican que son propias del hombre (alimentarse, reproducirse, protegerse,... pero también hablar, utilizar instrumentos, etc.) exigen el recurso a conceptos tales como percepción, memoria, emoción, aprendizaje, etc. No es posible, pues, la reducción de la Psicología a Neurología, salvo al precio de perder significativamente en potencia explicativa.

5ª) Naturalmente, esto no significa que quepa utilizar sin ninguna restricción la categoría de evento mental. Primero, porque, como ya se indicó, no cabe admitir estados mentales humanos sin un fenómeno físico neuronal correlativo. Pero, además, porque también las concepciones mentalistas —esto es, no conductistas— de la Psicología aceptan el principio de parsimonia ontológica ("navaja de Occam"): de acuerdo con el mismo, tampoco en la explicación psicológica deben emplearse más conceptos —aquí, acerca de eventos mentales— de los que sean estrictamente (es decir: funcionalmente) necesarios. En este sentido, veremos que la Psicología moderna prescinde de algunas categorías de la "psicología filosófica" tradicional y de la "psicología del sentido común".

A partir de los presupuestos que se acaban de indicar, habría que concluir que una concepción coherentemente psicologista de la prueba de elementos "subjetivos" debería apoyarse necesariamente (pero también únicamente) en las dos clases de proposiciones descriptivas a las que se acaba de hacer alusión: primero, descripciones de fenómenos

²⁵ FODOR, J. A., *La explicación psicológica*, trad. García Albea, Madrid, Cátedra, 2ª ed., 1991.

neuronal; y segundo, descripciones de los eventos mentales correlativos –eventualmente– con los mismos.

6. Lo cierto, sin embargo, es que, si analizamos el lenguaje de la prueba de elementos subjetivos en el modelo psicologista vulgar (que es el habitualmente empleado por los tribunales), podremos comprobar que el mismo no se adecúa a este requerimiento. Como más arriba se indicó, los elementos subjetivos que la doctrina y la jurisprudencia manejan – e intentan probar– usualmente son tres: conocimientos, intención (o voluntad) y deseos. Ya en una primera observación, resulta obvio que la aparición de estas tres categorías en un caso concreto no puede ser expresada mediante un lenguaje que se limite únicamente al nivel de los eventos neuronales. Es decir, ninguno de los tres términos puede ser definido de manera satisfactoria utilizando únicamente términos propios de la Neurofisiología. En efecto, si intentamos ahora precisar algo más, podemos hablar de eventos neuronales (o de términos neurofisiológicos que, se supone, designan aquellos) para referirnos a los cambios en los estados de las células del sistema nervioso (neuronas o glías), cambios que tienen lugar en dos casos: primero, cuando la propia célula cambia su morfología, su fisiología o su ubicación; y segundo (lo que nos interesaría más a nosotros), cuando se comunican entre sí o con células de otro tipo mediante transmisiones sinápticas²⁶. Pues bien, lo cierto es que no parece posible reducir las definiciones de los términos de conocimiento, intención y deseos a meras descripciones de ninguno de estos eventos. Más concretamente: es indudable que detrás de cualquiera de dichos “fenómenos” se suelen hallar procesos de transmisión sináptica entre neuronas, o entre estas y las células de otros órganos del cuerpo; pero no resulta posible en absoluto establecer una correlación entre los unos y los otros. Además, el carácter intencional que, como se ha indicado, la conceptualización de los conocimientos,

²⁶ DEL ABRIL ALONSO/ AMBROSIO FLORES/ DE BLAS CALLEJA/ CAMINERO GÓMEZ/ DE PABLO GONZÁLEZ/ SANDOVAL VALDEMORO, *Fundamentos biológicos de la conducta*, pp. 533, ss., 569, ss.

intenciones y deseos posee, imposibilita también dicha reducción. En este sentido, probar conocimientos, intenciones o deseos no es ni puede ser (tan sólo) probar ciertos estados neuronales, porque el lenguaje en el que están expresados aquellos (y sus contenidos proposicionales) no es el lenguaje de la descripción de estos.

La alternativa parece ser, evidentemente, la de concebir los términos que designan conocimientos, intenciones y deseos como propios del lenguaje, no de la Neurofisiología, sino de la Psicología: esto es, no como términos referentes a eventos neuronales, sino referentes a los eventos mentales que en ellos se sustentan. Efectivamente, ésta fue la pretensión de la “psicología filosófica” tradicional (de la que procede la categorización)²⁷; y tal es también la pretensión –aun cuando menos autoconsciente– en la “psicología de sentido común”, que se apoya, más o menos, en aquella. De acuerdo con estas pretensiones, existirían eventos mentales (concebidos en los términos funcionales antes expuestos) correspondientes a las proposiciones que designan conocimientos, deseos e intenciones. Es decir: en condiciones ideales (sinceridad y accesibilidad a la verificación empírica), podría comprobarse que a cada preferencia del tipo “*A sabe (en el momento T) que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella*” le correspondería, en ese mismo momento *T* de referencia, un evento en la mente de *A* (que él expresaría como: “*Sé que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella*”).

Esta asunción resulta, sin embargo, problemática desde varios puntos de vista. Para empezar, y en lo que ahora nos interesa, ocurre que el lenguaje de la prueba de elementos subjetivos usualmente empleado en Derecho contraviene significativamente el principio de parsimonia ontológica antes evocado. En efecto, la Psicología actual no parece necesitar de categorías tales como conocimientos, deseos e intenciones

²⁷ El origen de esta concepción parece estar en ARISTÓTELES: *Acerca del alma*, 429a, 10, ss., 432a, 15, ss. (CALVO MARTÍNEZ (ed.), Madrid, Gredos, 1978 (reimpr. 1994), pp. 230 ss., 243 ss.). Y su expresión canónica en SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma de Teología*, 1, quaest. 79, 82, 85 (tomo I, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 3ª ed., 1998, pp. 721, ss., 746, ss., 773, ss.).

para explicar en términos funcionales la conducta humana. En otras palabras, tales categorías resultan superfluas para la explicación psicológica. Por el contrario, la misma puede construirse convincentemente (al menos, todo lo convincentemente que las evidentes limitaciones epistemológicas de la Psicología actual permiten) mediante los términos que designan, más precisamente, el procesamiento de información en la memoria, las emociones y los procesos de motivación de conductas.

Veámoslo resumidamente (lo único que aquí es posible y necesario). Aquello que pretendemos designar usualmente con el término "conocimiento", en tanto que fenómeno presuntamente mental, es concebido por la Psicología actual como un conjunto de fenómenos de procesamiento de información a dos niveles. Así, por una parte, se distingue entre memoria sensorial, memoria de trabajo y memoria a largo plazo²⁸. Y se investigan y determinan los procesos de adquisición y almacenamiento de la información, de su retención y de su recuperación desde el punto de vista de la capacidad de adquisición y almacenamiento, de los métodos de codificación para el mejor almacenamiento y recuperación, del decaimiento y fenómenos de interferencia²⁹. Y, finalmente, se pretende establecer la estructura de la memoria a largo plazo (declarativa y no declarativa, explícita e implícita) y de la memoria de trabajo (con varios posibles subsistemas especializados)³⁰. Por otra parte, se examinan los procesos por los que la información procesada se combina y se recombina, concibiéndolos

en términos computacionales³¹. Son claves, pues, las ideas de información y de computación.

En otro orden de cosas, lo que usualmente designamos como "intención" y "deseo" ha de concebirse más bien, en el plano de la explicación psicológica, desde dos puntos de vista: desde la perspectiva de las emociones a que ciertos fenómenos, intrínsecos o extrínsecos, dan lugar (cuando uno quiere o desea algo es que manifiesta ciertas emociones ante ello)³²; y desde la perspectiva de la motivación de conductas. En este sentido, la Psicología de la motivación pone de manifiesto, de una parte, que la fuerza de la motivación de conductas depende del valor de la meta (motivo), valor condicionado por instintos³³, el aprendizaje³⁴ y el mapa cognitivo que maneja el sujeto³⁵, multiplicado por el valor de expectativa de lograrlo. Y, por ello, se destaca, de otra parte, la interrelación de la motivación con el procesamiento de información en la memoria (en la que se plasma el aprendizaje y el mapa cognitivo del sujeto) y con las emociones (que contribuyen a modular el valor de la meta)³⁶.

³¹ GONZÁLEZ LABRA, M. J., *Introducción a la Psicología del pensamiento*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 45, ss.

³² Por otra parte, esto ya ha sido puesto de manifiesto en la doctrina penal más atenta: vid., por ejemplo, KINDHÄUSER, U. K., "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96, 1984, pp. 22-24.

³³ FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. G., *Psicología general, II. Motivación y emoción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 68-71, 86-109; GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 221-228.

³⁴ DOMJAN, M./ BURKHARD, B., *Principios de aprendizaje y conducta*, trad. Belmonte Martínez, Madrid, Debate, 1990 (reimpr. 1999); GRZIB/ BRIALES, *psicología general*, pp. 228, ss.

³⁵ Sobre los conceptos de sujeto, de mapa y de esquema cognitivo, básicos en la concepción cognitivista de la Psicología, vid. DE VEGA, M.: *Introducción a la Psicología cognitiva*, Madrid, Alianza Editorial, 1984 (reimpr. 1994), pp. 247, ss., 389, ss.; MORENO-JIMÉNEZ, B./ PEÑACOBIA PUENTE, C.: "El sujeto cognitivo", en FIERRO, A. (comp.), *Manual de psicología de la personalidad*, pp. 87, ss.

³⁶ FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Psicología general, II.*, pp. 64-68, 71-77; GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 322, ss.; GUTIÉRREZ CALVO, M.: "Emoción y memoria", *Anthropos*, 189-190, 2000, pp. 203 ss.

²⁸ ATKINSON, R. C./ SCHIFFRIN, R. M., "Memoria humana: una propuesta sobre el sistema y sus procesos de control", en SEBASTIÁN, M. V. (comp.), *Lecturas de Psicología de la memoria*, Madrid, Alianza Editorial, 1983 (reimpr. 1991), pp. 23, ss.; RUIZ-VARGAS, J. M. et al., *Psicología de la memoria*, pp. 58-68.

²⁹ RUIZ VARGAS et al., *Psicología de la memoria*, pp. 151, ss.; GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 507, ss.

³⁰ GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 496-506, 531, ss.; RUIZ-VARGAS, J. M., "La organización neurocognitiva de la memoria", *Anthropos*, 189-190, 2000, pp., 73 ss.

Naturalmente, todas estas cuestiones requieren de una mayor profundización, para la que no es éste el lugar adecuado (ni seguramente soy yo el competente para hacerla). Lo que nos interesa, no obstante, de todo ello a nuestros efectos es que en Psicología los términos “conocimiento”, “intención” y “deseo” de la “psicología de sentido común” pueden y deben ser traducidos a términos tales como –sin ánimo de exhaustividad– información, codificación, retención, recuperación en la memoria de trabajo, computación, emoción, estrés, motivos, metas, expectativas, mapas y esquemas cognitivos, condicionamiento, etc. Y deben ser traducidos por dos razones. Primero, porque estos términos –los términos psicológicos– resultan pertinentes y suficientes desde el punto de vista de la explicación funcional de la conducta y además, debido a su mayor aptitud para discriminar, más informativos. Y segundo, porque para las proposiciones que los incluyen existen (en mayor o menor medida, según los casos) métodos de falsación empírica, lo que los vuelve idóneos para formar parte de un lenguaje científico.

Si esto es así, entonces hemos de concluir que tampoco es cierto que los términos que designan en Derecho –y en la “psicología de sentido común”– elementos subjetivos se refieran a eventos mentales³⁷. O, más exactamente: se refieren a eventos mentales, pero de manera vaga (pues no determinan con claridad la extensión a la que se refieren: “intención” se refiere a un amplio e indeterminado elenco de emociones y motivos distintos ante un cierto hecho o conducta) y ambigua (pues frecuentemente poseen varios sentidos –intenciones– diferentes: “conocimiento” puede significar información recuperada o información almacenada, pero no recuperada). Y, precisamente por ello, una concepción coherentemente psicologista de la prueba de tales elementos debería prescindir, al menos a efectos probatorios, de dichos términos, sustituyéndolos por los términos psicológicos correspondientes. Puesto que, en el mejor de los casos, lo único que podría comprobarse mediante métodos científicos –los de la Psicología– es la correspondencia entre

las proposiciones –descripciones psicológicas– que incluyen estos términos y la realidad –estados mentales–.

7. El segundo punto decisivo para una crítica del modelo psicologista vulgar reside, en mi opinión, en las dificultades con las que el mismo se encuentra para dotar de coherencia a su concepción de la “causalidad de lo mental”. O, más en general, para interrelacionar adecuadamente el plano de los estados mentales intencionales con el plano de los fenómenos neuronales subyacentes a los mismos. Cuestión esta que, sin duda, constituye un elemento esencial para cualquier método satisfactorio de prueba de los elementos subjetivos, por cuanto determinará qué es lo que hay que probar en cada caso –un estado mental o un fenómeno físico– y, por ende, qué método científico es el relevante.

En este sentido, y aunque, como luego se advertirá, existen todavía importantes puntos oscuros sujetos a discusión, el núcleo central de la cuestión puede ser esclarecido desde lo que se ha dado en llamar “enfoque computacional”. En efecto, bien sea como mera metáfora o bien como representación fiel del funcionamiento del sistema cognitivo humano (y aquí estriba, precisamente, uno de los temas discutidos), parece cierto que la descripción de los fenómenos cibernéticos (fenómenos de comunicación y control en máquinas)³⁸ permite construir un modelo –al menos, en sus líneas generales– descriptivo de la relación entre estados mentales y fenómenos físicos (fenómenos neuronales y otras reacciones corporales)³⁹. Y ello, porque los fenómenos cibernéticos presentan una interesante analogía con el funcionamiento del sistema cognitivo humano, al compatibilizar también operaciones puramente físicas (el nivel del *hardware*) con implicaciones de las mismas en términos de información⁴⁰.

³⁸ WIENER, N., *Cibernética*, trad. Martín, Barcelona, Tusquets, 2ª ed., 1998, p. 35.

³⁹ Cfr. FODOR, *Representations*, pp. 225, ss.

⁴⁰ PYLYSHYN, Z. W., *Computación y conocimiento*, trad. Fernández González, Madrid, Debate, 1988, pp. 79, ss.

³⁷ La crítica a los argumentos a favor de tal concepción basados en el uso del lenguaje ordinario aparecen en FODOR, J. A./ CHIHARA, C., “Operationalism and ordinary language”, en FODOR, J. A., *Representations*, pp. 35 ss.

Desde este punto de vista, hemos visto ya que el enfoque computacional tiende a concebir la mente humana como una unidad funcional (funcional por razones biológicas y con un origen evolutivo) en la que un substrato físico –básicamente, ciertas zonas del cerebro– llevan a cabo operaciones de procesamiento de información. Un sistema (computacional, cognitivo) de esta naturaleza necesita disponer de varios elementos⁴¹.

- En primer lugar, debe poseer algún mecanismo (físico) que permita comunicar el sistema cognitivo/computacional con el entorno: son estos los llamados mecanismos de transducción, de entrada (de lo físico a lo simbólico)⁴² y de salida (de lo simbólico a lo físico)⁴³. Así, el ordenador necesita de interfaces (teclado, escáner, impresora), la mente humana necesita de sensaciones y percepciones y de conexiones con los músculos con finalidad motora.
- En segundo lugar, deberá tener también un soporte físico para las operaciones simbólicas: el *hardware* en el ordenador, las específicas áreas cerebrales en el caso de la mente humana. Naturalmente, dicho soporte tiene que revestir determinadas características específicas.
- En tercer lugar, los transductores de entrada convierten estímulos físicos en símbolos. Ello, naturalmente, viene posibilitado y se plasma concretamente en el soporte físico⁴⁴. Así, tanto en los ordenadores como en la mente humana un estímulo externo (la palabra tecleada, en el ordenador, las letras leídas por el ojo) se convierten en estímulos eléctricos (de distinta naturaleza en uno y otro caso).
- La cuestión clave, no obstante, es el hecho de que dichos estímulos, también físicos, puedan ser interpretados semánticamente: en la

retina, la luz se convierte en estímulos eléctricos; pero dichos estímulos eléctricos no son arbitrarios, sino que responden a un código.

- Más precisamente, los estímulos eléctricos causados por la visión no son arbitrarios, en primer lugar, porque se atienen a ciertas reglas combinatorias. Así, la codificación de informaciones tales como luz y oscuridad, color, orientación y movimiento, frecuencia espacial, textura, profundidad o forma se realiza mediante ciertas combinaciones de los estímulos (básicamente, combinación de estímulos de ciertas células y ausencia de estímulo en otras)⁴⁵. Es decir, mediante la disposición de los estímulos dentro de ciertas estructuras⁴⁶.
- Pero, en segundo lugar, tales estímulos no son meros eventos físicos, sino que poseen significado: es decir, la información procesada no es meramente física, sino simbólica. Lo que quiere decir que parece que deben existir reglas (de un código) que permiten pasar del plano de la expresión –estímulos– al plano del contenido, formulable (aunque no necesariamente formulado)⁴⁷ en expresiones del lenguaje verbal: esto

⁴⁵ CARLSON, N. R., *Fisiología de la conducta*, trad. Morgado Bernal/ Coll Andreu/ Martín Nicolovius/ Portell Cortés/ Segura Torres, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1996 (reimpr. 1998), pp. 164-170.

⁴⁶ ECO, U., *Tratado de Semiótica general*, trad. Manzano, Barcelona, Lumen, 5ª ed., 1995, pp. 67-70. En términos de teoría de la información (aún puramente sintácticos), un mensaje es una sucesión de señales de un repertorio –los estímulos eléctricos de nuestro caso– que son emitidas a través de un canal y que proporcionan una cierta cantidad de información (en proporción inversa a la probabilidad de que aparezca en el mensaje cada señal del repertorio): SHANNON, C. E./ WEAVER, W., *The mathematical theory of communication*, Urbana/Chicago, University of Illinois Press, 1998, pp. 48-57. La cuestión tiene su importancia a nuestros efectos, puesto que es evidente que, tanto por razones neurofisiológicas como por la naturaleza de la información procesada, los canales en los que tiene lugar esta transmisión de información distan mucho de ser ideales: al contrario, abundan en ruido. Lo que, como apuntaré luego, hace que, incluso en los casos no patológicos, el procesamiento de información resulte frecuentemente defectuoso, ocasionando indebidos sesgos cognitivos, que deberían ser tomados también en consideración en un modelo psicologista coherente.

⁴⁷ La cuestión de si existe o no un "lenguaje del pensamiento" (esto es, si la información procesada en la mente humana lo está en forma lingüísticamente articulada) resulta polémica: frente a las "concepciones sintácticas" (ejemplo paradigmático: FODOR, J. A., *El lenguaje del pensamiento*, trad. Fernández

⁴¹ Vid. ANDERSON, *The architecture of cognition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983; FODOR, J. A., *La modularidad de la mente*, trad. Igoa, Madrid, Morata, 1986.

⁴² Sobre el concepto amplio de símbolo que se emplea en ciencia cognitiva (no ligado necesariamente a realizaciones materiales directas), vid. BELINCHÓN/ IGOA/ RIVIÉRE, *Psicología del lenguaje*, pp. 234-235.

⁴³ PYLYSHYN, *Computación y conocimiento*, pp. 195, ss.

⁴⁴ PYLYSHYN, *Computación y conocimiento*, pp. 204-223.

es, reglas semánticas. De esta manera, los estímulos neuronales no conforman meras estructuras sintácticas, sino que constituyen representaciones⁴⁸.

- Ello permite, claro está, que puedan producirse operaciones simbólicas (semióticas y, por ende, también lingüísticas y lógicas, en su caso) entre dichas representaciones. Así operan la percepción, la memoria, el pensamiento y el lenguaje: en cada caso, procesando información considerada de manera simbólica (conforme a reglas semióticas, por lo tanto)⁴⁹.

- Desde el punto de vista causal, no obstante, debe advertirse que lo que produce efectos en el mundo físico no son los estados psicológicos (descripciones funcionales, no lo olvidemos) que se acaban de mencionar⁵⁰. Al contrario, únicamente los estados físicos (neuro-

Zulaica, Madrid, Alianza Editorial, 1984) que postulan la existencia de tal lenguaje, las concepciones conexionistas defienden, por el contrario, un modelo en el que la codificación de los contenidos mentales tiene lugar mediante la activación -y desactivación- de unidades interconectadas en una red neural (cfr. CLARK, *Microcognition*, Cambridge, MIT Press, 1989). Desde luego, el tema no es baladí, aunque, desde el momento en que ninguna de las dos versiones posee actualmente suficientes evidencias en su favor, podemos eludirlo. Especialmente, porque puede que no afecte al núcleo de nuestro problema, que es más bien el de la delimitación (y prueba) entre lo físico y lo psíquico, cualquiera que sea la forma en la que lo psíquico posea realización física (ésta es la tesis de FODOR, J. A./ PYLYSHYN, Z. W., "Connectionism and cognitive architecture", *Cognition*, 28, 1988, pp. 3, ss.; FODOR, J. A./ McLAUGHLIN, B., "Connectionism and the problem of systematicity: why Smolensky's solution doesn't work", en FODOR, J. A., *In critical condition*, Cambridge/Londres, Bradford Books/MIT Press, 1998, pp. 91, ss., aun cuando muchas opiniones no estarían de acuerdo con ellos).

⁴⁸ PYLYSHYN, Z. W., "La naturaleza simbólica de las representaciones mentales", en SEBASTIÁN (comp.), *op. cit.*, pp. 367 ss.; *Computación, cit.*, pp. 54 ss.

⁴⁹ DRETSKE, F.I., *Conocimiento e información*, trad. Vicedo/ Guilla/ Pizarro, Barcelona, Salvat, 1987; FODOR, J. A., *A theory of content and other essays*, Cambridge/Londres, Bradford Books/MIT Press, 1992 (reimpr. 1994), pp. 51 ss.; *Psicosemántica*, trad. González-Castán, Madrid, Tecnos, 1994; *El olmo y el experto*, trad. Galmarini, Barcelona, Paidós, 1997; *Conceptos*, trad. Skidelsky, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁵⁰ Vid. KIM, J., *Supervenience and mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Se habla, así, de que los estados mentales se hallan en una

nales) correspondientes a (algunos de) los pasos de tales operaciones simbólicas poseen relevancia causal⁵¹. En un ejemplo sencillo: no es la conceptualización, ni la formulación mental lo que produce efectos lingüísticamente relevantes (por ejemplo, comunicativos), sino únicamente la articulación (fonética) de la preferencia verbal tiene tales efectos. Lo que significa que para la eficacia causal es siempre necesaria la presencia de transductores (aquí, de salida).

- En definitiva, pues, los estados mentales no son sino estados físicos (del sistema nervioso) descritos funcionalmente. Y los estados mentales intencionales son algunos de tales estados físicos: a saber, aquellos cuya descripción funcional -como estados mentales- admite interpretación semántica (atribución significado). Y que, por ello, permiten la realización de operaciones semióticas.

Debe observarse, sin embargo, que del carácter intencional de ciertos estados mentales (de su naturaleza semióticamente relevante), y de la consiguiente posibilidad de que los mismos puedan participar también en operaciones conforme a reglas semánticas, no puede deducirse necesariamente que tales operaciones tengan lugar. De hecho, ello es palmario: son innumerables los casos en los que la retención de una cierta información por parte de un sujeto en su memoria a largo plazo no es acompañada por su recuperación en la memoria de trabajo ("*me olvidé*", "*no me di cuenta*",...); o en los que las operaciones lógico-lingüísticas potencialmente posibles no tienen lugar efectivamente (un sujeto puede saber que esta tarde va a llover y saber también que va a salir a la calle sin paraguas, sin concluir por ello necesariamente que se va a mojar).

relación de sobreveniencia -no de causalidad- con los fenómenos físicos (movimientos corporales) a que "dan lugar": se entiende que un conjunto de propiedades (aquí, mentales) sobreviene a otro (aquí, de propiedades físicas) si y sólo si, necesariamente, para un evento la presencia de una propiedad de este conjunto conlleva la presencia de una propiedad de aquél, y viceversa. Así, allí donde los estados mentales parecen causar fenómenos físicos, serían los fenómenos físicos (neuronales) subyacentes a aquellos los que tendrían la auténtica potencialidad causal.

⁵¹ Que es, en definitiva, lo que ocurre también con los ordenadores: PYLYSHYN, *Computación y conocimiento*, pp. 65-73.

Por otra parte, tampoco puede asumirse que las operaciones semióticas que se producen en el plano mental sigan adecuadamente las reglas y los métodos de las semánticas que pretenden explicar el significado en los lenguajes intersubjetivamente válidos⁵². De hecho, parece que esto no es así en absoluto. En efecto, parece comprobado que en fenómenos tales como la percepción, el pensamiento y el lenguaje la forma por la que el ser humano llega habitualmente a procesar la información se separa significativamente de dichas reglas y métodos. A lo que hay que añadir, además, otros dos elementos que aumentan la distancia entre ambos campos: primero, los conocidos sesgos cognitivos que, en diversas actividades, dan lugar a deformaciones en el contenido de la información procesada; y segundo, la innegable existencia, en la mente humana, de información no verbalizable (por ejemplo, en la memoria no declarativa), que se atiene necesariamente a reglas semióticas de diferente naturaleza.

8. A la luz de la exposición que se acaba de realizar, se pueden comprender las dificultades que un modelo psicologista coherente debería afrontar para poder probar suficientemente los elementos subjetivos (más exactamente, como hemos visto, la referencia de aquellos términos designativos de estados mentales a los que las imprecisas expresiones de la “psicología de sentido común” puedan traducirse). A este respecto, consideraremos a continuación el caso siguiente, más realista que los que abrían el trabajo:

CASO TERCERO: Vicente L. R., invitado a abandonar una fiesta a la que no había sido invitado, sacó una mano armada con un cuchillo de cocina y dio una puñalada en el hemitórax a S., marchándose del lugar. Como consecuencia de todo ello el señor S. F. sufrió lesiones consistentes en herida en hipocondrio derecho que penetra en cavidad torácica derecha, afectando la pleura, produciendo un hemitórax derecho inicial y un derrame pleural derecho diferido, y para su curación además de una primera asistencia facultativa precisó tratamiento médico o quirúrgico y estuvo

*durante 40 días incapacitado para sus ocupaciones habituales y habiéndole quedado como secuelas: cicatriz lineal de 2,5 centímetros de longitud, localizada en la zona medial del tercio inferior del hemitórax derecho y 2 cicatrices redondeadas de unos 2 centímetros de diámetro, localizadas en la cara lateral de hemitórax derecho*⁵³.

En este supuesto se planteó un problema absolutamente habitual en la práctica cotidiana de nuestros tribunales penales, cual es el de la determinación del *objeto del dolo* del delincuente: a saber, el problema de si Vicente L. R. obraba con dolo de homicidio, o más bien con mero dolo de lesionar. Más en general, el problema surge normalmente cuando una acción crea un peligro relevante para dos bienes jurídicos distintos, pero sin que exista seguridad de la lesión respecto de ninguno de ellos (siendo, en el caso límite, ambos resultados lesivos igual de probables); o, más en general todavía, cuando la probabilidad de dos resultados de una acción –cualesquiera que estos sean– es idéntica: relevante, pero no segura. Puesto que en tales supuestos, resultando subsumible la conducta, desde el punto de vista objetivo, en dos tipos penales diferentes (o siendo la alternativa entre la subsunción y la declaración de atipicidad), la subsunción efectiva depende del dolo del sujeto (definido a veces como “conocer y querer” –en diversas formulaciones– y otras como mero conocimiento).

Pues bien, en un caso como éste el tribunal, si hubiera partido coherentemente de un modelo psicologista de prueba de los elementos subjetivos, debería haber establecido conforme a métodos científicamente aceptables varios extremos. Al menos, de una parte, el contenido informacional de la memoria de Vicente L. R., distinguiendo además entre la información almacenada en su memoria a largo plazo y aquella retenida en la memoria de trabajo: ¿había almacenado información suficiente relativa a la trayectoria del cuchillo, su velocidad, etc.? ¿y acerca de su longitud?... E igualmente, las posibles operaciones cognitivas llevadas a cabo con dicha información: ¿concluyó efectivamente que con una cuchillada de tal índole podía matar a S.

⁵² FODOR, *Representations*, pp. 201-203; *The mind doesn't work that way*, Cambridge/London, Bradford Books/MIT Press, 2000.

⁵³ STS 29-3-1999 (A. 2372). El texto en cursiva es cita literal de los hechos probados de la sentencia.

F? Finalmente, también debería haber determinado el contenido de las emociones de Vicente L. R. ante la eventualidad de matar a S. F. y ante la eventualidad de simplemente lesionarle: ¿le agradaba o desagradaba alguna de ambas perspectivas?

El problema, claro está, estriba en que la determinación de dichos estados mentales resulta problemática en general (y lo es más aún, como veremos, en el contexto real del proceso judicial). Así:

1º) Si, como se ha indicado, no es posible construir leyes psicofísicas, que establezcan correspondencias rígidas entre estados mentales y eventos neuronales, entonces tampoco lo es la determinación de los estados mentales correspondientes a cada clase de evento neuronal⁵⁴. Quiere ello decir que puede establecerse, sí, la existencia de actividad nerviosa, así como ciertas características –fisiológicas– de la misma. Pero no su correlación con una determinada clase de estados mentales: es posible establecer que a ciertos estados mentales le corresponden determinados eventos neuronales, pero no la inferencia inversa⁵⁵. Y mucho menos determinar el contenido intencional de un estado mental a partir de su base neurofisiológica.

2º) En segundo lugar, si pasamos al plano propiamente psicológico, las leyes explicativas de la Psicología permiten establecer regularidades (en general, meramente probabilísticas), conectando ciertas formas de conducta con estados mentales (ejemplo: del porcentaje de recuerdos –información almacenada en la memoria a largo plazo, recuperada y verbalizada– y del tiempo de reacción se infiere la existencia de un determinado número, mayor o menor, de claves de recuperación de la información almacenada)⁵⁶. No obstante, dichas leyes ofrecen dos

⁵⁴ Se excluye, pues, una reducción –de lo mental a lo físico– de las que se ha denominado *type-type* (la posibilidad de reducir clases enteras de estados mentales a clases coextensivas de eventos físicos): DAVIDSON, D., "Sucesos mentales", en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, pp. 273-282.

⁵⁵ CARLSON, *Fisiología de la conducta*, pp. 367 ss., 492 ss.: se pueden relacionar ciertas alteraciones en el comportamiento neuronal con fenómenos de aprendizaje (procesamiento de información) y de reacciones emocionales. No obstante, dicha correspondencia no es en absoluto unívoca.

⁵⁶ Cfr. GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 510-511.

dificultades desde el punto de vista probatorio. La primera se deriva de su naturaleza inductiva: como es sabido, una ley científica apoyada en una base meramente inductiva resulta siempre falible, puesto que siempre puede haber un caso aún desconocido que la vuelva falsa⁵⁷. En cualquier caso, entiendo que no es ésta una objeción de peso a nuestros efectos, puesto que no puede exigirse más en un proceso judicial de lo que se exige en la ciencia (debiendo solucionarse, en su caso, los eventuales problemas de aplicación que pudieran surgir mediante una regulación adecuada del juicio de revisión de las sentencias firmes). Pero la segunda dificultad es más relevante: ocurre, en efecto, que una ley apoyada en la inducción explica tan sólo *una clase* de fenómenos; no, sin embargo, un individuo de dicha clase⁵⁸. Para el caso que nos ocupa, esto significa que, aun cuando puedan establecerse conexiones entre formas de comportamiento y estados mentales, de ello no se infiere necesariamente que en un caso concreto tal conexión exista. Volviendo a nuestro ejemplo: aun cuando sea cierto en general que un mayor grado de recuerdo y un menor tiempo de reacción en la recuperación y verbalización de información indican una determinada forma de almacenamiento de dicha información, ello no es siempre necesariamente así. Por ejemplo, no lo es si tienen lugar fenómenos de interferencia, dificultades específicas de verbalización, etc. Esto (que en la formulación de las leyes científicas se salva mediante la inclusión de cláusulas *ceteris paribus*) hace que, para un caso particular, la explicación psicológica apoyada en leyes resulte insuficiente si no es capaz de excluir la presencia de eventos mentales concomitantes.

Las dificultades acabadas de exponer hacen que cualquier afirmación sobre la existencia y características de los estados mentales de un sujeto resulte ser, en el mejor de los casos (esto es, en una situación experimental), un mero caso de razonamiento abductivo o hipotético. Es decir, constituye únicamente la formulación de una

⁵⁷ Vid., por todos, POPPER, K.R., *La lógica de la investigación científica*, trad. Sánchez de Zavała, Madrid, Tecnos, 1962 (reimpr. 1980), pp. 27-30.

⁵⁸ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, pp. 66-68.

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 concreto⁵⁹.

3º) Todo lo anterior es aún más cierto si pasamos de la cuestión de la prueba de la existencia de estados mentales a la prueba acerca de su contenido, en el caso de los que poseen naturaleza intencional. De hecho, aquí nos hallamos con un problema adicional: a saber, con la plausible imposibilidad de traducción –a no ser por la vía empirista, no semántica, al modo de Quine⁶⁰, que no es propiamente una traducción- del “lenguaje del pensamiento” (más precisamente: del código o códigos en los que se procesa la información en la mente humana) al lenguaje verbal. Pues, efectivamente, los estudios en Psicología cognitiva indican que es probable que la codificación simbólica en la mente humana se rija por patrones distintos a los de la semántica de los lenguajes intersubjetivos⁶¹. Y, si esto es así, entonces pasar de dichas codificaciones a enunciados que expresen actitudes proposicionales (“sé que...”, “quiero...”) sería doblemente dificultoso: primero, como ya vimos más arriba, por la ambigüedad y vaguedad de tales enunciados en comparación con los propios del lenguaje

científico de la Psicología; y segundo, por la propia dificultad de convertir en proposiciones del lenguaje verbal lo que el sujeto “sabe” o “quiere”. Por lo demás, esta dificultad no es puramente teórica: sabido es que frecuentemente las personas “saben” o “quieren” cosas con distintos grado de certeza, precisión, firmeza, etc. Y ello debería hacerse valer en un modelo psicologista coherente de prueba de los elementos subjetivos, lo que resulta casi imposible si se pretenden, al tiempo, preservar las garantías probatorias.

4º) Para acabar, y por las mismas razones que se acaban de señalar, hay que recordar que no es posible dar por supuesto (sino que, al contrario, habría que comprobarlo en cada caso, enfrentándose a los obstáculos enumerados) que la información procesada simbólicamente en la mente humana sea tratada siempre en la misma de modo lógico y semánticamente adecuado (en la lógica y en la semántica propia de los lenguajes intersubjetivos): es decir, que no siempre los sujetos extraen siquiera las consecuencias analíticamente verdaderas de la información que poseen. Por ello, argumentaciones acerca de lo que el sujeto “debía saber” o “tenía que desear” están, en relación con los estados mentales de los seres humanos (es decir, en un modelo psicologista coherente), fuera de lugar.

A mi entender, los cuatro problemas expuestos son de tal calibre que impedirían, incluso en condiciones experimentales ideales, determinar con suficiente seguridad los contenidos informacionales de la memoria y las emociones del sujeto encausado en nuestro caso tercero, Vicente L. R. De hecho, la Psicología, cuando opera como ciencia y no como técnica (esto es, fuera de la Psicología aplicada, donde los problemas son otros), se mueve más bien en el terreno de las generalizaciones antes que en el de la explicación de fenómenos individuales (lo cual, obviamente, no excluye la potencialidad explicativa de tales generalizaciones, aunque con un carácter puramente hipotético).

9. Pero ocurre que, como es notorio, la prueba de elementos subjetivos en el proceso judicial no ocurre en condiciones ideales para la

⁵⁹ Vid. PEIRCE, C. S., *Deducción, inducción e hipótesis*, trad. Martí Ruiz-Werner, Buenos Aires, Aguilar, 1970, pp. 65, ss.; HANSON, N. R.: *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento*, trad. García Camarero/ Montesinos, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pp. 51-58, 137, ss.; POPPER, K. R., *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. Míguez, Buenos Aires, Paidós, 2ª ed., 1979, pp. 58-68; ECO, U./ SEBEOK, T. A. (eds.), *El signo de los tres*, Barcelona, Lumen, 1989; TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 217, ss., 416-421; BONORINO, P. R., “Sobre la abducción”, *Doxa*, 14, 1993, pp. 207 ss.; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 101-115.

⁶⁰ QUINE, W. V. O., *Word and object*, Cambridge, MIT Press, 1960 (reimpr. 1999), pp. 26, ss.

⁶¹ Piénsese solamente en lo que ocurre con la codificación de los significados propios del lenguaje verbal: BELINCHÓN/ IGOA/ RIVIÉRE, *Psicología del lenguaje*, pp. 370-385.

investigación científica (de la Psicología). Antes al contrario, las condiciones de la prueba en el proceso resultan ser, en comparación con ésta, muy peculiares. Y ello, básicamente por tres razones. En primer lugar, porque los hechos probados de la sentencia judicial revisten la naturaleza de un relato histórico, es decir, constituyen un relato de hechos pasados. En segundo lugar, este carácter histórico de la verdad fáctica del proceso, entre otras consecuencias, obliga a distinguir entre hechos que han de ser probados y hechos que prueban aquellos: entre “hechos” –del pasado- y “pruebas” –accesibles en el presente- de los mismos. Lo que, lógicamente, implica que habrá que establecer correlaciones satisfactorias entre unos y otros, tanto en términos de relevancia (las pruebas son signos de los hechos y no de otra cosa: interpretando el significado de las pruebas podemos hallar el significado de los hechos) como de fiabilidad (el significado de las pruebas se corresponde con el significado de los hechos: si el enunciado que expresa el significado de las pruebas es verdadera, lo es el que expresa el significado de los hechos). Es decir, que en el proceso, y a diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, el juez de los hechos no observa un experimento percibiendo directamente los hechos, sino que reconstruye la historia a partir de indicios aún perceptibles. Finalmente, el juez de los hechos no se limita a recoger dichos indicios, sino que frecuentemente los crea⁶².

Si ahora tomamos en consideración estas peculiaridades para el caso de la prueba de elementos subjetivos, nos encontraremos con que incluso aquello que, a la luz de la Psicología es en principio empíricamente comprobable, no lo es, sin embargo, en el marco del proceso judicial. En efecto, ninguno de los métodos aceptados en Psicología resulta aplicable de manera generalizada en dicho marco. Desde luego, no lo son el método correlacional (correlacionar variables cuantitativas) ni el experimental⁶³: este último, por definición, puesto que los hechos que interesan tuvieron lugar en el pasado; y tampoco el

método correlacional, dado que la medición de variables relevantes en la conducta del sujeto en el momento de actuar no será, por regla general, posible. Por lo que se refiere al método observacional, no cabe descartarlo en algún caso. Pero, de hecho, no será frecuente que la conducta del sujeto encausado en el momento de delinquir pueda ser observada directamente por el juez o por un perito que le asesore. E, incluso cuando ello resulte posible, rara vez podrá observarse precisamente aquella variable o variables que podrían resultar relevantes (por ejemplo, las expresiones faciales, reveladoras de emociones, o las expresiones verbales, o la capacidad de reacción, reveladoras de la presencia de información en la memoria). Y más raramente aún podrán observarse de manera suficientemente sistemática como para poder reunir los necesarios requisitos de fiabilidad y de validez⁶⁴.

En definitiva, pues, el núcleo de la cuestión estriba 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 los mismos han desaparecido (y, además, casi siempre bastante tiempo después) a partir de “pruebas” recogidas (azarosamente: entre las disponibles) o creadas (también azarosamente: entre las posibles). De esta manera, incluso aquello que la Psicología nos podría decir en principio, se revela incapaz de hacerlo en el contexto del proceso.

10. Acabaré resumiendo los resultados de la investigación y presentando algunas reflexiones acerca de las alternativas existentes. Hemos visto que los sistemas de atribución de responsabilidad –tanto los jurídicos como otros– suelen apoyarse, entre otros factores, también en la concurrencia de elementos subjetivos, a la hora de graduar y/o establecer dicha responsabilidad. Y que, desde el punto de vista probatorio, en esta concepción se suele dar por supuesto (aunque, en

⁶² Sobre todo ello, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 51-54.

⁶³ GRZIB/ BRIALES, *Psicología general*, pp. 53-56.

⁶⁴ Cfr. LEÓN, O. G./ MONTERO, I., *Diseño de investigaciones*, 2ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 32-61.

realidad, no exista una conexión necesaria entre el aspecto sustantivo y el probatorio) que aquellos elementos subjetivos que la ley, la moral, etc. consideran relevantes existen efectivamente como hechos –psíquicos, mentales– en la mente del sujeto de la responsabilidad. De hecho, se presupone que la mente opera como la causa eficiente de (casi todos) los movimientos corporales humanos (el “fantasma –mente– que maneja la máquina –cuerpo–”)⁶⁵. Hemos visto también, sin embargo, que los términos que designan dichos elementos subjetivos resultan ser excesivamente vagos y ambiguos, por lo que no pueden formar parte del lenguaje científico de la Psicología. En cuarto lugar, comprobamos que, incluso si intentamos acudir a las categorías de este lenguaje (y al método científico que lo sustenta), se presentan dificultades insalvables para extraer conclusiones científicamente fundadas acerca de los estados mentales de un sujeto en un momento concreto. Finalmente, se comprobó que a estas dificultades hay que añadir aquellas que se derivan, no de la propia Psicología, sino de las características de la prueba en el proceso judicial, que hacen imposible la aplicación de los métodos de aquella. De resultas de todo ello, hay que concluir que resulta inviable un modelo psicologista coherente para la prueba de elementos subjetivos: esto es, uno que no renuncie a las garantías probatorias, a constatar de modo máximamente racional –vale decir, científico– la presencia empírica de los estados mentales en el sujeto de la responsabilidad⁶⁶.

⁶⁵ RYLE, G., *The concept of mind*, 1949 (reimpr. Londres, Penguin, 1990), pp. 13-17.

⁶⁶ En el mismo sentido, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt/Berlín/Berna/Nueva York/Paris/Viena, Peter Lang, 1993, pp. 30-32; RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1999, pp. 225-232, 257-258, 272 (aun cuando, a mi entender, las razones que aporta no son aún bastantes para mantener su afirmación). Por lo dicho, y contra lo que opina GIMBERNAT ORDEIG, E., “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 426-428, me parece que el problema de fondo se mantiene también en una definición del concepto de dolo que se refiera solamente a los “conocimientos”.

Ante esta situación, procede presentar sumariamente las alternativas existentes para la prueba de elementos subjetivos (dejando a un lado la pura y simple negación del problema, recurriendo –falazmente– a la “libre valoración de la prueba” como argumento de autoridad)⁶⁷. Presentadas en toda su pureza, tales alternativas son las siguientes:

- Una primera alternativa es, precisamente, aquella que cuenta con mayor predicamento en la práctica: se trata de una derivación en el plano probatorio del modelo psicologista vulgar, de acuerdo con la cual el juez de los hechos debería razonar la presencia en el sujeto encausado de determinados elementos subjetivos (concebidos como “hechos psíquicos”) a partir de los “indicios” proporcionados por la conducta perceptible –“externa”– del mismo, conforme a argumentos de “sentido común”⁶⁸. Razonamiento que, como hemos visto, no constituye una demostración de la existencia de dichos hechos⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La relación de causalidad entre la adulteración del producto y los resultados lesivos: aspectos sustantivos y procesales”, en PAREDES CASTAÑÓN, J. M./ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 61-75, con ulteriores referencias; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 136-141; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 261-271.

⁶⁸ Intentan desarrollar más rigurosamente esta línea, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 404, ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 319 ss.; FRISCH, W., “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung”, en GEPPERT, K. v./ DEHMICKE, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1990, pp. 554, ss.; HASSEMER, W., “Los elementos característicos del dolo”, trad. Díaz Pita, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 924-931; GRACIA MARTÍN, L., “Del homicidio y sus formas”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 66-72; LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 124-151.

⁶⁹ En este mismo sentido crítico, HRUSCHKA, J., “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en GÖSSEL, K. H./ KAUFFMANN, H. (eds.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Klainknecht*, Múnich, Beck, 1985, p. 200; FREUND, G., *Normative Probleme der “Tatsachenfestellung”*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, pp. 17-19, 22-23.

Ejemplo claro de esta tendencia es la misma STS de nuestro caso tercero (representativa, además, de la doctrina jurisprudencial predominante). Afirma: "(...) si bien ciertamente el ánimo o intención de matar, elemento o base subjetiva del homicidio, parricidio o asesinato, puede ser un hecho (...) casi siempre -a falta de prueba directa- hay que deducirlo de prueba indirecta o indiciaria, mediante juicios axiológicos o inferencias sustentados en los datos que a la luz de los criterios lógicos muestran significación subjetiva (...) salvo supuestos excepcionales, (...) la intención homicida sólo puede obtenerse por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico, reveladores del ánimo homicida.

Por la jurisprudencia (...) se han establecido como signos externos de la voluntad de matar, entre otros, y como más significativos: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos, las manifestaciones del culpable; e) palabras que acompañaron a la agresión y su actividad anterior y posterior al hecho; f) las condiciones de lugar y tiempo y circunstancias conexas o con comitentes con la acción; g) la causa o motivación de la misma y; h) la entidad y gravedad de las heridas causadas. Entre los criterios enumerados -que no integran una lista cerrada- ostentan un valor de primer grado, según la doctrina de esta Sala, la naturaleza del arma empleada, la zona anatómica atacada y el potencial resultado letal de las lesiones infligidas.

Con arreglo a la jurisprudencia expuesta, se estiman correctas las inferencias hechas por el Tribunal de instancia para llegar a la conclusión de que el acusado no actuó en la ocasión de autos con dolo directo de matar. Los datos apreciados por la Audiencia de falta de penetración del arma, no incisión de la misma en órgano vital y asestamiento de una sola cuchillada, revelan que el propósito era sólo de herir. La poca profundidad de la herida demuestra que no se dirigió el cuchillo con fuerza contra el cuerpo de la víctima, y la zona corporal afectada fue la pleura derecha, sin llegar a ser herido el pulmón."

Se comprenderá que, efectivamente, la inferencia del tribunal en este caso (y, en general, la de cualquiera que parta de tales presupuestos teóricos) no es sino un razonamiento intuitivo, basado en generalizaciones "de sentido común" (esto es: acerca de "lo que suele ocurrir"), que en realidad no puede pretender ningún género de fundamentación

cognoscitiva aceptable. De hecho, es perfectamente posible que, a la luz de los mismos indicios objetivos que el tribunal consideró relevantes en este caso para negar la existencia de dolo de homicidio, se pudiese demostrar que, pese a todo, sí que existía tal dolo (o sea: sí existía la conciencia de la peligrosidad de la acción y el deseo de producir la muerte): por ejemplo, en el caso de un homicida técnicamente inepto.

- La segunda alternativa consiste en imponer por vía normativa criterios de prueba de los elementos subjetivos, resistentes (no derrotables) ante las constataciones empíricas⁷⁰. Se volvería con ello -aunque tan sólo en este ámbito- a algo semejante al sistema de prueba tasada (aunque, ahora, no legalmente, sino a través de criterios jurisprudenciales), con las dificultades que el mismo conlleva⁷¹.

- La tercera alternativa parece ser construir un conjunto de criterios de determinación procesal de los elementos subjetivos que se apoye en los resultados de la Sociología (procesos de interacción social) y de la Psicología de la atribución⁷². En este caso, el objetivo no sería ya constatar la presencia empírica de estados mentales, sino de aquellos indicios (perceptibles) que dan lugar, en los procesos cotidianos de interacción, a la atribución de conocimientos, intenciones, etc.

La decisión acerca de cuál de estas alternativas (o qué combinación de las mismas) debe acogerse en el proceso judicial -o en cada clase

⁷⁰ En esta línea -aunque con diversas matizaciones- se mueven autores como KRAUSS, D., "Der psychologischen Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht", en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymann, 1978, pp. 21-28; FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfestellung"*, pp. 56 ss.; PUPPE, I., "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103, 1991, pp. 14 ss.; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, pp. 375-377; RAGUÉS I VALLÈS, El dolo y su prueba en el proceso penal, pp. 275 ss.

⁷¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 133-136.

⁷² KINDHÄUSER, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", pp. 1, ss.; HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", pp. 201-202; SCHILD, W.: "Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt", en JAKOB, R./ USTERL, M./ WEIMAR, R. (eds.): *Psyche-Recht-Gesellschaft*, Múnich, Beck, 1995, pp. 134-136.

de proceso judicial- depende fundamentalmente de dos factores: primero, de la potencialidad real de cada una de dichas técnicas para alcanzar resultados considerados justos; y segundo, de consideraciones valorativas, acerca de las funciones, garantías y límites de la actividad probatoria en el proceso. Cuestiones éstas que ya no pueden ser consideradas en este trabajo. En cualquier caso, observaré, para acabar, que cualquiera de las tres alternativas presentadas parte, expresa o tácitamente, de una asunción: la de que puede atribuirse responsabilidad por la concurrencia de elementos subjetivos sin prueba real de los estados mentales del sujeto enjuiciado en el momento de actuar (en algunas de ellas, incluso cuando existan evidencias acerca de los mismos). Lo que, desde luego, resulta harto discutible en términos de legitimidad, al menos en tanto no se modifique, en el plano sustantivo, la definición (o la interpretación) de los elementos subjetivos fundamentadores de la responsabilidad.

En este sentido, un programa de investigación pertinente y todavía pendiente, que desarrolle las inquietudes que subyacen a este trabajo, pasaría por dos líneas:

- Primero, por una exploración de las potencialidades reales de modelos probatorios alternativos al modelo psicologista puro (que nunca se ha aplicado realmente) y también al modelo psicologista vulgar (carente de dosis mínimas de racionalidad y, por ello, insatisfactorio en términos de garantías). En concreto, sugiero que el mayor interés explicativo, a la vez que la mayor legitimidad (o, lo que tal vez sea lo mismo, menor ilegitimidad posible), reside en buscar una combinación de las aportaciones de la Psicología –en el nivel de las leyes explicativas generales- con métodos de atribución de base interaccionista en el nivel de las explicaciones de conductas concretas.

- En segundo lugar, por una reflexión en el plano sustantivo, tendente a redefinir los elementos subjetivos que fundamentan la responsabilidad en unos términos tales que permitan acudir a medios probatorios más acordes con los conocimientos científicos. Es decir, que los haga más viables en términos procesales sin tener que pagar por ello un precio excesivo en términos de garantías probatorias.

Consideraciones sobre la *actio libera in causa*

Diego Araque Moreno*

1. Introducción

A pesar del grado de desarrollo que en la actualidad ha alcanzado la dogmática jurídico penal, persisten aún muchas y profundas discusiones a la hora de abordar ciertas instituciones propias de la sistemática de la teoría del delito. En efecto, si bien es cierto que hoy día existe un cierto “armisticio” al caracterizar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable¹, también lo es que este mismo acuerdo se echa de menos en cuanto al tratamiento, fundamento y contenido que en los distintos manuales y tratados de derecho penal se dedica a cada una de estas categorías.

Por citar sólo unos ejemplos, piénsese en los distintos enfoques que la doctrina le dispensa a temas como el de la imputación objetiva, la naturaleza de ciertas causales de irresponsabilidad penal, el fundamento material de la culpabilidad, la tentativa y la participación, el deber de garante en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, etc. Más ilustrativo aún: mírese cómo ni siquiera en el método existe el sosiego que cualquier disciplina que se precie de ser científica quisiera

* Especialista en derecho penal, U. de Antioquia.

¹ Este aserto, que hace algunos años pudo tener cierto grado de validez, no resulta hoy tan claro como quiera que muchos han llegado incluso a prescindir de categorías que otrora no admitían ningún tipo de discusión: piénsese, por ejemplo, en los elementos de la acción y de la culpabilidad.