

El autor es abogado de la Universidad Externado de Colombia con especialización en Derecho Penal y Criminología de la misma casa de estudio. Ha sido profesor en varias universidades colombianas y desde hace más de doce años lo es del Instituto de Estudios del Ministerio Público y del Externado de Colombia en los niveles de pregrado, especialización y maestría en las áreas de Derecho Penal y Derecho Disciplinario. Se ha desempeñado como juez penal en todas las categorías, Abogado Asistente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Vector de la Procuraduría General de la Nación, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y Viceprocurador General de la Nación. Es autor de varios libros, monografías, colaborador en obras colectivas y artículos para revistas especializadas entre los cuales se encuentran: "El Principio de la Antijuricidad Material", "Bien Jurídico y Derechos Fundamentales" (coautoría), "Dogmática del Derecho Disciplinario" y "Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal" Primera y Segunda Parte. Este libro, segundo de la colección "Estudios de Derecho Penal" pretende también entregar al lector interesado en estas materias, una herramienta más para ampliar su conocimiento de temas específicos.

La prueba "jurídica" de la culpabilidad en el nuevo sistema penal

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Carlos Arturo Gómez Pavajeau



La prueba "jurídica" de la culpabilidad en el nuevo sistema penal

GIRO EDITORES



**CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU**  
PROFESOR DE DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO DE LA  
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

**LA PRUEBA "JURÍDICA" DE LA  
CULPABILIDAD EN EL NUEVO  
SISTEMA PENAL**

**Estudios de Derecho Penal III**  
**GIRO EDITORES LTDA**  
2005

## ***Dedicatoria***

*Un homenaje a JAIRO PARRA QUIJANO,  
Presidente del Instituto Iberoamericano  
de Derecho Procesal, quien en  
nuestra academia exploró por  
primera vez estos intrincados caminos*

© Carlos Arturo Gómez Pavajeau  
Primera Edición 2005  
ISBN: 958-9396-35-6  
Ilustración carátula : Giorgio Vasari

Prohibida la reproducción total o parcial  
sin permiso escrito del autor.

Diagramación e impresión:  
Giro Editores Ltda.  
E-mail : [giroeditores@etb.net.co](mailto:giroeditores@etb.net.co)  
Bogotá D.C.

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	13
INTRODUCCIÓN .....	19
A. AGNOSTICISMO Y GNOTICISMO EN MATERIA DE LA PRUEBA DE LA CULPABILIDAD .....	31
1.1. Agnosticismo absoluto .....	31
1.1.1. El significado de la confesión en la Edad Media .....	31
1.1.2. La indemostrabilidad de la libertad y el determinismo .....	34
1.1.3. Presunción del dolo en sus aspectos psicológico y valorativo.....	38
1.2. Agnosticismo relativo .....	42
1.2.1. Inversión de la carga de la prueba .....	42
1.2.2. El funcionalismo penal y la teoría probática de RAGUÉS I VALLÈS .....	44
1.2.2. La teoría probática de MICHELE TARUFFO .....	48
1.3. Gnosticismo .....	50

B. TEORÍAS SICOLÓGICA, SICOLÓGICA-NORMATIVA Y NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD .....	61
C. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA .....	73
D. LA NECESARIA E IMPRESCINDIBLE DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO Y COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA. SUS REPERCUSIONES EN LA PRUEBA .....	101
E. LA CONCEPCIÓN DEL HOMBRE POR LA ANTRPOLOGÍA FILOSÓFICA Y LA PRUEBA DE LA CULPABILIDAD.....	111
1. Generalidades y fundamentos .....	111
2. Constelación de indicios de culpabilidad.....	119
2.1. Indicios de aptitud .....	121
2.1.1. Fundamentos .....	121
2.1.2. Subconstelación de indicios de aptitud .....	122
a) El indicio de aptitud fisiológica cerebral que indica que el acto realizado es producto de una actividad interior que se corresponde con la exterior.....	122
b) El indicio de correspondencia de la actividad mental con lo exteriorizado en un ámbito de control	

que supera a los movimientos reflejos, pero que de alguna forma todavía, aunque no perteneciente al mundo consciente, se rige por una meta objetivada.....	124
c) El indicio de la realización objetiva a través de la cual se ha expresado un acto humano.....	126
d) Indicio de correspondencia entre el pensamiento abstracto, por lo tanto la capacidad de poner en práctica una “actividad previsor, planificada y mancomunada”, y lo finalmente realizado por el sujeto.....	127
2.2. Indicios de actitud.....	131
2.2.1. Fundamentos.....	131
2.2.2. Subconstelación de indicios de actitud.....	133
a) Indicios de la correspondencia actuación interna-comportamiento externo derivados del conocimiento del objeto.....	133
b) Indicio del móvil para llevar a cabo el comportamiento derivado de estados emotivos del sujeto.....	142
c) Indicios de los trazos objetivos del comportamiento, por su forma de manifestarse y la incidencia sobre el objeto en que recae, de los cuales se puede inferir su correspondencia interna.....	144

del mundo exterior, y la conducta se modifica a través de los resultados que avisan de vuelta.....170

e) Las conductas *per se* fraudulentas tienen como fin en sí mismas la apariencia de su verdad, por lo tanto del indicio del engaño se deriva el conocimiento del acto antijurídico.....172

3. Consideraciones finales.....174

BIBLIOGRAFIA.....178

2.3. Indicios de comprensión valorativa ..... 148

2.3.1. Fundamentos..... 148

2.3.2. Subconstelación de indicios de comprensión valorativa ..... 155

a) Indicio derivado de la consciencia del injusto material..... 156

b) Indicios que acreditan la capacidad del sujeto para comprender los alcances de la significación antijurídica formal de su acto..... 157

b1) Los adscritos al sujeto como tal..... 158

b2) Los relacionados con aspectos inherentes a la norma..... 160

b3) Los conocimientos demandados al sujeto por virtud del oficio, actividad o profesión..... 163

b4) Los relacionados con el proceso de socialización de la norma..... 164

b5) El comportamiento de los operadores jurídicos frente a la norma..... 165

c) Los actos espirituales tienen siempre su correlato fisiológico y psíquico, puesto que también extraen la energía necesaria para su actividad de la esfera de la vida impulsiva..... 169

d) La acción es entendida como un movimiento cíclico complejo que se conecta a través de las cosas

## PRESENTACIÓN

¿Cuántas veces hemos observado en las providencias judiciales que declaran la responsabilidad penal el poco análisis que merece el concepto de culpabilidad? Pareciese que la prueba de los hechos resulta suficiente para decidir sobre todos los elementos que encierra la conducta punible a tal punto que los operadores judiciales se satisfacen con despachar en dos renglones el tema del dolo o la culpa sin mayores reflexiones. Sin embargo, el campo de la culpabilidad es uno de los que más ha merecido la dedicación de los penalistas contemporáneos, pues justamente un derecho penal digno de llamarse derecho penal de 'culpa' no puede tomar como mera pasantía la culpabilidad y sus implicaciones.

Desde que FRANK y FREUDENTHAL se enfrentaron a las concepciones psicologistas agregando las nociones de reprochabilidad (conocer o deber de conocer las circunstancias del hecho) y 'deber actuar de otra forma', dando origen a la



teoría normativa de la culpabilidad, el derecho penal ha sufrido una constante transformación. De ahí que, con posterioridad a la noción normativa de la culpabilidad, la creación de un sistema de teoría del delito no pudo abandonar el problema de la 'conciencia del injusto' como presupuesto de la punibilidad. Incluso la historia del concepto muestra que sus cultores modernos, con KAUFMANN a la cabeza, empezaron por aceptar una noción obvia de la culpabilidad sin llegar a problematizar sus presupuestos, para pasar luego a predicar toda una crisis del derecho penal en los años setenta como consecuencia de la ausencia de una fundamentación sólida sobre el significado práctico de la culpabilidad y por supuesto de la demostración del dolo o la culpa. Fueron los años en los que un sociologismo y antropologismo mal comprendidos pretendieron llenar el lugar de la dogmática en nombre de una criminología que encontró un caldo de cultivo perfecto para desechar el tema de la culpabilidad como eje central del derecho penal.

Desde entonces la teoría del principio de culpabilidad se ha afinado. Es más, la fundamentación de un derecho penal de culpa ha obligado a la exégesis a dedicarse con mayor

precisión al tema y aún así los problemas subsisten. Por esa razón la lectura de esta monografía se presenta como una contribución digna de tenerse en cuenta, toda vez que el profesor GÓMEZ, como ya es costumbre en sus publicaciones, asume el tema en los puntos complejos de la discusión. En este caso la prueba jurídica de la culpabilidad. Pero para hacer más valiosa la lectura el autor nos ofrece esa ya de por sí problemática visión con relación a lo que en nuestro medio se ha dado en llamar sistema procesal acusatorio.

En efecto, el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, construye su posición desde el marco de la prueba y para ello recurre a los problemas básicos de demostración jurídica de la culpabilidad observando que tanto ha podido avanzar la ciencia empírica y la jurídica frente al problema para no caer en atribuciones arbitrarias de culpabilidad. El resultado de esa aproximación acaso nos permita volver a mirar en sus justas dimensiones la posición de quienes reconocen que la libertad de la voluntad sobrepasa nuestro conocimiento empírico y por lo tanto el derecho penal llega únicamente a percibir si el autor en situación concreta obedece al llamado intrínseco de una norma y tiene posibilidad de

determinarse con arreglo a fines y la posición de los más modernos que guiados por el funcionalismo han encontrado en la reconstrucción del sentido social de la acción la posibilidad de desmitificar la prueba de la conciencia del injusto.

Ahora bien, si en alguna parte tiene sentido esa discusión es justamente en el proceso penal. Y valga aquí la aclaración a propósito de todos los cultores del pragmatismo ciego, que se han aventurado a vaticinar el fin de la dogmática penal debido a la importación de estructuras acusatorias. Si en algo enriquece la discusión colombiana este texto es precisamente en demostrar que esas estructuras requirieren un conocimiento mucho más afinado de la dogmática penal. Agreguemos a eso que en un proceso cuyo eje fundamental es la prueba, el juez no puede hacer atribuciones de responsabilidad sin reconocer que el sistema de convicción actual es mucho más exigente que el de la llamada 'certeza', por aquello que se refiere a la decisión más allá de la duda razonable. Nuestro autor se esfuerza justamente en darle al interprete y al juez un grupo de reglas para apreciar el indicio en el contexto de la dogmática punitiva y en el

contexto del proceso penal. La valoración objetiva del conocimiento sobre la ilicitud por parte de un autor en mucho depende de pruebas circunstanciales y si se pretende continuar (como parece inevitable) con las importaciones del derecho anglosajón para poder predicar decisiones más allá de la duda razonable, pronto estaremos hablando de conocimiento efectivo, ignorancia deliberada, probabilidad de realización o verificación de evitabilidad, categorías estas con las que se han solucionado en buena parte, aunque no satisfactoriamente, las exigencias sobre el problema del *mens rea* en los procedimientos penales de orden anglosajón.

Una virtud adicional tiene esta monografía, la cual se puede resumir en el hecho de que el lector puede encontrar una beta de tesis sugestivas que se pueden explotar para futuras investigaciones. Pensar en problemas tan complejos como el de la valoración probatoria en el sistema continental y el sistema anglosajón por las exigencias de cada estructura de derecho penal, sería de mucho interés. En suma, saludamos este aporte intelectual no como una monografía más, sino como un texto que

responde a lo que reclama la discusión de hoy, esto es, una nueva relación entre dogmática penal y proceso penal a la que el Doctor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU le presta un gran favor con la presente investigación.

Oscar Julian Guerrero Peralta

## INTRODUCCIÓN

“Las emociones o estados emocionales son fenómenos que no existen en el mundo externo, son absolutamente internos y, de no ser por la motricidad, permanecerían completamente ocultos a observadores externos. Sólo por la expresión del *patrón de acción fijo* liberado, podemos inferir cuál es la emoción que lo generó”. “Da la impresión de que la abstracción buscara acoplar lo interno con lo externo”<sup>1</sup>.

Todas las ciencias y disciplinas se rigen por parámetros objetivos que encauzan su desenvolvimiento y el desempeño de quienes las usan. Al interior de su ámbito necesariamente debe existir un acuerdo, expreso o tácito, de cuáles son las reglas y presupuestos sobre los que se obra, sin que pueda afirmarse que las mismas cobijen de una manera general-generalizada a todas las ciencias y disciplinas.

---

<sup>1</sup> LLINÁS RODOLFO. El cerebro y el mito del yo. Bogotá, Editorial Norma, 2003, pp. 264 y 275.

Muchas de ellas tienen como soporte de su existencia y dinámica, por demás también de su actualización, la determinación de la verdad. Pero la verdad en todas ellas no se construye sobre unos mismos fundamentos y presupuestos, dada la diferente naturaleza de las cosas que las gobiernan.

No obstante, tal verdad, al interior de todas las ciencias y disciplinas, no puede identificarse con la certeza, esto es, con la correspondencia absoluta entre lo que es y aquello que se conceptúa sobre ello<sup>2</sup>.

La verdad religiosa no es igual a la verdad histórica y la verdad en las ciencias exactas no es igual a la verdad pregonada en las ciencias sociales. De todos modos, la doctrina moderna pregona para el proceso y cualquier otro contexto una verdad relativa y no existen en el proceso ni fuera de él “verdades absolutas”, de todos modos no intercambiables entre las diferentes disciplinas<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Muy ilustrativo por la profundidad con la que se aborda el tema TARUFFO MICHELE. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002, pp. 45 y ss. Sobre la verdad, certeza y convencimiento ORTIZ RODRÍGUEZ ALFONSO. Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las pruebas en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Medellín, Impresos Baena Garcés, 1987, pp. 41 a 47.

<sup>3</sup> TARUFFO, ob.cit, pp. 74 y 75.

La afirmación de la verdad depende de un estatus objetivo conceptualizado a partir de la común opinión de quienes interaccionan al interior de cada una de ellas.

Tal criterio objetivo es el que debe operar en el proceso penal, al señalar el artículo 5 del C. de P.P. que el juez debe establecer con “objetividad la verdad”. No es la verdad ontológica<sup>4</sup> de la que se ocupa el proceso penal, toda vez que la prueba tiene “por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de

---

<sup>4</sup> La doctrina precisa que el juez, ante las diferentes hipótesis formuladas por las partes, acoge “*la más probable*”, toda vez que la “historia humana resulta menos gnoseológicamente segura que la natural”; CORDERO FRANCO. Procedimiento Penal Tomo II. Bogotá, Temis, 2000, p. 7. El convencimiento absoluto, esto es, lo que se correspondería con la verdad ontológica que aquí rechazamos, ha sido considerado por la doctrina como no apto para ser utilizado en el proceso judicial: “el concepto de lo *absoluto* no tiene cabida dentro de una línea de pensamiento racional, puesto que toda la fenomenología objetiva y subjetiva se halla sujeta a un permanente movimiento desigual de progreso y retroceso, en el seno del cual nada es estable ni permanente y todo es transitorio y momentáneo ... No se pretende ni *la seguridad absoluta* ni la condición de infalibilidad a que pudiera haber arribado el juez que dice estar *plenamente convencido* o tener *certeza absoluta* acerca de la existencia o inexistencia de un hecho determinado”; LÓPEZ MIRÓ HORACIO. Probar o sucumbir: Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del *onus probandi*. Buenos Aires, Habelledo-Perrot, 1998, pp. 59 y 60.

duda razonable” respecto de los hechos (artículo 372 ibídem), tal como se ratifica en el 381 siguiente; fórmula muy arraigada en la más excelsa doctrina de la prueba, toda vez que, ya desde 1834 MITTERMAIER, al tratar de la prueba de indicios como apta para proférer condena, requería que no debía *dejar lugar a una duda razonable*<sup>5</sup>.

La verdad del proceso penal tiene que ver con la ocurrencia de unos hechos preféritos y no sólo carga con la dificultad de toda reconstrucción histórica, sino también con la más difícil de todas: la determinación del suceso interno sufrido por el individuo que ha infringido la norma penal, en aras de proceder a emitir un juicio que pueda conllevar a un reproche de tal índole.

Dicha dificultad la padecen los jueces penales, pero también los civiles, laborales y administrativos. Piénsese en la acreditación de la figura civil de la simulación, de la laboral del contrato realidad y de la administrativa del desvío de poder<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> MITTERMAIER C.J.A. Tratado de la prueba en materia criminal. Madrid, Editorial Reus S.A., 1979, p. 402.

<sup>6</sup> La doctrina señala la necesidad de acudir a la prueba indiciaria cuando se trate de acreditar “las intenciones, el ánimo de fraude, de simulación, de consentimiento tácito”; ROCHA ALVIRA ANTONIO. De la prueba en derecho, Tomo I. Bogotá, Ediciones

En todas ellas se enarbola la subjetividad como tema probatorio y tanto la inteligencia como la razón de los jueces son convocadas al reto de la acreditación de elementos de naturaleza subjetiva.

Pero también otros profesionales son convocados a interpretar sucesos externos vinculados con la actividad subjetiva del hombre, tal como sucede con quienes se dedican a la neurociencia y a la antropología filosófica.

Deducir actos internos a partir de la observación del comportamiento exteriorizado es un verdadero reto, muy especialmente cuando el mismo trata de captar la fisiología cerebral. No obstante, la neurociencia no se rinde y avanza en el estudio más complejo sobre la actividad mental del hombre, mostrándose nuestro compatriota RODOLFO LLINÁS como un verdadero y excelso maestro en el manejo de la prueba indiciaria, de allí que hayamos escogido algunos de sus juicios como un propósito válido para ilustrar un problema que por complejo no se convierte en imposible o inaccesible, pues nótese bien cómo, el juicio ilustrado, apunta a

Lerner, 1967, p. 624. En materia penal ello es evidente en REYES ALVARADO YESID. La prueba indiciaria. Bogotá, Ediciones “Reyes Echandía Abogados Ltda.”, 1989, pp. 4 y 5.

la inferencia de una emoción, lo cual es más difícil de determinar que la de una finalidad.

También lo hacen los representantes de la antropología filosófica, quienes, por demás, no sólo interpretan la actividad mental de los hombres de carne y hueso, sino también la de quienes en una época lo fueron y hoy de ellos sólo tenemos lo último y sus herramientas. La prueba indiciaria también en tal ámbito tiene un soporte necesario e indefectible, a partir de la cual se aprende sobre la subjetividad en el transcurso de la evolución humana:

HAEFFNER afirma que los antropólogos filósofos, al tratar sobre el comportamiento humano, “aprenden a pensar en qué dirección se están moviendo al vivir y al pensar: en unas determinadas condiciones, que no pueden llamar a engaño aunque son contingentes, que determinan internamente su vida y pensamiento”<sup>7</sup>.

Con la revolución impuesta al conocimiento por los avances de la genética, un nuevo panorama sobre el tópico estudiado se abre, habida cuenta que la

---

<sup>7</sup> HAEFFNER GERD. Antropología filosófica. Barcelona, Editorial Herder, 1986, p. 53.

cientificidad más rigurosa penetra a la antropología filosófica y a la filosofía misma, pues se constata por la neurociencia que actividades psíquicas como el pensamiento, emociones, valoraciones y el sentido moral del hombre “son hechos cerebrales, susceptibles por lo demás de constatación empírica”, tal como lo afirma el neurofisiólogo JEAN PIERRE CHANGÉUX, quien plásticamente describe tal fenómeno como la “*encarnación del espíritu*”<sup>8</sup>.

Además del diletantismo que imponen las diferentes teorías penales sobre la conceptualización del objeto a demostrar en el ámbito de los elementos subjetivos del delito, se suma la dificultad en la acreditación por la especial naturaleza del objeto de demostración, contingencias a salvar y ejercicio de deducción e inferencia, aspectos estos últimos que asimilan la labor del juez penal, cuando así oficia, con la de los representantes de la neurociencia y la antropología filosófica. No obstante, si el operador jurídico penal aprovecha y respeta los parámetros como las reglas objetivas que cada uno de dichos círculos comunitarios ha establecido a través de la

---

<sup>8</sup> Cfr. GONZÁLEZ VALENZUELA JULIANA. Genoma humano y dignidad humana. Barcelona, Anthropos, 2005, p. 77.

interacción profesional, los resultados pueden ser óptimos muy a pesar de los errores en que se puedan incurrir como sucede en toda labor humana.

Pero sin duda alguna, si las enseñanzas y resultados de unas y otras disciplinas los utilizamos convergentemente en el ámbito de la prueba judicial de la culpabilidad<sup>9</sup>, no sólo podemos obtener un método que nos suministra un mayor grado de objetividad en la búsqueda de la verdad, sino que neurociencia y antropología filosófica –que por demás se nutre de muchas otras ciencias y disciplinas- servirán como tutores en el control de los juicios de deducción e inferencia, evitando al máximo la filtración siempre posible y muy evocada de criterios meramente personales o intuitivos, no pocas veces caprichosos y arbitrarios, de los jueces penales<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Se afirma por la más moderna doctrina de la prueba que “es posible recuperar una noción de verdad procesal vinculada a las nociones extraprocesales de verdad, precisamente en función de la analogía o de la coincidencia parcial entre los respectivos contextos”, por tanto es viable “considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial”; TARUFFO, ob.cit, p. 77.

<sup>10</sup> En nuestro medio resulta significativa la preocupación por elevar a estándares objetivos el manejo de la prueba indiciaria tal como lo demanda la Carta Política: PARRA QUIJANO JAIRO.

Los principios rectores del C. de P.P. ponen a salvo, a través de algunos imperativos, la objetividad requerida en el juez al valorar la prueba. Ya se vio el contenido del artículo 5, pero, respecto de lo últimamente afirmado, se tiene que el juez debe someterse en su actividad procesal a criterios de *ponderación y corrección* (artículo 27 *ibídem*).

En tal sentido, pues, nos referimos a una *prueba jurídica de la culpabilidad*, no ontológicamente entendida, pero sí lo suficientemente alejada del subjetivismo y capricho del funcionario judicial.

Como afirma QUINTERO OLIVARES “los penalistas a veces olvidamos que nuestros conceptos han de ser después susceptibles de prueba en un proceso público y objetivo”, tropezándose en él con graves dificultades prácticas cuando se trata de

---

“Presunción de inocencia” en *Derecho Penal y Criminología Nos. 54/55*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 26 y ss. La confiabilidad en la prueba indiciaria marchará pareja con los conocimientos científicos, en la medida en que “le permitan al hombre contar con mayores y mejores reglas de experiencia que le faciliten encontrar la relación existente entre los hechos conocido y desconocido”; REYES ALVARADO, ob.cit, p. 3.

demostrar "10 que reside en el interior de la mente de cada sujeto"<sup>11</sup>.

Tal desafecto por la practicabilidad de la dogmática<sup>12</sup> nos lleva a repetir historias ya superadas, toda vez que el remedio no se busca en el establecimiento de una concordancia teórica y práctica de los institutos penales<sup>13</sup>, sino que se instituyen mecanismos perversos compatibles sólo

<sup>11</sup> QUINTERO OLIVARES GONZALO. Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles. Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 162 a 164. Ya desde antes se había dicho contundentemente que "el proceder dogmático debe en todo momento ser consciente que los conceptos jurídico-subjetivos a los que se llegue han de posibilitar a los jueces un tratamiento adecuado a la realidad". DIEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas. Valencia, Tirant lo blanch, 1990,

<sup>12</sup> No puede soslayarse, por ningún motivo, una de las ideas subyacentes en la construcción normativa del Código Penal de 2000, suficientemente explicitada como la tendencia a ocuparse de una "dogmática practicable", alejada del laboratorio teórico de los penalistas de clastro, como la hemos expuesto en el "Primer Estudio" de GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Primera Parte. Bogotá, Giro Editores, 2005.

<sup>13</sup> La mejor doctrina señala que "cuando se parte de una visión de la dogmática penal como disciplina práctica, la aplicabilidad de los conceptos y definiciones es una premisa que debe ser tenida en cuenta en el momento mismo de la elaboración dogmática,

con regímenes políticos autoritarios que van desde la postulación de una responsabilidad objetiva hasta la consagración de presunciones de derecho sobre tópicos cruciales en la labor judicial<sup>14</sup>, pasando por la intermedia de la inversión de la carga de la prueba, a costa del imputado en el proceso penal.

Pero ello no obsta para que los esfuerzos por sostener la acreditación de la culpabilidad se sigan efectuando, explorando diferentes caminos, en búsqueda de un consenso propicio y propio en el ámbito de la comunidad jurídico-penal.

En consecuencia este trabajo persigue los siguientes objetivos:

a) Demostrar la imposibilidad de prescindir en el proceso penal de la prueba por indicios;

b) Demostrar la posibilidad de acreditar la culpabilidad por medio de la prueba de indicios;

<sup>14</sup> siempre que no quiera convertirse esta tarea en una labor meramente *teórica*"; RAGÜÉS I VALLÈS RAMÓN. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 18.

<sup>14</sup> Tal lo que sucedió por siglos y siglos respecto de la no relevancia del error de derecho y por supuesto la presunción irrefutable sobre su conocimiento. Al respecto por todos COSTA JOAQUÍN. La ignorancia del derecho. Buenos Aires, Editorial Partenón, 1945.



## A. AGNOSTICISMO Y GNOTICISMO EN MATERIA DE LA PRUEBA DE LA CULPABILIDAD

c) Intentar sistematizar los indicios de acreditación de la culpabilidad, puesto que, si bien en nuestro medio existen excelentes obras que abordan la prueba indiciaria y efectúan importantes clasificaciones de los indicios que importan al proceso penal<sup>15</sup>, las mismas siempre están referidas a los llamados indicios de autoría y/o participación, entre los cuales se mezclan los de culpabilidad, lo cual, en nuestro sentir, sin ser la intención de tan valiosos como impercederos trabajos, puede llevarnos a una nueva forma de presunción de la culpabilidad por la mecánica procesal y la praxis judicial al utilizar dichas tesis, que tienden universalmente a dar por acreditada la culpabilidad una vez se encuentre demostrada la autoría o la participación<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sólo por mencionar algunas tenemos: IRRAGORI DÍEZ BENJAMÍN. Curso de pruebas penales. Bogotá, Temis, 1983, pp. 58 y 59; ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, pp. 210 y ss; ARENAS SALAZAR JORGE. Crítica del indicio en materia penal. Bogotá, Temis, 1988, pp. 67 y ss; REYES ALVARADO, ob.cit, pp. 244 y ss y PARRA QUIJANO JAIRO. "Indicios y presunciones" en *Tratado de la Prueba Judicial Tomo IV*. Bogotá, Librería del Profesional, 1990, pp. 49 y ss.

<sup>16</sup> Ello podría tener ocurrencia sino se distingue bien respecto de los planteamientos que efectúa PARRA QUIJANO, Indicios y presunciones, ob.cit, p. 55, respecto del indicio de coartada, sobre el cual razona, respecto de la inferencia, que "no resulta normal que una persona que no ha cometido un delito cree una falsa coartada", calificándolo de *indicio de culpabilidad*, cuando, es evidente, que es un indicio pero de autoría.

Existen innumerables posiciones en torno a la prueba de la culpabilidad en materia penal, tantas como autores se han ocupado del tema, empero, si intentáramos describir las grandes líneas legales y doctrinarias en torno al punto, podríamos resumirlas en dos grandes sectores: aquellos que no creen posible tal acreditación y los que afirman dicha posibilidad.

### 1.1. Agnosticismo absoluto

Los agnósticos absolutos piensan que no existe posibilidad alguna de acreditar la culpabilidad y por lo tanto, a pesar de afirmar la demanda de un aspecto subjetivo en el ámbito sustancial del delito, buscan remedios —o más bien remedos— procesales.

#### 1.1.1. El significado de la confesión en la Edad Media

La Edad Media, cima y clímax del cristianismo politizado, entendió que el delito se debatía en una suerte de mezcla entre lo moral y lo jurídico,

adoptando como definitivo para la configuración del mismo una idea de injusto soportado en el desvalor de pensamiento al margen del comportamiento externo<sup>17</sup>.

Muy certteramente se ha dicho, como una respuesta lógica a tal demanda material del *ius puniendi*, precisamente por uno de los medievalistas más importantes, que “*la Edad Media inventará el examen de conciencia*”<sup>18</sup>.

Desvalor de pensamiento como instituto sustancial y examen de conciencia como demanda procesal para su satisfacción conllevarán a la necesidad de constituir un mecanismo apto para auscultar lo más recóndito de la conciencia del individuo.

La confesión se constituyó en la prueba reina, necesaria e indefectible, que conducía a la demostración de la actitud interna, toda vez que, como dice LE GOFF, al invadirse un espacio interior del individuo reservado a la psicología y al

psicoanálisis, era la única que resultaba apta y adecuada para la demostración de “*las intenciones que conducen al acto*”<sup>19</sup>, independientemente, e incluso, muy a pesar de la falta de acto.

No existía prueba de otro orden que pudiera acreditar la actitud interior del individuo y por lo mismo, primero mediante la tortura y después bajo la ratificación supuestamente libre, se llegaba a la confesión. Quien vive los procesos psíquicos, especialmente cuando los mismos no se traducen en comportamientos externos, es el único que puede dar cuenta de ellos.

No era la prueba pues, en sentido jurídico, lo que acreditaba el desvalor del pensamiento, sino un acto de compelimiento material que reducía al hombre a su mínima expresión material, anulando su espíritu y por tanto falseando en muchas ocasiones la genuinidad de la correspondencia entre el estado del espíritu y lo expresado.

Lo anterior era de ocurrencia principalmente en los llamados pecados nefandos, empero, las técnicas de investigación y procesales de la inquisición invadirían los procesos de contenidos más

<sup>17</sup> Para el efecto consultar GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Derecho Penal y Edad Media. Bogotá, Giro Editores Ltda., 2004.

<sup>18</sup> LE GOFF JACQUES. En busca de la Edad Media. Paidós, Barcelona, 2003, p. 124.

<sup>19</sup> LE GOFF, ob.cit. p. 58.

mundanos, por lo que también en ellos, la contaminación de la fuerza material iría a desvirtuar los procesos de obtención de la verdad.

De todos modos, en el sector de los delitos menos graves desde el punto de vista ideológico, aquellos que no obligaban en consciencia, por tanto los que de algún modo se hallaban más al margen de la teología, si bien también habían sido impregnados por la exigencia moral y de allí por la demanda de un elemento subjetivo, el dolo se presumía y correspondía al acusado desvirtuarlo; de todos modos, si ello ocurría, caía en la imputación por culpa, que también le correspondía refutarla.

1.1.2. La indemostrabilidad de la libertad y el determinismo

La tradición judeocristiana en su más pura doctrina y teología defendió la idea de libertad del comportamiento en abstracto, aun cuando, por virtud de mecanismos dirigidos al control personal y social del ser humano, se terminara de algún modo aceptando el providencialismo.

La caída del Antiguo Régimen revivió la idea de la libertad como esencial y consustancial al ser

humano, soporte del Estado Liberal antropocentrista, la cual fue posteriormente refutada con el advenimiento del llamado *positivismo científico*, movimiento que desdeñó de todo aquello que tuviera sabor a metafísica. Allí en el centro de los cuestionamientos estuvo presente la idea abstracta de libertad humana, pregonándose su indemostrabilidad en la medida en que no era verificable empíricamente y carecía de aptitud para ser reducida a las leyes de la naturaleza; por el contrario, lo que sí recibía dicha santificación era la idea de no libertad, de la determinación biológica o social del comportamiento del hombre.

El positivismo criminológico, pero especialmente el liderado por FERRI, pregonó una suerte de condicionamientos fisiológicos y psíquicos en el individuo que decretaban una determinación en el camino delictivo del sujeto delincuente<sup>20</sup>.

Así se entendió que la culpabilidad debía ser desterrada del derecho penal y reemplazada por la idea de peligrosidad.

---

<sup>20</sup> FERRI ENRIQUE. Estudios de antropología criminal. Madrid, La España Moderna, p. 106.

Por otro lado, las ciencias empíricas daban cuenta de la imposibilidad de acreditar los fenómenos psicológicos, entendiéndose los mismos como indemostrables científicamente<sup>21</sup> o al menos como no posibles de ser constatados fidedignamente, de tal modo que apenas tendrían un valor simbólico y en últimas la opinión de los peritos sólo podría ser valorada dentro del ámbito de la prueba indiciaria<sup>22</sup>.

No obstante lo anterior, si se diera por viable la posibilidad de demostrar la culpabilidad y concretamente el dolo en el ámbito de las ciencias empíricas a través de la prueba pericial, de todos modos es algo que se descarta a nivel general por razones también prácticas y legales.

En primer lugar por cuanto, como lo acepta la doctrina, las ciencias empíricas como la psicología y la psiquiatría no sólo requieren de un muy alto grado de colaboración del procesado, lo cual no es posible obtener en la práctica, sino también el estado de las mismas no está en condiciones de aportar

---

<sup>21</sup> Da cuenta de ello y para efecto de la culpabilidad DÍAZ-ARANDA ENRIQUE. Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. México, Editorial Porrúa, 2002, p. 140 y 141.

<sup>22</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 223, 230 y 231.

“respuestas ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno”<sup>23</sup>.

En segundo lugar, una tal demostración implicaría dejar en manos del perito prácticamente el pronunciamiento sobre la responsabilidad, lo cual se encuentra prohibido tradicionalmente por los códigos procesales (artículo 251 inciso 6° del C. de P.P. de 2000). También así debe entenderse en el ámbito de la ley 906 de 2004, puesto que si el perito se encuentra impedido para referirse a la “inimputabilidad del acusado”, es obvio entender que también respecto de la culpabilidad y responsabilidad (artículo 421), toda vez que sólo le atañe conocer de aquello cuyo conocimiento es ajeno al juez, como son los temas científicos, técnicos, artísticos o especializados” (artículo 405).

Los estudios más recientes sobre el genoma humano coinciden en afirmar, como atributo humano, el libre albedrío, la libertad de actuar, haciéndose descansar tal dogma en la especialidad del cerebro humano, a partir de lo cual se afirma que la conducta humana se explica tanto a partir de los genes como

---

<sup>23</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 222 y ss. Especialmente p. 273.

de la experiencia, por lo tanto a partir de dos grandes fuerzas determinantes: la naturaleza y la cultura (integrando ésta la historia, la sociedad, etc.). El ser humano se caracteriza por un pensamiento racional, sistemático y organizado, regido bajo la gran paradoja de un ser “que lleva en sí la tensión de los contrarios: poder ser o no ser”; esto es, su condición genética lo condiciona para “auto-regularse, auto-crearse”, para ser humano e inhumano, para negarse o autoafirmarse de “ilimitadas y nunca predeterminadas maneras”. Fines, valores y deontología también hacen parte de su ser<sup>24</sup>.

### 1.1.3. Presunción del dolo en sus aspectos psicológico y valorativo

Ante la posibilidad de abrir compuertas a la impunidad todas las sociedades históricamente han construido ficciones en torno al conocimiento demandado para imputar subjetivamente un hecho ya atribuido objetivamente a un sujeto. Tales ficciones, más que en razones gnoseológicas o de justicia, se fundan en el poder legisferante, en el más crudo positivismo jurídico, en la omnipotencia del legislador.

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, pp. 95 a 105.

En palabras de COSTA, se encarna en una “presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”. Tal procedimiento, en sus sabias palabras, no es más que “una cómoda ficción a la que se recurre imposibilitados los juristas de buscar una forma mejor atemperada a la realidad”<sup>25</sup>.

ARISTÓTELES decía en la antigua Grecia que la ignorancia de la ley sólo excusaba en la medida en que la misma “no le sea imputable” al sujeto, esto es, cuando “el delincuente es responsable de su ignorancia” no le es dable excusarse. Así pues, los legisladores castigan a los delinquentes que ignoran algún precepto contenido en las leyes, si era obligatorio y no difícil conocerlo; y así en las demás cosas que parece que por negligencia se ignoran, puesto que de los culpables dependía no ignorarlas y eran dueños de haber puesto diligencia en saberlas<sup>26</sup>. En fin pues, la ignorancia de la ley sólo excusaba en la medida en que fuera exenta de culpa.

---

<sup>25</sup> COSTA, ob.cit, pp. 41 y 59.

<sup>26</sup> ARISTÓTELES. Ética nicomaquea, Libro III, Capítulo V. Bogotá, Ediciones Universales, 1987, p. 61.

En la Roma antigua se dice comúnmente que se instituyó la prohibición del reconocimiento de la ignorancia de la ley, empero, estudiosos del tema como CORRAL TALCIANI<sup>27</sup>, afirman que no tenía el rigor que se le asigna; y sólo cubría lo pertinente al de derecho pero no al de hecho. Precisa que sí se le otorgaba relevancia excusante al de derecho, sólo que la misma dependía en alto grado de la “negligencia” que significara la ignorancia de la ley. Esto es, la ignorancia de la ley tenía efectos excusantes siempre y cuando no fuera producto o resultado de una “negligencia culpable” y que pudiera ser entendido como *probabilis error*, pero especialmente teniendo en cuenta ciertas personas como los menores, las mujeres, los rústicos (“gente de campo, cuya simpleza y falta de cultura fueran notorias”) y los soldados, lo cual evolucionaba al compás de los cambios sociales como el incremento de la población y la extensión de los territorios, incluso alimentándose de la dureza de la legislación impuesta por regímenes dictatoriales, luego de fenecida la época de la Roma Clásica, pues la

<sup>27</sup> CORRAL TALCIANI HERNÁN FELIPE. De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 16 y ss, especialmente p. 29.

prohibición de adjudicar efectos enervantes o exculpatorios a la ignorancia de la ley tiene lugar en el año 381 d.C., por obra de un Edicto de Valentiniano y Teodosio, recogido posteriormente en el Código de Teodosio del 438 y en las recopilaciones de Justiniano y el Digesto.

El Derecho Canónico introdujo la idea de refractariedad a la admisión del reconocimiento del error de derecho<sup>28</sup> y el derecho procesal siguió sosteniendo el prejuicio romano de la época dictatorial del *error iuris nocet*.

Es así como se instituyó, sin fórmula de excusa, que: a) “A nadie le es permitido ignorar las leyes: *nemine jus ignorare licet*”; y, b) “Se presume que todos las conocen, por lo cual, aunque alguno las ignore le obligan como si no las ignorara: *nemo ius ignorare censetur*; *ignorantia legis nemini excusat*”<sup>29</sup>.

La defensa social, como égida del derecho penal propiciado por la Escuela Positiva liderada por

<sup>28</sup> FELIPI SABORIT DAVID. Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal. Barcelona, Atelier, 2000, p. 31.

<sup>29</sup> Cfr. COSTA, ob.cit, p. 40.

FERRI, pregonó, en nuestro medio, que admitir que al Estado correspondía demostrar el dolo era dejar desprotegida a la sociedad. Se trataba del aspecto psicológico del dolo, sin involucrar conciencia de la antijuridicidad, puesto que la referencia era a un *dolo genérico*: “la prueba del dolo es sumamente difícil” y, de adosarse su carga al Estado, “la impunidad establecería su funesto imperio, con la consiguiente ruina para el grupo social”, de allí que, los “jueces dan por probado el dolo a pesar de que no exista en el proceso la plena prueba de él”<sup>30</sup>.

## 1.2. Agnosticismo relativo

En este aparte se involucran posiciones que no rechazan del todo la posibilidad de acreditar parte de los aspectos subjetivos del delito, concentrando tal tarea en aspectos más específicos de su totalidad o a través de la inversión de la carga de la prueba.

### 1.2.1. Inversión de la carga de la prueba

El Tribunal Supremo Español, por sentencia de septiembre 23 de 1993, señaló que “quien pretenda

<sup>30</sup> CABAL CARLOS ARTURO. El dolo penal y su prueba. Bogotá, Biblioteca Escuela de Policía “General Santander” Volumen IX, 1947, pp. 62 a 65.

la exculpación habrá de acreditar y probar su pretensión”. Así, ratificando tal orientación por sentencia del día 30 del mismo mes y año, señalaría que las causas de exculpación tienen naturaleza excepcional en tanto “presumir la inculpabilidad sería invertir el carácter imperativo de las normas” y bien se sabe que “es norma común de la experiencia que el común de las personas obran sabiendo lo que hacen”<sup>31</sup>.

Tal inversión de la carga de la prueba también aparece sugerida respecto de la comprobación del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, pues los tribunales europeos, especialmente el Supremo español, que entienden que “todo elemento que integra la culpabilidad queda fuera del ámbito de la presunción de inocencia” y, en consecuencia, “todo ciudadano es consciente de la antijuridicidad de su obrar mientras no se demuestre lo contrario”<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Citadas por NIETO MARTÍN ADÁN. El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona, Atelier, 1999, pp. 21 y 49.

<sup>32</sup> Cfr. FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 193.

## 1.2.2. El funcionalismo penal y la teoría probática de RAGÜÉS I VALLÈS

Se ha venido considerando que no resulta posible “indagar un hipotético conocimiento psíquico” del sujeto en el ámbito del derecho penal y que resulta prácticamente un imposible probar “que el autor *querria la realización del hecho*”; a lo cual se suma la gran dificultad, por la variedad de las teorías, de precisar el contenido y límites de los elementos de naturaleza psíquica<sup>33</sup>.

Tal corriente doctrinaria ha propiciado lo que hoy es una tendencia muy extendida, consistente en la implementación de un “proceso de reducción o disolución de la necesidad de comprobar el componente volitivo” del delito, conocido como soluciones normativizadoras. En tal proceso se busca reemplazar el contenido de dichas categorías dogmáticas “por explicaciones que sean más susceptibles de comprobación o suposición razonable”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES JAVIER. Atribuciones normativistas en derecho penal. Lima, Editora Jurídica Grifley, 2004, pp. 68 y 69.

<sup>34</sup> QUINTERO OLIVARES, ob.cit, pp. 161 y 165.

En materia probatoria el gran intento de poner en funcionamiento teoría y praxis dentro de este movimiento lo encabeza RAGÜÉS I VALLÈS, particularmente en el ámbito del dolo, entendido desde una perspectiva cognitiva, comprendiendo que lo importante para el proceso penal no son las realidades psicológicas sino la significación social del comportamiento, en consecuencia, “*las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo*”, toda vez que las “*preteritas realidades psicológicas*” no pueden ser “*reconstruidas de un modo fidedigno*”<sup>35</sup>.

Debe pues partirse del sentido social de la acción, el cual, fundado en las características externas y perceptibles de la conducta, “*valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal*”—dolo—una conducta concreta. Lo anterior tiene su fundamento social en el entendido que “*en la medida en que todo sujeto es miembro de la sociedad, por regla general conoce los criterios con que socialmente se valoran las conductas de las personas y, por tanto, a menudo está en condiciones*

<sup>35</sup> RAGÜÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 275 y 291. En contra, citado por el mismo autor, FERRAJOLI, p. 294.



de evitar que sus propias conductas se interpreten de una manera tal que interpretación y realidad no coincidan”, lo cual se logra con un “grado generalizado de consenso”: “sólo se deben atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos”<sup>36</sup>.

Así las cosas, las ciencias empíricas “no deben desempeñar papel alguno en el ámbito de la determinación procesal del conocimiento, al menos mientras no cambien las valoraciones de la sociedad respecto a las capacidades de tales ciencias”, por tanto, psicología y psiquiatría apenas pueden ejercer un papel indirecto en tal labor, concretado a la función de reducir los riesgos de instrumentalización del sujeto en la atribución del conocimiento<sup>37</sup>.

En consecuencia el papel que las reglas de experiencia cumplen en el ámbito de la prueba por indicios tiene una perspectiva de control social: que ella “resulte conforme al sentido social y, en tal

<sup>36</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 324, 329 y 333.

<sup>37</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 334.

medida, sea previsible para los ciudadanos”, evitando la subjetividad y la arbitrariedad individual. Lo anterior requiere la labor de fijación en un plano teórico de “reglas de experiencia con validez general”, en aras de obtener una “progresiva consolidación de máximas de experiencia”<sup>38</sup>.

Si bien la concepción funcionalista del derecho penal esbozada por JAKOBS, y en la cual en gran medida se apoya RAGUÉS I VALLÈS para la construcción de la teoría brevemente expuesta, ha recibido duras críticas<sup>39</sup>, muy especialmente por su visión sobre la culpabilidad-prevención general, en tanto de manera general se afirma que se “produce una pérdida de valor del individuo a favor de la colectividad o del grupo”<sup>40</sup>, no puede desconocerse la significativa importancia de sus aportes en busca de la “desubjetivización” de la labor del juez en el ámbito de la valoración probatoria, prueba máxima

<sup>38</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 349 y 351.

<sup>39</sup> Incluso algunas de una exageración que raya en lo increíble, puesto que se afirma que podría llevar tal corriente doctrinaria a excesos y arbitrariedades consistentes en “convertirse en simples mediadores de imágenes preconcebidas sociales sobre las cualidades que se atribuyen a los que realizan determinadas conductas delictivas”; DIEZ RIPOLLÈS, ob.cit, p. 332.

<sup>40</sup> Así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 150.

del intento por construir una dogmática que descendiera de la teoría a la práctica judicial.

No obstante, creemos que, muy a pesar de los provechos que podemos obtener de su aplicación, la misma tiene que ser admitida con la ponderación y corrección pertinentes, en aras de ajustarla a nuestra propia Carta Política y valores constitucionales.

### 1.2.3. La teoría probática de MICHELLE TARUFFO

TARUFFO aborda el estudio de la verdad, de la prueba indirecta y de la gran dificultad, a veces imposibilidad, de la acreditación de lo que denomina *el hecho psíquico*.

Identifica un proceder común de la doctrina y la jurisprudencia cuando abordan dichos temas, precisando que se dedican a “elaborar conjuntos de hechos que se consideran sintomáticos de la existencia de determinadas situaciones psicológicas. Esto es, se tiende a tipificar, aunque sea de forma elástica y no vinculante, las circunstancias (especialmente los comportamientos) cuya presencia comporta *normalmente* la de un determinado hecho

psíquico”, lo que califica, en sentir del proceder jurisprudencial, como que son recogidos “bajo la premisa de que esos indicios típicos producen con razonable seguridad la determinación del hecho psíquico en cuestión, al que la norma atribuye consecuencias normativas”<sup>41</sup>.

No obstante, y de allí que ubiquemos su teoría dentro de los agnósticos relativos, TARUFFO precisa que “*en lugar* del hecho psíquico interno el juez conoce *sólo* indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de *ese* conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar”<sup>42</sup>.

Concluye el importante autor:

“Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien *sustituido* por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria. En resumen, el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa

<sup>41</sup> TARUFFO, ob.cit, pp. 164 y 165.

<sup>42</sup> TARUFFO, ob.cit, p. 165.

es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto”.

Sin duda, respecto de TARUFFO, *mutatis mutandi*, podemos hacer los mismos comentarios efectuados en torno a la teoría de RAGUÉS I VALLÈS. Nos parece que, de todos modos, es un gran esfuerzo por evitar los excesos subjetivistas en materia del juicio inferencial indiciario y, consecuentemente, así piense que no se demuestra el hecho psíquico, lo evidente es que las analogías que permiten construir reglas inferenciales lo que hacen es asociar fenómenos psíquicos que, en circunstancias normales, deben coincidir.

### 1.3. Gnosticismo

Como afirma LINTON, desde la antropología filosófica, si queremos conocer la subjetividad del hombre, no existe “más remedio que deducir los procesos mentales” a partir del examen de “su comportamiento”<sup>43</sup>. Compatible con lo anterior, CORDERO afirma plásticamente que “el conocimiento inductivo es un espejo con base

<sup>43</sup> LINTON RALPH. Estudio del hombre. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 77.

empírica, relativamente garantizado por la calidad de las revelaciones, sobre el presupuesto de ... relaciones constantes”, lo cual, incluso, se predica de los hechos humanos y entre estos de la psique”<sup>44</sup>.

MUÑOZ CONDE por su parte afirma que “lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”<sup>45</sup>.

TARUFFO afirma que “existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante”, empero, a pesar de no ser fácil, tampoco imposible, sólo que se requiere de una técnica diferente a la utilizada para la demostración de los hechos materiales, toda vez que no es razonablemente posible lograrlo con pruebas directas sino indirectas o inferenciales<sup>46</sup>.

No resulta acertado negar la posibilidad de verificación empírica de los conceptos subjetivos –incluso de los llamados ingredientes subjetivos del tipo- del delito, lo cual es viable a través de las

<sup>44</sup> CORDERO, ob.cit, p. 25.

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE FRANCISCO en la Presentación al libro de DÍEZ RIPOLLÈS, ob.cit, p. 10.

<sup>46</sup> TARUFFO, ob.cit, pp. 160 a 165.

referencias de tal naturaleza<sup>47</sup>. Ello se logra a través de la prueba indiciaria utilizando las “reglas de la experiencia o de sentido común”<sup>48</sup>, incluso cuando se trata de demostrar el estado de la mente del acusado respecto de la consciencia del injusto<sup>49</sup>.

Ya desde hace mucho tiempo se viene sosteniendo que la prueba indirecta circunstancial, esto es el indicio<sup>50</sup>, es la verdaderamente apta para demostrar

<sup>47</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, ob.cit, pp. 48 y ss.

<sup>48</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 88. Por todos y reconociendo que no es posible desconocer que en determinados casos la sociedad entiende que “si existen reglas de experiencia cotidiana cuya validez y capacidad de aportar conocimientos ciertos esté fuera de discusión”, aun cuando su planteamiento desborda dicha posición, tal tema es tratado ampliamente por RAGUÉS I VALLÉS, ob.cit, pp. 237 y ss.

<sup>49</sup> Citando la jurisprudencia española FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 195.

<sup>50</sup> Así desde los clásicos como ELLERO PIETRO. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Madrid, Editorial Reus S.A., 1968, pp. 55 y ss. De hecho, contundentemente, otros afirman que “los indicios, pues, son la única prueba indirecta”, RUBIANES CARLOS, Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II. Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 400.

el estado interior del hombre<sup>51</sup> y, con frecuencia, es la única prueba con que cuenta el proceso penal, constituyendo “a menudo el único medio” para descubrir el delito y acreditar la culpabilidad del autor<sup>52</sup>. Las demás pruebas como testimonios, pericias, documentos, inspecciones, etc. operan como fuentes de la prueba indiciaria, ya que ésta es la única capaz de penetrar en lo más “íntimo de la psiquis” o en los “más escondidos laberintos de la conciencia”, en orden a la acreditación del “impalpable elemento intencional”; esto es, la accesibilidad a los mismos es de carácter indirecto<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Así se dice que “los hechos psicológicos no son conocidos sino por medio de los hechos físicos; y el estado de ánimo, por los actos exteriores”. GORPHE FRANCOIS. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá, Temis, 1985, pp. 202 y ss.

<sup>52</sup> VISHINSKI A. La teoría de la prueba. Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, 1950, p. 263.

<sup>53</sup> GIANTURCO VITO. Los indicios en el proceso penal. Bogotá, Editorial Presencia Ltda, 1975, pp. 45, 84 y 85. En cuanto al papel de los medios probatorios respecto al indicio, la jurisprudencia penal colombiana ha dicho que el *hecho indicador* “no ingresa al proceso independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba”; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de casación de febrero 13 de 1995, radicación No. 8653, M.P. CARLOS MEJÍA ESCOBAR.

Los reconocidos especialistas en el manejo de la prueba sobre la subjetividad son los penalistas, empero, también desde el ámbito del Derecho Civil se han efectuado enormes esfuerzos por abordar tal temática, siendo ejemplo paradigmático de ello la monumental obra de MUÑOZ I SABATÉ.

Afirma el connotado profesor:

“...penetrar en la interioridad de la mente humana y reproducir judicialmente cuanto en ella acontece no es cosa que pueda realizarse, al menos con plausible facilidad, a base de los instrumentos de prueba de que dispone el proceso”, lo cual de todos modos resulta posible, no obstante, se demanda de ‘los jueces un elevado razonamiento crítico’<sup>54</sup>.

Prescindir de la prueba indiciaria resulta impensable incluso en el ámbito civil, puesto que, como lo afirma el autor mencionado, con base en la jurisprudencia española sobre la materia, ello equivaldría a renunciar a la prueba de “la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe”. Qué no decir pues en el ámbito del

---

<sup>54</sup> MUÑOZ I SABATÉ LLUIS. Tratado de probática judicial, Tomo I. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1992, p. 21.

derecho penal, cuya característica fundamental es la consideración de la culpabilidad como técnica propia de la responsabilidad.

Resultado de importancia cardinal la propuesta de DÍEZ RIPOLLÉS, quien, a través de un método que puede identificarse como opción psicológica-individual, entiende que la demostración de los fenómenos internos bien podría ser legitimada a través de las “convicciones generales de la sociedad”<sup>55</sup>.

DÍEZ RIPOLLÉS, quien al igual que MUÑOZ I SABATÉ ostenta la doble calidad de jurista y psicólogo, coincide con éste al afirmar que son muy limitados los casos en los cuales resulte imposible definir un elemento subjetivo que exprese la realidad psíquica, por tanto entonces, utilización de expertos y el adecuado manejo de las reglas comunes de la experiencia, vinculadas a representaciones cotidianas o de sentido común, son elementos que previenen contra la subjetividad en la apreciación de los indicios<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, ob.cit, pp. 306 y 307.

<sup>56</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, ob.cit, pp. 311, 320 y ss.

Esa apreciación judicial ya no es libre, dependiente de la íntima convicción, puesto que resulta controlable en instancias superiores e incluso en el recurso de casación. Por ello el juez, en el manejo del indicio, debe explicar sus razonamientos, los cuales deben ir anclados en juicios de inferencia sustentados en el respeto a la lógica, a la experiencia y de los conocimientos científicos<sup>57</sup>.

La forma en que operan las reglas excepciones no comportan inversión de la carga de la prueba, tal como sucede con las causales de justificación e inculpatibilidad, pues si las alega el procesado o su defensor tienen que entregar los elementos fácticos en que se soportan<sup>58</sup>, sin que ello implique que el

<sup>57</sup> IGARTUA SALAVERRIA JUAN. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 99, 113, 114, 201 y ss.

<sup>58</sup> Parece ser que tal es la opinión de algún sector doctrinal que, sobre la base de la separación de roles en el proceso acusatorio, estima que “al acusador incumbe la prueba del hecho constitutivo de su pretensión punitiva, pero los extintivos recaerían sobre el acusado”, de allí que éste tendría “la facultad de ofrecer prueba que estime favorable”. Se plantea así una forma muy particular de entender la carga de la prueba, en una versión relativa, pues “toda parte lleva en su entraña el poder de producir el acto favorable a su propio interés, de manera que quien tiene la de la prueba está facultado a solicitar la que crea le será beneficiosa”; RUBIANES, ob.cit, pp. 239 y 240.

Estado sin más tenga que acudir a la búsqueda de una prueba diabólica<sup>59</sup>, aun cuando es claro que, si existe un principio de prueba, las dudas se deben resolver a favor del imputado<sup>60</sup>.

Así también se ha entendido dicha problemática por la doctrina italiana, tanto en el ámbito procesal penal como procesal civil, al señalarse—aunque con

<sup>59</sup> Paradigmática de tal manera de pensar lo que sucede en materia del enriquecimiento ilícito. Por todos PARRA QUIJANO JAIRO. “Algunos aspectos probatorios del enriquecimiento ilícito” en *Derecho Penal y Criminología No. 59*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 13 y ss.

<sup>60</sup> Así parece entenderlo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de enero 26 de 2005, radicación No. 15.834, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. No obstante los antecedentes se encuentran en la sentencia de casación de abril 20 de 1961, M.P. ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, en la cual se afirmó que “cuando la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargos que permitan discrepancias en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o *no responsabilidad*, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que entonces resulta cierto lo que la doctrina admite en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuando quiera que ésta se encuentre en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria”, citada por PARRA QUIJANO JAIRO. “La confesión. Jurisprudencia penal” en *Tratado de la prueba judicial Tomo II. Volumen I*. Bogotá, Librería del Profesional, 1984, p. 351.

cierta hesitación- por MICHELLI, que “el imputado debe ser absuelto no solo cuando no resulten probados los hechos constitutivos del delito, sino también cuando no sean probados como inexistentes los hechos que, por la ley penal, tienen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica”, puesto que “la regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito y la declaración negativa de los extintivos”. Es así como, por vía ejemplificativa, se dice que el juez “también deberá absolver cuando falten pruebas suficientes, para excluir, por ejemplo, la legítima defensa”<sup>61</sup>.

En este sentido compartimos la muy inteligente posición del joven jurista colombiano LEONARDO CRUZ BOLÍVAR, quien, ante la lógica de los sistemas acusatorios donde se plantea la técnica de las *defensas afirmativas*, en las que se produce una inversión de la carga de la prueba para el acusado que invoque una causal eximente de responsabilidad, responde para nuestra propia realidad constitucional que ello sólo sería de una manera muy relativa, en

<sup>61</sup> MICHELLI GIAN ANTONIO. La carga de la prueba. Bogotá, Temis, 1989, pp. 238 a 242.

tanto no está obligado “a demostrar todos los elementos de una causal de ausencia de responsabilidad para alcanzar su inocencia”<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> CRUZ BOLÍVAR LEONARDO. “Carga de la prueba y exclusión de la responsabilidad en el nuevo sistema procesal” en *Derecho Penal y Criminología No. 78*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 156 y ss.

## B. TEORÍAS SICOLÓGICA, SICOLÓGICA-NORMATIVA Y NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

De la teoría que explique la naturaleza y esencia de la culpabilidad dependerá, necesaria e indefectiblemente, el objeto de prueba. Esto es, el llamado *thema probandi* sólo quedará delimitado una vez tengamos claramente establecida cuál es la teoría de la culpabilidad que hayamos adoptado.

La teoría sicológica de la culpabilidad tratándose del dolo directo afirma de modo categórico el dominio de la voluntad y como tal, al decir voluntad, se afirma implícitamente el previo conocer, lo cual involucra tanto al resultado como al nexo causal, afirma DÍAZ PALOS. Para el dolo eventual, bien en su versión orientada por el sentimiento o por el consentimiento, demanda la representación; empero, para la primera se agrega la indiferencia frente al resultado y para la segunda, su acogimiento o ratificación<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> DÍAZ PALOS FERNANDO. Dolo penal. Barcelona, Bosch, pp. 8,33, 74 y 75.



Resulta pertinente distinguir entre un conocimiento de los hechos y el conocimiento de su significación que apunta a su valoración<sup>64</sup>. El primero es relevante y el segundo irrelevante para efectos de punibilidad.

En efecto, ante una teoría de la culpabilidad fundada exclusivamente en aspectos psicológicos, debe afirmarse que la prueba tiene que ir dirigida a la acreditación del nexo psíquico que debe existir entre un querer y un resultado, lo cual, para la doctrina en general, resulta problemático, puesto que en aquellos eventos donde resulta muy difícil acreditar tal nexo (dolo eventual y particularmente culpa consciente) la dogmática revela una profunda distancia entre la teoría y la práctica, todo lo cual se acentúa en otros donde resulta imposible acreditar tal nexo (como en la culpa inconsciente), pues ya la dogmática se revela impracticable en el ámbito judicial.

Pero también, en otros sectores la problemática es evidente, como ocurre en aquellos eventos donde muy a pesar de existir nexo psíquico entre querer y resultado (tal como sucede con el estado de necesidad exculpante, insuperable coacción ajena y miedo insuperable), no existe culpabilidad, con lo

---

<sup>64</sup> DÍAZ PALOS, ob.cit, p. 31.

cual lo que se prueba no tiene ninguna manifestación práctica.

Lo anterior obligó a la doctrina a producir una reformulación de los conceptos y por ende también del objeto de prueba, puesto que se entendió, bajo la égida de una teoría mixta (psicológica y normativa), que dolo y culpa sólo eran, entre otros, algunos de los elementos de un concepto complejo que involucraba los siguientes elementos globales:

a) La "aptitud espiritual normal del autor" o imputabilidad; b) "Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia)"; y c) "La normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa", de tal manera que "no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podría salvar", presentándose, en tales casos, "una negación de la reprochabilidad de la acción, esto es, de la culpabilidad"<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> FRANK REINHARD. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo, Editorial IB de F, 2000, pp. 36 a 41.

En efecto, no basta hablar de culpabilidad, sino que se requiere una “*culpabilidad adecuada*”, la que involucra un juicio sobre las “circunstancias concomitantes”, acrediándose su normalidad para que surja el juicio de reproche. Esto es, “si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausentes, junto al poder, el reproche, y con el reproche, la culpabilidad”<sup>66</sup>.

Ya dolo y culpa—consciente—no son mera relación o nexos psíquicos con un querer, sino actos reprobados éticamente, incluida la culpa inconsciente. El dolo no es incoloro, pues encierra el momento ético de la culpabilidad, lo cual está presente con el acto del consentimiento; así, en la culpa, también lo estará a través de la previsibilidad. Ambos momentos éticos, si se acompañan de un juicio que determine “si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausentes, junto al

poder, el reproche, y con el reproche, la culpabilidad”; la culpabilidad sólo se puede afirmar ante la presencia de la dualidad de poder y deber, por tanto se tiene una actuación en circunstancias normales de ejecución, donde a cualquiera se le hubiese exigido lo mismo<sup>67</sup>.

GOLDSCHMIDT logra sistematizar las ideas de FRANK y FREUDENTHAL, al señalar que la culpabilidad comporta una motivación normal ante el quebrantamiento de las normas de deber, a las cuales pertenecen las normas de exculpación, por lo cual surge el reproche<sup>68</sup>.

Aquí, pues, se produce un cambio en torno a lo que debe ser demostrado, habida cuenta que ya no sólo implicará acreditar un nexo psicológico—dolo directo, dolo eventual y, forzosamente, culpa consciente—, sino que se incluirá la acreditación de la posibilidad de haber tenido dicho nexo—culpa inconsciente—, a todo lo cual hay que agregarle que se descartan circunstancias anormales de motivación, por lo cual se formula el reproche.

<sup>66</sup> FREUDENTHAL BERTHOLD. Culpabilidad y reproche en el derecho penal. Montevideo, Editorial IB de F, 2003, pp. 36 a 41.

<sup>67</sup> FREUDENTHAL, ob.cit, pp. 70 a 76.

<sup>68</sup> GOLDSCHMIDT JAMES. La concepción normativa de la culpabilidad. Montevideo, Editorial IB de F, 2002, pp. 36 a 41.

Se abrió caminos para la relevancia del error de derecho, puesto que, si la culpabilidad "no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico mismo"<sup>69</sup>, aún existiendo nexo psíquico entre el querer y el resultado —lo que excluye el error de hecho—, si de todos modos se valora la conducta como conforme a derecho —anormal motivación— no habría reprochabilidad. Obviamente la doctrina entendió que sólo el error invencible excluiría la culpabilidad; el vencible sería reprochable en el caso de existir la penalidad por culpa —una inexplicable *culpa jurídica* ante la definición de la imprudencia en términos  *fácticos* de la previsibilidad del resultado—.

Parece pues, que la carga de la prueba en cabeza del Estado funciona perfecta y lógicamente en el ámbito de una teoría de la culpabilidad psicológica, mas no así en la teoría mixta, toda vez que, al menos, desde una óptica de la argumentación, parece que al acusado correspondiera alegar y acreditar las circunstancias concomitantes que hicieron

---

<sup>69</sup> GOLDSCHMIDT, ob.cit, p. 114.

anormal la motivación que hace del acto algo irreprochable, esto es, la no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho<sup>70</sup>.

El advenimiento del finalismo cambiaría la forma de entender la culpabilidad, puesto que separa conceptualmente al dolo -representaciones del hecho y voluntad- que ubica en el tipo y consciencia de la antijuridicidad que hace parte de la culpabilidad como uno de sus tres elementos. La culpabilidad normativa en el ámbito del finalismo pretende depurar a ésta de los elementos meramente psicológicos y, en busca de la pureza, comprende la misma como reproche: "hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir". La reprochabilidad consiste en una doble relación: "del no *deber* ser antijurídica por *poder* ser jurídica"<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Se dijo que las causas de exculpación operaban como regla-excepción, pero no implicaba el entendimiento de la inversión de la carga de la prueba que tiene el Estado; GOLDSCHMIDT, ob.cit, p. 109.

<sup>71</sup> WELZEL HANS. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona, Ariel, 1964, pp. 79 y ss.

La culpabilidad tiene el atributo de ser mayor o menor, es un concepto graduable, en consecuencia, el juicio más severo de culpabilidad se emitirá cuando el sujeto tenga plena conciencia de que está quebrantando el derecho o cuando, a pesar de no pensarlo así en el momento del hecho, sabía que si lo era —conciencia inactual—. Cuando el error de prohibición fuere vencible, esto es, cuando se encontrare en capacidad de poder conocer la antijuridicidad de su conducta con un poco de cuidado, mediante reflexión, consulta y esfuerzo de consciencia—cognoscibilidad—, dada una ética de responsabilidad que gobierna la culpabilidad, el reproche persiste pero de manera atenuada: depende de lo “importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla”.

Es decir, la consciencia de la antijuridicidad opera como un contramotivo determinante del sentido de la conducta, que, al estar presente, si se le adosa la exigibilidad de otra conducta, fundamenta el reproche.

La jurisprudencia alemana vertió dicho pensamiento en la siguiente fórmula: “El hombre como miembro de la comunidad jurídica, está

obligado en todo momento a adoptar la decisión responsable de comportarse jurídicamente y evitar lo injusto. No cumple este deber si se limita a omitir aquello que a sus ojos es evidentemente antijurídico. Tiene que preguntarse, más bien, siempre que se disponga a hacer algo, si ello está o no de acuerdo con los preceptos del deber ser jurídico”.

La doctrina dominante así entiende, en términos globales, el problema de la culpabilidad, diferenciando entre consciencia actual y eventual por un lado, con la consecuencia de asignarle el máximo reproche y error evitable de prohibición o conciencia potencial, por otro, que implica rebaja de la pena al asignársele un menor reproche<sup>72</sup>.

Aquí los cambios teórico-dogmáticos repercuten en la prueba, habida cuenta que de tener necesariamente que acreditar una consciencia actual de la antijuridicidad, muy seguramente factible en pocas ocasiones, en otras imposible, es muy diferente a la posibilidad de probar una conciencia actualizable, eventual y potencial de la antijuridicidad.

<sup>72</sup> Por todos NIETO MARTÍN, ob.cit., pp. 159 y ss y FELLIP I SABORIT, ob.cit., pp. 99 y ss.

Muy bien afirma MORSELLI que a las teorías causalista y finalista las une el concepto de voluntad, esto es, están construidas sobre la base del dogma de la voluntad: ambas descansan en la censura que recae en torno a "la producción voluntaria de un resultado". La diferencia entre ellas estriba en que mientras para la primera el delito es la "producción de un resultado antijurídico", para la teoría finalista consiste en la "producción antijurídica de un resultado"<sup>73</sup>.

En una y otra para la demostración de la culpabilidad debe recurrirse a la prueba de indicios, en tanto "los elementos subjetivos son inaccesibles a la constatación empírica de modo directo", debiéndose renunciar a la certeza y trabajar sólo con probabilidades<sup>74</sup>.

Pero no debe perderse de vista que en la teoría causalista el dolo comprende elementos volitivos, cognoscitivos y valorativos que, por encontrarse en un mismo nivel, reclaman un tratamiento similar como conocimiento actual y real de lo fáctico y lo

<sup>73</sup> MORSELLI ELIO. La función del comportamiento interior en la estructura del delito. Bogotá, Temis, 1992, p. 35.

<sup>74</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, pp. 44 y ss.

jurídico; lo cual no coincide en el finalismo, pues perteneciendo al tipo (dolo portador de la voluntad y el conocimiento actual y real de los hechos), la conciencia de la antijuridicidad, por pertenecer a la categoría jurídica de la culpabilidad, puede someterse a un tratamiento diferencial a su interior y respecto al dolo.

Serios representantes de una nueva tendencia, entre los que destaca muy significativamente RAGUÉS I VALLÈS, descalifican la prueba de indicios como apta para la acreditación de la culpabilidad, pues exigen que la regla de experiencia a partir de la cual se construye el indicio tiene que tener una vigencia incontrovertida y los hechos que sustentan el juicio deben hallarse probados sin suscitar ningún género de duda. El margen de duda siempre presente lleva a renunciar a la utilidad de la prueba de indicios<sup>75</sup>.

La íntima convicción del juez y la imposibilidad de objetivar el juicio inferencial que comporta la prueba por indicios, para un sector de la doctrina, no hace más que enmascarar una farsa donde se incurre constantemente en el error lógico de petición

<sup>75</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 257 y 258.

de principio, puesto que se da por demostrado precisamente lo que se debe demostrar.

Tampoco le da validez a la prueba de confesión, puesto que múltiples factores pueden incidir en su credibilidad, desde aquellos que vinculan el interés del procesado por sacar el mejor provecho de ella como los eventuales intereses por encubrir a otras personas, sin que se queden atrás argumentos vinculados con la existencia en no pocos casos de patologías mentales que conllevan a su manifestación.

### C. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En una obra poco conocida, publicada en 1947, cuando en nuestro país campeaba el positivismo ferriano, por demás defensora de la presunción legal del dolo, muy acertadamente en otro aspecto crucial para éste trabajo se señalaba:

“... el dolo es en la totalidad de su esencia, un acto psíquico, un proceso interno que se desarrolla en el escenario íntimo del delincuente, allí donde no es posible penetrar y en donde todo es invisible e impalpable. No disponemos de medios para conocer directamente los actos psíquicos. Todo conocimiento en el particular es forzosamente indirecto”<sup>76</sup>.

Tal constatación doctrinaria en el ámbito patrio fue seguida fielmente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, muestra irrefutable de ello son las siguientes construcciones jurisprudenciales, que si bien no son una novedad en la praxis judicial, sí se revelan como paradigmáticas para el entendimiento del problema:

<sup>76</sup> CABAL, ob.cit, p. 61.

a) El “proceso volitivo de la intención no puede ser conocido sino por la manifestación de actos externos del agente activo del delito, o bien, por el reconocimiento expreso que el mismo acusado haga de sus propias actuaciones; y cuando no hay declaración expresa del autor o autores, ese elemento subjetivo debe demostrarse por las constancias procesales que lleven al juzgador a hacer una afirmación de esa naturaleza”<sup>77</sup>.

b) El “factor intencional que concurre a la configuración del delito (salvo casos excepcionales) no puede ser conocido mientras no se traduzca en actos externos, pues sólo mediante esas manifestaciones se puede desentrañar el propósito o intención que anima al agente activo del delito, ya que los actos del hombre en sus diversos aspectos tienen una relación directa con su modo de pensar y obrar en un hecho determinado”<sup>78</sup>.

c) “Los testigos describen hechos materiales que entran por sus sentidos externos pero están en

---

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Gaceta Judicial Tomo LXVII de 1950, p. 222.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Gaceta Judicial Tomo LXVII de 1950, p. 222.

incapacidad de dar testimonio de los sentimientos que dominan al actor en el momento de delinquir”<sup>79</sup>.

d) “Es incuestionable, que perteneciendo el dolo a la realidad interior, su comprobación solo puede hacerse por medio de manifestaciones de conducta que se concreten en hechos subjetivos a través de los cuales se debe hacer una verdadera *reconstrucción* del proceso de ejecución del ilícito y podrá entonces, también, determinarse la existencia del elemento subjetivo de la conducta. El procedimiento, enseñan los autores, es *mutatis mutandi* el que se hace con la reconstrucción del llamado *cuadro de autor*.

Es la explicación de MARCELO GALLO, cuando dice que en tema de prueba del dolo, ‘al igual que el historiador, el intérprete tiene frente a sí el hecho no como una realidad existente, sino como algo que hay que reconstruir. Aquello que tiene ante sí es sólo un complejo de pruebas, testimonios, documentos; y sobre tal base es necesario que llegue a representarse, en el cuadro de la propia

---

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, año 1953 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Rama Penal, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, Tomo III, 1968, p. 704.

experiencia mental, *cómo es que realmente han sucedido las cosas*<sup>80</sup>.

e) “Sabido es que uno de los problemas fundamentales con los cuales se encuentra el juzgador al momento de hacer el juicio crítico sobre los hechos sometidos a su consideración es precisamente determinar la exacta voluntad del sujeto agente del delito, porque no es común que éste se presente a las autoridades y afirme sin calificantes la realidad de lo ocurrido ... por el instrumento utilizado, la manera como éste se disparó, el sitio hacia donde dirigió el impacto, y el relato de las circunstancias antecedentes y subsiguientes al hecho ... encuentra comprobación la intencionalidad”<sup>81</sup>.

f) Resulta muy particular “la forma como se establece el aspecto subjetivo del delito”, toda vez que, “por su propia naturaleza no es posible establecerlo de manera directa, sino por vía de inferencia. Dicho de

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de mayo 14 de 1979, M.P. JESÚS BERNAL PINZÓN.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de noviembre 28 de 1989, M.P. EDGAR SAAVEDRA ROJAS en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia año 1989, Segundo Semestre, Señal Editora, ob.cit. pp. 485 y 487.

otra forma, de la acreditación pormenorizada de la conducta realizada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló, se deducen el dolo, la culpa o la preterintención con que haya obrado el acusado”<sup>82</sup>.

g) “Demostrativos del ánimo homicida la calidad del arma empleada (escopeta) que por sí tiene poder letal cuando es utilizada dentro de las condiciones que permitan hacer un disparo certero, el acercamiento a su objetivo que hizo el incriminado logrando de esta forma una mejor posición de tiro, la modalidad como ocurrieron los hechos, en los cuales el procesado no solamente se acercó a la víctima sino que lo increpó soezmente y sin dar lugar a explicaciones o defensa alguna, apuntó contra la cabeza del ofendido y disparó en forma inmediata y por último, la actitud de huida del lugar que tomó el imputado, quien así dejó abandonado al herido en zona deshabitada y en condición que hacía difícil la obtención de ayuda.

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de septiembre 17 de 1998, M.P. RICARDO CALVETE RANGEL en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia año 1998, Segundo Semestre, Editorial Jurídica de Colombia, p. 347.



Es cierto que el disparo fue uno, pero también lo es que según los dictámenes periciales la lesión abarcó la frente, el cuero cabelludo y la cara (con afectación del órgano de la visión), indicándose así no simplemente la intención de lesionar sino la de matar<sup>83</sup>.

h) El “dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin”<sup>84</sup>.

i) “Por ser el dolo una manifestación del fuero interno, puede conocerse, directamente por confesión, o indirectamente por manifestaciones externas, concretadas durante el *iter criminis* o con posterioridad a la consumación del delito”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de julio 8 de 1999, M.P. GUIMAR JIMÉNEZ MUÑOZ en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia año 1999, Segundo Semestre, Señal Editora, ob.cit, p. 67.

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 13 de 2003, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN en Jurisprudencia Penal Extractos, Primer Semestre de 2003, compilador IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, p. 115.

<sup>85</sup> Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de septiembre 15 de 2004, radicación No. 20.860, M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

En fin pues, como gran conclusión de dicha evolución jurisprudencial, se tiene que la rectora de la materia en el ámbito penal ha dicho:

“La determinación procesal del dolo eventual, al igual que sucede con el dolo directo, aunque se puede lograr en ciertos casos a través de la confesión del acusado debidamente respaldada por la realidad acreditada con los demás medios de prueba, en la mayoría de las veces, en tanto fenómeno psicológico no objetivable, se alcanza a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos... Que una persona actuó con la intención de causar la lesión al bien jurídico o que se representó un resultado distinto del querido y lo asumió al no hacer nada para evitarlo, entonces, son realidades internas del individuo que se deducen de los datos físicos que el juez consigue conocer a través de los medios probatorios autorizados por la ley”<sup>86</sup>.

No obstante obedecer lo anterior a una postura puramente psicológica de la culpabilidad, la institución evolucionó en la jurisprudencia penal y se reconoció

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de septiembre 8 de 2004, radicación No. 20.373, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

que muy a pesar de mantenerse un “concepto psicológico de culpabilidad por cierto superado por la doctrina”, dado que resulta imperioso “probar el nexo psicológico (concepto propio del esquema clásico de la teoría del delito)”, se “hizo necesario que se pasara a un concepto normativo de culpabilidad (así no sea puro, pues el Código mantiene el dolo y la culpa en ese elemento)”<sup>87</sup>.

Se introduce así, en el análisis de la culpabilidad, la necesaria referencia a la conciencia de la antijuridicidad, la cual ya había sido sugerida desde la época de vigencia del mencionado positivismo ferriano:

La jurisprudencia penal ha dicho sobre el error de derecho, alegado como de buena fe, que el mismo no puede ser abordado entendiendo el dolo como “sinónimo de *malicia, engaño, mentira* o fraude”<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de septiembre 17 de 1998, M.P. RICARDO CALVETE RANGEL, ya citada.

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de septiembre 12 de 1958, M.P. LUIS EDUARDO MEJÍA JIMÉNEZ en Gaceta Judicial Tomo XXXIX de 1958, pp. 198 y 199.

Hoy por hoy la conciencia de la antijuridicidad es una demanda indiscutible de la jurisprudencia para el reconocimiento de la culpabilidad:

“La Sala responde positivamente (la) cuestión (de la culpabilidad), pues, como lo sostiene el *a quo*, la *experiencia de la procesada en el área penal*, unida a las razones aducidas por ella misma como determinantes de su actuar en el caso concreto, denotan una actitud eminentemente dolosa... Por otra parte, ineludible resulta aceptar que ningún *error de interpretación* envolvió la conducta de la procesada, pues que *no estaba ante una situación procesal compleja o difícilmente inteligible, o que pudiera dar paso a más de una razonable alternativa*”<sup>89</sup>.

No obstante, el Código Penal de 2000 ha producido importantes cambios en tal materia, pues se ha adoptado una teoría normativa de la culpabilidad orientada de alguna forma por el finalismo, reconociéndose que si bien la conciencia actual de la antijuridicidad impone el máximo reproche de culpabilidad, la conciencia actualizable

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia de febrero 4 de 2004, radicación No. 21.050, M.P. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGUO.

importa el mínimo reproche, al establecer el artículo 32 numeral 11 inciso 2° que:

“Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

La jurisprudencia penal no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto, empero, algunos derroteros dados por la jurisprudencia constitucional avalan plenamente la legitimidad del cambio legislativo. Se trata del entendimiento de una ética de la responsabilidad, muy cercana, aunque no igual, al entendimiento del hombre que se desprende de la jurisprudencia alemana que avaló el giro hacia la teoría de la culpabilidad, según se citó:

“El abuso del derecho propio puede llevar al vaciamiento de otros derechos o bienes colectivos ... La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia

constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de los demás y de la colectividad ... En las relaciones intersubjetivas se revela el carácter dual de los derechos constitucionales. Estos constituyen verdaderos derechos o facultades subjetivas en cabeza de las personas –bien sea como derechos de resistencia contra el Estado u otros particulares (status negativo), de participación, o de prestación (status positivo)-, y, a la vez, representan valores objetivos del ordenamiento, los cuales prefiguran la vida de relación y exigen una actitud de solidaridad que asegure la convivencia pacífica de todos. La interpretación del contenido y alcance de los derechos a partir de los principios fundamentales de dignidad humana y de solidaridad social (C.P., arts. 1 y 95), permite la recuperación de la racionalidad a nivel del ejercicio práctico de los derechos. Sólo mediante un ejercicio razonable, esto es, reflexivo y responsable de los propios derechos, es posible superar la tensión individuo-sociedad y, con ello, la confrontación de intereses y

necesidades que, de otra forma, se resolvería mediante la negación del otro y el envejecimiento de la propia condición humana<sup>390</sup>.

Las consecuencias del principio de solidaridad en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad son evidentes: como *principio rector de la conducta* la solidaridad impone que “si del comportamiento que tú observes se siguen consecuencias para los demás, tu comportamiento debe ser de tal suerte que los efectos altruistas (positivos) se incrementen y los egoístas (negativos) se eviten<sup>391</sup>”.

Pero además, también de la doctrina más selecta sobre derechos fundamentales surge tal posición, habida cuenta que “el uso solidario de los derechos intenta ser respetuoso con los derechos de los demás, evita una afirmación tajante y absoluta del propio derecho y *tiene en cuenta los perjuicios que se puedan producir a terceros*. En definitiva,

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>91</sup> Corte Constitucional, sentencia C-404 de agosto 10 de 1998, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

intenta incorporar la doctrina del abuso del Derecho al tema de los derechos fundamentales<sup>392</sup>”.

Se evidencian allí los contenidos materiales de una teoría sobre la conciencia actualizable de la antijuridicidad como grado de exigibilidad mínimo para el juicio de reproche.

Así el error de prohibición invencible conlleva exoneración de responsabilidad. El vencible no excluye el dolo pero implica un menor reproche.

Como dice la jurisprudencia constitucional, el error invencible “supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su yerro no era insuperable sino evitable<sup>393</sup>”.

CARMIGNANI afirmaba tajantemente que la invencibilidad del error de derecho o ignorancia de

---

<sup>92</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ GREGORIO. Curso de Derechos Fundamentales I. Madrid, EUDEMA, 1991, p. 240.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de mayo 14 de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

derecho dependía de la “diligencia empleada, en forma compatible con la condición ordinaria de la vida, para no cometer lo que la ley prohíbe”<sup>94</sup>.

HERVADA plantea que existe invencibilidad “si hubo alguna duda, pero no pudo desvanecerse a pesar de las averiguaciones realizadas y se creyó proceder correctamente”. Empero, la “ignorancia vencible es aquella que se puede disipar con una *diligencia razonable* (consultando, reflexionando, etc)”, por tanto no se excluirá la culpabilidad – aunque se aminorará en grado – si “la persona advierte su ignorancia y no hace lo necesario para salir de ella y conocer sus deberes, con lo cual acepta voluntariamente la posibilidad de cometer un acto ilícito”. Nunca “es lícito actuar con conciencia venciblemente errónea; se debe hacer todo lo posible por disipar el error”<sup>95</sup>.

Por tanto el error vencible de prohibición puede tener origen: a) En la ignorancia “*simplemente vencible*”, la cual surge cuando “sí se hizo algo para

<sup>94</sup> CARMIGNANI GIOVANNI. Elementos de Derecho Criminal. Bogotá, Temis, 1979, p. 78.

<sup>95</sup> HERVADA JAVIER. Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Parte Especial. Pamplona, EUNSA, 1989, pp. 53, 55 y 62.

salir de ella pero de modo insuficiente e incompleto”; b) ignorancia “*crasa o supina*”, esto es, cuando “nada o casi nada se hizo por desvanecerla” y, finalmente, c) ignorancia “*afectada*”, que se origina “si no se quisieron hacer las diligencias oportunas para conocer los propios deberes con el fin de no verse obligado a cumplirlos”<sup>96</sup>.

En nuestro medio jurídico no es posible equiparar conciencia eventual o actualizable con conciencia actual de la antijuridicidad, como quedó establecido para la doctrina dominante en Europa, puesto que, en nuestro Código Penal, sólo existe conciencia actual que genera el mayor reproche y conciencia actualizable, en la cual descansa el error vencible de prohibición, abarcando lo que se define en otras latitudes como conciencia eventual y potencial.

En nuestro medio resulta pionero el estudio realizado por el profesor JAIRO PARRA QUIJANO en torno a la prueba del “hecho psíquico” en materia penal, en el cual, tanto para

<sup>96</sup> HERVADA, ob.cit, p. 53

la acreditación del elemento puramente psicológico como del valorativo-normativo, se estimó apta la prueba indiciaria<sup>97</sup>.

Parecería que con el nuevo Código de Procedimiento Penal ha desaparecido la prueba indiciaria, con ello también la posibilidad de probar la culpabilidad<sup>98</sup>, empero, simple y llanamente lo que se ha producido es una variación del lenguaje formal empleado, habida cuenta que también en los sistemas acusatorios tal instrumento es utilizado, recibiendo allí la denominación de prueba circunstancial<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> PARRA QUIJANO JAIRO. "La prueba del hecho psíquico en materia penal" en *Derecho Penal y Criminología No. 62*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 47 y ss.

<sup>98</sup> Tal conclusión sería necesaria e indefectible, pues el estado de la ciencia actual, pero especialmente las de los juristas y psicólogos, enseña que "*los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica*"; DíEZ RIPOLLÉS, ob.cit, p. 323. La doctrina colombiana señala que "en lo penal, la prueba de indicios es de necesidad y utilidad innegables. Con razón se ha dicho que sin ellos habría que borrar del código varios delitos, porque serían indemostrables"; ROCHA ALVIRA, ob.cit, p. 609.

<sup>99</sup> En la tradición anglosajona desde BENTHAM, como lo reporta ELLERO, ob.cit, p. 57. También MITTERMAIER, quien la califica como "absolutamente indispensable en materia criminal";

Tal lo que ocurre cuando se habla del "elemento material probatorio" o la "evidencia física" (artículos 375, 380 y 382 del C. de P.P.). El problema surge si se entiende que la construcción de la inferencia tiene que estar anclada en un componente material o físico, lo cual resultaría a todas luces absurdo<sup>100</sup>, pues ello sería incompatible con la demostración de los fenómenos psicológicos, por tanto entonces, la expresión "material" no se refiere al objeto de la acreditación, sino al medio del conocimiento<sup>101</sup>, aquel que soporta el "elemento semiótico de valor axial"<sup>102</sup>.

sobre todo cuando se trata de la demostración de la culpabilidad; ob.cit, pp. 363 y 400. La expresión prueba circunstancial, referida al indicio, se empleaba incluso en el ámbito probatorio del mundo socialista según lo reporta VISHINSKI, ob.cit, pp. 264 y 280. La jurisprudencia colombiana se ha referido, desde septiembre 29 de 1945, a las *pruebas circunstanciales*; citado por ROCHA ALVIRA, ob.cit, p. 623. También parece que a ello hace referencia PARRA QUIJANO, Indicios y presunciones, ob.cit, p. 12.

<sup>100</sup> La doctrina especializada, desde hace mucho tiempo, señalaba que el indicio es "un-hecho físico o psíquico ... conocido"; ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, p. 209.

<sup>101</sup> Ya de antaño se decía que mientras las pruebas directas son instrumentos probatorios, las indirectas, como los indicios, son objeto de los instrumentos probatorios; ELLERO, ob.cit, 56.

<sup>102</sup> Sobre este concepto MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, pp. 364.

Así pues, lo material no hace referencia sin más y exclusivamente a algo que ocupa un lugar en el espacio, como referencia meramente vulgar y mundana, sino algo ubicado en el ámbito del mundo específico del hombre, de lo más radicalmente humano<sup>103</sup>, donde también perfectamente tiene cabida lo que la más reciente neurociencia ha calificado plásticamente como “la materialización y visibilidad, en suma, de lo psíquico”<sup>104</sup>.

Con impecable maestría TARUFFO señala que la expresión material, especialmente referida a hechos, no comprende sólo un “evento del mundo físico” o un “comportamiento que se traduce en actos materiales”, sino también “numerosos hechos jurídicamente relevantes que no pueden ser calificados como materiales” en el sentido mencionado, tales como los pertenecientes a “la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones y voluntades”, esto es, “*hechos psíquicos*”<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Se dice que “todas las pruebas judiciales son indicios”; ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, p. 222.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, p. 78.

<sup>105</sup> TARUFFO, ob.cit, p. 159.

Ya desde FLORIÁN el carácter probatorio de los indicios no se pone en duda, pues la discusión estriba en un aspecto más formal que material, referido a si debe considerarse como una prueba indirecta o como un medio de prueba.

De hecho, dada la afirmación de FLORIÁN en torno a que del concepto de prueba indirecta surgió el de indicio y el indicio se encuadra dentro del sistema de prueba en sentido amplio<sup>106</sup>, no debe dudarse de la relevancia probatoria de los mismos, indiferentemente de si es o no medio de prueba. Lo relevante, lo significativo desde un punto de vista material, es que el hecho base para efectuar la inferencia tiene que estar demostrado, y nada obsta entonces para afirmar que es objeto de prueba en tal crucial aspecto<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> FLORIÁN EUGENIO. De las pruebas penales, Tomo I. Bogotá, Temis, 1982, pp. 126 y 412.

<sup>107</sup> En efecto, dice FLORIÁN, que “el indicio, por lo tanto, antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás, se establece con medios de prueba, pero tiene una posición característica particular respecto al tema fundamental de la prueba ... se vincula al concepto del objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta”; ob.cit, p. 176.

Es comprensible tal discusión si se ubica convenientemente en el curso de los sistemas procesales modernos y en la lógica de su propia dinámica, pues en los sistemas acusatorios, caracterizados por la actuación oral y la libre e íntima convicción probatoria no impera plantearse tal problemática, no es de su incumbencia, o como dice RUBIANES, el destino de la prueba de indicios es su desaparición<sup>108</sup>, toda vez que la decisión sobre la responsabilidad no tiene que ser argumentada y el *iure de facto* no tiene por qué explicar de dónde proviene su convencimiento.

De todos modos, en palabras del mismo RUBIANES, ningún problema existe en la consideración de tal prueba: a) Si no está prohibida expresamente debe entenderse su autorización implícita; b) La prueba de indicios “es un método que está en la naturaleza misma del raciocinio humano, aun en la conducta de los hombres en su vida diaria; y, c) Por lógica, al contrario de las pruebas consideradas directas, los códigos no necesitan para su validez mencionar al indicio en tanto “es imposible que

<sup>108</sup> RUBIANES, ob.cit, p. 407.

se ordene una inferencia o deducción en la investigación o antes de una decisión”<sup>109</sup>.

Ya la judicatura se ha enfrentado a esta problemática y ha respondido positivamente a la consideración de la prueba por indicios en nuestro nuevo sistema procesal<sup>110</sup>:

“Cuando el NCPP enlistó los medios de prueba, no citó los indicios. Ello llevaría a pensar que entonces tales, ya no son pruebas. Esta polémica no es nueva. También se planteó con ocasión del CPP de 1991. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que:

‘El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica. Como prueba que es ...’<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> RUBIANES, ob.cit, pp. 407 a 410.

<sup>110</sup> Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal, sentencia segunda instancia de julio 12 de 2005, radicación No 20050011201, M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

<sup>111</sup> CSJ, Sala Penal, Número de Radicación: 11113, fecha: 20/10/1999.



El NCPP utiliza la palabra *indiciado* para referirse a aquella persona contra la cual existan *motivos fundados*<sup>112</sup> de ser autor o partícipe de un hecho punible. En efecto dice el art. 282 NCPP que ‘El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere *motivos fundados* de acuerdo con los *medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir* que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad(...)’.

Así entonces, por mucho que se pretenda construir una teoría de la prueba sólo sobre la base de *elementos materiales* o *evidencias físicas*, es lo cierto que el indicio como construcción deductiva de un hecho desconocido, sigue teniendo la potencialidad de ser prueba, aún, repítese, en un esquema que pretendiera defender la prueba únicamente sobre aquéllas bases. De no, no hallaría razón de ser una norma como la

---

<sup>112</sup> Sobre este giro, cfr. S. C-024 de 1994 de la Corte Constitucional.

transcrita que alude a los giros *motivos fundados* -que no son más que deducciones- e *inferir*, de significación similar, pues, según el DRAE, *inferir* (Del lat. *inferre*, llevar a) es sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa. U. t. c. pml. || 2. Llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado.

Idéntica preocupación se tuvo en España, cuyo modelo de Constitución harlo se parece a la nuestra. Allí ha dicho el TC:

‘Ha de reconocerse la posibilidad de que a partir de la prueba de indicios el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de los hechos no probados directamente en el juicio oral’<sup>113</sup>.

‘Se crearían amplios espacios de impunidad si la prueba indiciaria no tuviera virtualidad incriminatoria para desvirtuar la presunción de inocencia’<sup>114</sup>.

‘La presunción de inocencia que ampara a toda persona acusada de un hecho delictivo puede ser desvirtuada tanto por prueba directa como por prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, puesto

---

<sup>113</sup> STC España 175/85.

<sup>114</sup> STS de enero 26/2001, España.

que, de excluirse esta segunda modalidad como prueba de cargo valorable por el juzgador, quedarían en la más completa impunidad un sin fin de actividades criminales que no pueden acreditarse directamente<sup>115</sup>”.

También en el ámbito del derecho probatorio italiano, desde hace mucho tiempo, tal problemática ha aflorado, puesto que, como lo reconoce MANZINI, las medidas que denomina “*detención de indiciados*” sólo son viables si concurren “graves indicios de culpabilidad”<sup>116</sup>.

La jurisprudencia penal colombiana ha sido muy rigurosa, en los últimos años, en la exigencia de la explicitación del juicio inferencial por parte del juez cuando lleva a cabo el manejo de la prueba por indicios, el cual debe estar anclado en la lógica, reglas de experiencia y conocimientos científicos<sup>117</sup>, sobre lo que se ejerce un importante

control en sede de casación a través de la causal referida a la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad<sup>118</sup>.

De manera tal que, los prejuicios que en otrora épocas se erigieron contra la prueba de indicios, hoy no tienen justificación. Aquellas teorías doctrinales y jurisprudenciales que afirmaban que la ley había depositado una confianza tal en el juez, al efectuar el proceso inferencial, que hacía intocable dicho juicio—el proceso mental de inferencia—en casación, al constituir allí un acto de soberanía del fallador<sup>119</sup>, han quedado rezagadas.

valoración individual o articulada de su fuerza demostrativa”, deben aparecer claramente acreditados en el proceso; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, decisión de noviembre 17 de 1999, M.P. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia año 1999, Segundo Semestre, Señal Editora, ob.cit, p. 397.

<sup>115</sup> STS de junio 6/2001, España.  
<sup>116</sup> MANZINI VINCENTZO. Tratado de Derecho Processal Penal Tomo III. Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987, pp. 601 y 625.

<sup>117</sup> Es así como se ha dicho que en la prueba por indicios los “hechos indicadores...la operación de inferencia lógica...la

<sup>118</sup> Tal línea jurisprudencial puede identificarse a partir de: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de casación de febrero 13 de 1995, radicación No. 8653, M.P. CARLOS MEJÍA ESCOBAR.  
<sup>119</sup> Cfr. ROCHA ALVIRA, ob.cit, pp. 627 y 628. También PARRA QUIJANO, Indicios y presunciones, ob.cit, pp. 61 y ss.

Tampoco, las críticas al sistema de valoración en conciencia, donde se pregona que “la soberanía del juez de conciencia es absoluta”<sup>120</sup>, tienen cabida en nuestro medio, toda vez que por el momento el *juris de facto*, aun cuando contemplado constitucionalmente (artículo 116 inciso 4° de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002), no ha sido desarrollado por la ley; por otro, toda sentencia tiene que ser sustentada, fundamentada y argumentada<sup>121</sup>, pues de lo contrario resultaría un sistema inconstitucional<sup>122</sup>.

Finalmente, la concepción de una defensa que concibe un modelo de abogado *defensor-persuasor* debe quedar de lado, pues no bastan

<sup>120</sup> Cfr. ARENAS SALAZAR, ob.cit, pp. 114 y 115.

<sup>121</sup> Cfr. REYES ALVARADO, ob.cit, p. 145 y ss.

<sup>122</sup> Paradigmática la sentencia C-457 de 2002, Corte Constitucional, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, en la cual se expresó la necesidad de que los jueces tengan formación y títulos de idoneidad jurídica, habida cuenta que quien administra justicia “debe contar con una formación que garantice el manejo de las herramientas jurídicas necesarias para adelantar con suficiencia los juicios de responsabilidad a ellos encomendados”, entre los que se destacan la comprensión de “los bienes jurídicos y derechos en juego, naturaleza jurídica del delito y la pena, su íntima conexión con los derechos fundamentales y los presupuestos de la responsabilidad penal”.

los argumentos *per se* que sirvan para influenciar el juez, sino los que específicamente sirvan para determinar los hechos, puesto que un proceso modero sólo tolera una noción técnica de la prueba, habida cuenta que “la equiparación prueba-argumento retórico entra en una crisis irreversible”<sup>123</sup>.

En efecto, constitucionalmente se ha concebido la función social de toda defensa, tal como se desprende de los artículos 26 y 253 numeral 3° de la Carta Política y lo ratifica el Decreto 196 de 1971:

“Artículo 1°. La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia”.

“Artículo 2°. La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares...”.

<sup>123</sup> TARUFFO, ob.cit, pp. 351 y ss.

**D. LA NECESARIA E IMPRESCINDIBLE  
DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD  
COMO PRINCIPIO Y COMO CATEGORÍA  
DOGMÁTICA. SUS REPERCUSIONES  
EN LA PRUEBA**

La dogmática causalista determinó sustancialmente que el problema de la culpabilidad se expresaba en la verificación de una imputación por dolo o culpa a un sujeto imputable y del cual se pudiera afirmar que le era exigible, ante los hechos concretos y las circunstancias concomitantes, una conducta adecuada a derecho. La expresión dogmática del principio de culpabilidad coincidía de una manera formal con el principio de culpabilidad, pues su realización tenía plena efectividad en el ámbito de la tercera categoría dogmática, salvo, claro está, lo referente a los ingredientes subjetivos del tipo.

Lo anterior significa que la demostración del dolo y la culpa involucran elementos ubicados en un plano de la categoría dogmática de la culpabilidad, por lo que el examen probatorio en cuanto a este punto, coincidía en un todo con el objeto a demostrar. Especialmente es considerada tal visión cuando se

trata de la demostración del dolo, pues los elementos cognitivos, volitivos y valorativos se expresan en el mismo plano dogmático; es decir, la demostración de lo referido a las representaciones del hecho, se hacía a la par con la demostración de la conciencia de la antijuridicidad.

Con el finalismo, tal situación cambia, habida cuenta que el principio de culpabilidad, plásticamente hablando, se *difumina* a través de las categorías dogmática de tipicidad y culpabilidad. En la primera, tratándose del delito doloso, queda representada por el tipo subjetivo que involucra al dolo y a los elementos subjetivos del tipo cuando se exigen; en la culpabilidad quedan la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. Cuando se trata de los delitos imprudentes la tipicidad encarna la infracción al deber objetivo de cuidado y la culpabilidad la infracción al deber subjetivo de cuidado, en cuyo seno se estudia la culpa consciente e inconsciente.

Lo anterior tiene repercusiones en la demostración de la culpabilidad, toda vez que habrá de acreditarse componentes de la culpabilidad en sede de dos categorías dogmáticas diferentes, lo cual, bien miradas las cosas, puede hacer que los

juicios que una y otra comportan, aíslen elementos importantes cuya conexión por la vía probatoria no puede ser soslayada, puesto que pueden perderse elementos indiciarios muy importantes que podrían repercutir en el juicio de convergencia que se demanda en la valoración conjunta de la prueba.

Es evidente que, si la dogmática postfinalista propicia una tal forma de ver las cosas, puesto que, entiéndase el dolo desde perspectivas psicológicas como lo hace el finalismo –representación de los hechos y voluntad final de realización del tipo- o desde perspectivas normativas como lo hace el funcionalismo jakobsiano –dolo con un puro contenido cognitivo-, la acreditación de la culpabilidad como principio debe efectuarse en sedes diferentes, y tal aislamiento de elementos podrían hacer perder consistencia a una valoración conjunta de la prueba.

Muy representativo de lo anterior es la obra de RAGUÉS I VALLÈS, donde, el enjundioso estudio sobre el dolo, el cual puede resultar muy significativo para la dogmática colombiana, sólo aporta elementos parciales para abordar el asunto en nuestro medio, habida cuenta que se circunscribe a la acreditación del dolo en un ámbito que ni siquiera

cubre la del tipo subjetivo --piénsese que por fuera se quedarían los elementos subjetivos del tipo y la finalidad- y mucho menos la conciencia de la antijuridicidad, para cuya acreditación sin duda alguna los anteriores tienen una importancia mayúscula.

La obra de RAGUÉS I VALLÈS no sólo es el intento más ambicioso y sistemático en torno a la acreditación del dolo, sino también el estudio más completo y mejor logrado en cuanto al tema, empero, la concepción que del dolo profesa tan importante profesor --el dolo como fenómeno puramente cognitivo<sup>124</sup>-, no se corresponde con la demandada y exigida por el artículo 22 del Código Penal, puesto que allí se integra por elementos

---

<sup>124</sup> Dejaría también por fuera, la explicación y la llevada a la práctica, a los elementos subjetivos del tipo, sobre los que se ha dicho que "dirección del factor psíquico del ilícito es más importante en aquellos delitos que contienen elementos subjetivos en el tipo, esto es, que requieren que sea apuntada la voluntad hacia determinados fines y que suelen ser denominados *de tendencia interna trascendente* y se enuncian con algunas frases como *el que, con el fin de*"; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia de casación de marzo febrero 24 de 1981, M.P. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO en Jurisprudencia Penal de 1981, compilador ALFONSO REYES ECHANDÍA. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 94.

cognitivos y volitivos. Pero además, la acreditación procesal de la conciencia de la antijuridicidad, pensamos, no puede hacerse sino en conexión directa con la del dolo, a efectos de entender que la culpabilidad que procesalmente hablando debe acreditarse es aquella que responda al entendimiento de la misma como principio y no meramente como categoría dogmática.

Lo anterior resulta obvio, puesto que, si el principio de culpabilidad emana del concepto de dignidad humana, el mismo tiene que ser visto integralmente cuando de su demostración procesal se trata. En efecto, pensar lo contrario significaría sin más seccionar indebidamente el contenido de dicho principio, lo cual no resulta posible desde la perspectiva antropológica que ha adoptado la Carta Política.

Quiere decir lo anterior que, el dolo de tipo, compuesto por elementos cognitivos y volitivos, responde a una visión parcial del comportamiento humano, puesto que se ocupa de su faceta corpóreo-psíquica, pero quedan por fuera la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, todo lo cual se ubica en la faceta del mundo espiritual del hombre.

La antropología filosófica, cuya visión conceptual del hombre es la aquí adoptada, puesto que la misma es la que acoge el artículo 1 de la Carta Política, enseña paladinamente que “los *ciclos funcionales* corpóreo-psíquicos y psíquico-espirituales están estrechamente trenzados, de forma que no se pueden cerrar uno sin recorrer el otro (al menos parcialmente)”<sup>125</sup>.

Ello es evidente, puesto que si la evolución humana dejó atrás lo concerniente a la vida instintiva, para entender el comportamiento humano es imperioso reconocer que se necesita que la habilidad de asociación íntegra y relacione todas las actividades mentales de naturaleza cognitiva, afectiva y volitivas<sup>126</sup>.

La vida interior o mental unificada otorga al hombre la capacidad de control, pues el “interior del ser humano es una autoridad”, muy

<sup>125</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 109.

<sup>126</sup> GEHLEN ARNOLD. Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo. Barcelona, Paidós, 1993, p. 126.

especialmente de los centros conscientes de decisión responsable<sup>127</sup>.

Así entonces, la determinación de la culpabilidad no puede ser vista de manera que aparezca la prueba del dolo por un lado y la de la conciencia de la antijuridicidad por el otro, muy a pesar de que los requerimientos técnico-dogmáticos así lo entiendan, puesto que el juicio total sobre el comportamiento humano demanda la integralidad en su apreciación. No significa lo anterior que para dar por acreditado al dolo se requiera que se demuestre la conciencia de la antijuridicidad, pero no es menos cierto que en la demostración de ésta el dolo tiene un peso significativo.

El esfuerzo de RAGUÉS I VALLÈS puede ser capitalizado en nuestro medio, pero no debe perderse de vista que responde a una visión muy diferente del dolo y de la culpabilidad, de la aceptada por la doctrina y jurisprudencia colombiana.

La conceptualización que hace del dolo el autor mencionado se informa por una muy particular forma de entender los fenómenos humanos, vinculados exclusivamente a lo sociológico, dejando de lado lo

<sup>127</sup> GEHLEN, ob.cit, p. 139.

que en ellos aportan el mundo físico y psicológico, lo cual riñe con los presupuestos que en el aparte siguiente se señalan como los que guían este trabajo.

No hay duda de la importancia de los aportes que realiza RAGUÉS I VALLÈS, sobre todo, por cuanto, bien miradas las cosas, tales reglas se corresponden con una visión objetiva de la valoración de la prueba, donde en gran medida se logra desterrar la subjetividad del operador jurídico. Pero además, en nuestro sentir, cumple con la finalidad de lograr apreciaciones estandarizadas de cómo valorar los fenómenos humanos.

De hecho, muy a pesar de que expresamente afirma la ineptitud de la prueba indiciaria para acreditar el dolo, es evidente que dichas reglas de valoración no son cosa diferente que indicios que han adquirido una aceptación objetiva y muy amplia sobre la acreditación de tal elemento.

El punto de vista sociológico, como lo aprecia RAGUÉS I VALLÈS, no puede ser soslayado, pero no es menos cierto que la imagen del hombre generalmente aceptada, que no es otra que la que nos suministra la antropología filosófica, queda de lado en su propuesta.

De allí que bien interesante resulta la propuesta de GEHLEN, acerca de la conclusión que extrae del principio que habla de la existencia en el hombre de un ensamble de lo interno y lo externo, proponiendo que ello conlleva a precisar que “junto a una psicología interior debía haber una psicología exterior”, de manera tal que los enfoques sociológico (o socio-psicológico) y psicológico se fecunden recíprocamente<sup>128</sup>.

En esa medida pues, como se verá más adelante, resulta de sumo provecho el monumental estudio de RAGUÉS I VALLÈS.

---

<sup>128</sup> GEHLEN, ob.cit, pp. 80 y 81.



## E. LA CONCEPCIÓN DEL HOMBRE POR LA ANTROPOLOGÍA FILOSÓFICA Y LA PRUEBA DE LA CULPABILIDAD

### 1. Generalidades y fundamentos

Se ha dicho por la antropología filosófica que “con el concepto de la libertad volitiva va anejo necesariamente el concepto de responsabilidad”<sup>129</sup>, en consecuencia, como también lo entiende la doctrina penal, “el sujeto debe administrar racional y responsablemente su esfera de libertad personal”<sup>130</sup>.

Tales conceptos tienen arraigo en las dos grandes tradiciones configuradoras de la cultura occidental.

En lo más profundo de la tradición judeocristiana, por tanto en el núcleo de la civilización occidental, se encuentra arraigada tal idea. En efecto, las Sagradas Escrituras, luego de señalar que el hombre fue creado por Dios a su imagen y semejanza, precisan que el mismo fue puesto en el mundo para *sojuzgar y enseñorearse* sobre los animales, las

---

<sup>129</sup> HAEFFNER, ob.cit, pp. 163 y ss.

<sup>130</sup> FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 127.

plantas, las cosas y la tierra en general (Génesis 1:26, 27 y 28), esto es, para apropiarse del mundo y acondicionar para sí al medio ambiente y hacer de éste su nicho ecológico, sin necesidad de mutar genéticamente para adaptarse a él.

Desde lo más selecto de la filosofía griega se decía por ARISTÓTELES que “de nuestros actos somos señores del principio al fin, con sólo que tengamos conciencia de los hechos particulares”<sup>131</sup>.

La idea de norma de determinación, en el ámbito de un Estado Social y Democrático de Derecho, presupone un rechazo a un derecho penal de autor y especialmente a una culpabilidad por el carácter, toda vez que, como dice NIETO MARTÍN, tal tipo de norma sólo tiene sentido “si se admite que el hombre pueda realizar tanto una conducta prohibida como conforme a derecho”, habida cuenta que “allí donde no existe capacidad de elección entre dos alternativas de conducta carece de sentido prohibir u ordenar”. Se invoca aquí “la imagen del hombre como ser libre y autorresponsable”<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> ARISTÓTELES, ob.cit, p. 64.

<sup>132</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 35.

Si como lo dice la mejor doctrina, el principio de culpabilidad impone, como garantía individual frente a las necesidades político-criminales, el que se “ha de tomar como base la vivencia individual del autor en el momento del hecho”<sup>133</sup>, la verificación de lo exteriorizado, en contraste con sus facultades intelectivas, volitivas y valorativas, es una demanda ineludible.

Es lugar común encontrar en el ámbito de la antropología filosófica expresiones tales como que “el hombre se colocó fuera de la naturaleza y la convirtió en objeto de su dominio”<sup>134</sup>, expresión que dada su plasticidad enorme pone de presente que la conexión del comportamiento externo con el interno no puede sino entenderse, tanto a nivel teórico y especialmente práctico, como algo insoslayable; así, tal principio se encuentra presente en todo acto humano.

La subjetividad es innegable, dice LLINÁS, incluso en los animales; lo cual, al parecer, está

---

<sup>133</sup> FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 48.

<sup>134</sup> SCHELLER MAX. El puesto del hombre en el cosmos. Barcelona, Alba Editorial, 2000, p. 125.

presente también en los niveles más primitivos de la escala animal<sup>135</sup>.

Tal constatación en el ámbito de la más moderna neurociencia también es reconocida paladinamente por la antropología filosófica, al afirmarse que en la búsqueda de la comprensión de nuestro ser, subyace “la cuestión de la intención”<sup>136</sup>.

La acción del hombre como organismo inteligente es actividad que “efectúa algo en el mundo, introduce un cambio, le otorga finalidad, interviene”, obviamente “a través de actividad previsor, planificada y mancomunada”. El hombre, como ser abierto al mundo, “se guía más por circunstancias previstas y proyectadas que por lo ya presenciado y real”<sup>137</sup>, lo cual pone en evidencia la capacidad de abstracción del hombre.

La conducta humana exteriorizada no es pues algo librado al azar, como tampoco a impulsos ininteligibles o a propósitos ciegos e inexplicables, sino todo lo contrario, es gobierno de la voluntad inteligible.

---

<sup>135</sup> LLINÁS, ob.cit, p. 131.

<sup>136</sup> HAFFNER, ob.cit, p. 187.

<sup>137</sup> GEHLEN, ob.cit, pp. 39, 64 y 70.

Así entonces, como afirma SCHELER, la conducta y su forma psíquica esencial “es siempre un objeto susceptible de observación externa y de posible descripción”, algo constatable independientemente de su base fisiológica, habida cuenta que “toda conducta es siempre al mismo tiempo una expresión de estados internos, pues no hay nada intraanímico que no se exprese mediata o inmediatamente en la conducta”, tanto psicológica como fisiológicamente<sup>138</sup>.

Si el hombre es un ser dotado de una enorme “plasticidad y amplitud conductuales”<sup>139</sup>, pero en cada conducta expresa una vivencia interna motivada y voluntaria que gobierna la disposición externa, resulta conclusión elemental la de entender que el dibujo externo que traza el comportamiento tiene su propia e individual correspondencia interna. Como ser abierto al mundo las conductas del hombre no gozan de un nivel estereotipado rígido, sino complejo por la multiplicidad e infinitud de formas adaptativas, las cuales responden selectivamente a las necesidades que busca satisfacer, ya sean de carácter material o espiritual.

---

<sup>138</sup> SCHELER, ob.cit, pp. 43 y 44.

<sup>139</sup> GEHLEN, ob.cit, p. 35.

En el hombre “el aspecto interno y el externo se suponen recíprocamente” y por tanto se presenta en la conducta un “ensamble o conjunción de lo proveniente de dentro y de fuera”, como núcleo de su ser<sup>140</sup>. Ya LORITE MENA había afirmado que desde la aparición del *homo habilis* las “relaciones entre exterioridad e interioridad se entremezclan continuamente”<sup>141</sup>.

El ser humano está dotado substancialmente de una duplicidad que caracteriza su subjetividad y que se constituye en su esencia: a) “La trascendencia más allá de lo meramente fáctico mediante el saber y la libertad”; b) “La vinculación del trascender a una determinada corporeidad, situación, etc., superada a la vez que apropiada por ese trascender”<sup>142</sup>.

Significa lo anterior, en primer lugar, que todo acto humano exteriorizado no tiene sólo dicha representación fáctica, sino que fundamentalmente

<sup>140</sup> GEHLEN, ob.cit, p. 74.

<sup>141</sup> LORITE MENA JOSÉ. El animal paradójico. Fundamentos de filosofía antropológica. Madrid, Alianza Editorial, 1982, ob.cit, p. 254.

<sup>142</sup> HAEPFNER, ob.cit, p. 186.

está precedido de una actividad que integra los centros conscientes de la mente humana, producto de la conjugación, salvo factores internos o externos, excepcionales, que afecten conocimiento y voluntad; todo lo cual implica la precomprensión y comprensión del acto como conducta externa y de la situación que como tal produce al interferir en el mundo físico, psíquico, social y jurídico.

Si así son las cosas, es obvio que, con los instrumentos apropiados, resulta factible inferir del comportamiento externo aquello que internamente le corresponde.

Pero además, si “un sujeto es un ente que se relaciona consigo mismo al relacionarse con el otro”<sup>143</sup>, las experiencias humanas son vivencias individuales que adquieren objetividad en los otros, en el grupo, por lo que conocemos e interpretamos el comportamiento de los demás a través de la experiencia.

La experiencia se decanta individualmente y como tal se afirma en cada individuo, pero la tradición y la cultura la potencian exponencialmente, pues entre

<sup>143</sup> HAEPFNER, ob.cit, p. 36.

comunicación y por supuesto las respuestas adecuadas.

En este punto, como lo señala GEHLEN, según lo anotamos con anterioridad, podemos encontrar una fecunda retroalimentación entre lo que llama psicología interior y psicología exterior, esto es, entre los enfoques sociológico (o socio-psicológico) y psicológico.

## 2. Constelación de indicios

Por tanto entonces, a la luz de la concepción que del hombre tiene nuestra Carta Política, pero también teniendo en cuenta que la dignidad de la persona es fundamento de lo jurídico, la prueba de la culpabilidad no puede entenderse al margen de la visión que la antropología filosófica tiene del sujeto.

Tal concepción, bien puede afirmarse, no es sin más ni más una verdad verdadera, ontológica, infinita e irrefutable, dado que la misma es, como verdad humana, la que corresponde al estado actual de los conocimientos y de la cultura política de nuestra mundo occidental; pero es la verdad que hemos adoptado como presupuesto objetivo del entendimiento del hombre y por supuesto de la forma en que se configuran sus instituciones sociales.

los seres humanos se trasmite un cúmulo de conocimientos y experiencias que cada individuo no ha requerido vivir, incluso no los percibe actual y conscientemente pero están ahí, en su ser, que los hace hijos de su tiempo, pero que también la sociedad los ha objetivado como algo que pertenece al patrimonio común de la humanidad.

Allí tenemos lo que se conoce como la experiencia decantada de la vida<sup>144</sup>, que al unísono con el conocimiento común social de carácter institucionalizado, obtenido a través de la familia, la religión y el Estado, como también el sentido común y la práctica social localizada, permiten extraer reglas objetivas a través de las cuales no sólo se entiende el comportamiento humano, sino que igualmente aprendemos a interpretarlo.

Tal verdad de a puño es indiscutible, pues si así no fuera, no podríamos desenvolvernos en la sociedad, sino bajo el presupuesto del conocimiento personal e individual que tengamos de cada sujeto con el que interaccionamos, lo cual haría inviable la

<sup>144</sup> La doctrina utiliza una expresión similar, aun cuando se nos antoja de menor alcance, pues se refiere a la *experiencia de vida normal*, entendiéndola como aquella que surge del "curso normal y ordinario de las cosas"; LÓPEZ MIRO, ob.cit, p. 62.

Así pues, ateniéndonos a ese tipo de verdad, partiendo obviamente de los logros de la neurociencia y la antropología filosófica, al interpretar el comportamiento humano externo podemos inferir lo interno que lo gobierna y hace inteligible, al menos limitadamente según lo que conocemos, en aras de administrar justicia humana.

Mostrándonos de acuerdo con las dos fundamentales esferas de lo subjetivo humano descritas por HAEFFNER como lo *corpóreo-psíquico*, por un lado, y lo *psíquico espiritual*, por el otro, lo cual coincide, respectivamente, con las llamadas *conciencia técnico-práctica* y *ético-práctica* formuladas por él mismo, donde queda dimensionado el hombre como ser psicológico y ser espiritual según SCHELLER, debemos atenernos a ello cuando se trate de aprehender en nuestra dogmática al principio de culpabilidad y especialmente cuando se trate de llevarlo a la praxis judicial.

Para la afirmación de la culpabilidad deben quedar constatados indicios que conciernen a la demostración de la conciencia técnico-práctica y a los cuales nos referiremos como indicios de aptitud y actitud, como también, por otro lado, pero en

singular convergencia, la constatación de indicios que conciernen a la demostración de la conciencia ético-práctica y a los cuales llamaremos indicios de comprensión valorativa.

## 2.1. Indicios de aptitud

### 2.1.1. Fundamentos

La libertad de la voluntad debe afirmarse, en principio y darse por sentada, en la gran mayoría de comportamientos humanos, habida cuenta que “la idea de una actuación, que procede de la decisión libre, puede referirse o no, aquí y ahora, a esa determinada actuación”, salvo que intervengan en concreto situaciones o hechos que refieran en el individuo alguna patología psíquica o mental –*contradicción entre término y asentimiento*-<sup>145</sup>. Súmase a las anteriores las patologías fisiológicas.

Según LLINÁS, la naturaleza de la mente humana está configurada como consecuencia del “perenne mecanismo de ensayo y error”. Se ha de entender como un estado funcional del cerebro, esto es, como “un instrumento que implementa las interacciones

<sup>145</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 164.

predictivas y/o intencionales entre un organismo vivo y su medio ambiente”<sup>146</sup>.

Se ha demostrado en el proceso que el sujeto goza de una fisiología cerebral normal y que además es imputable, puesto que no ha padecido permanentemente ni transitoriamente ninguna patología psicológica o mental, como tampoco tiene una formación cultural que lo ponga al margen de lo que se entiende como forma de vida ordinaria en una sociedad regida por la comprensión de leyes tan básicas como las de causa y efecto.

Despréndase de allí los siguientes indicios que convergentemente demuestran que el sujeto tenía la capacidad necesaria y suficiente para llevar a cabo dicho comportamiento y que el mismo es reflejo de lo que en su mente vivió:

#### 2.1.2. Subconstelación de indicios de aptitud

a) El indicio de aptitud fisiológica cerebral que indica que el acto realizado es producto de una actividad interior que se corresponde con la exterior.

---

<sup>146</sup> LLINÁS, ob.cit, pp. XV y 4.

Se funda ello en que para la actividad humana resulta esencial la motricidad, propiedad biológica resultado de la fisiología del sistema nervioso, que instrumenta y expresa un “movimiento activo dirigido”<sup>147</sup>.

Si como desde hace mucho tiempo se afirmaba, aún de manera imprecisa, que “no puede haber actividad mental sin que exista cierta clase de actividad muscular”<sup>148</sup> y hoy se ha constatado que los organismos complejos, pero especialmente el humano, están organizados de tal forma que los impulsos que originan la actividad motora “tienen que ser ordenados y dirigidos a fin de que produzcan la reacción de mayor provecho para la totalidad del organismo”<sup>149</sup>, el funcionamiento de la actividad

---

<sup>147</sup> LLINÁS, ob.cit, p. 17. Tal constatación la realiza la neurociencia a partir de lo que sucede con un organismo primitivo conocido como *Ascidiaeae*, que cuando adulta se adhiere estacionariamente a un objeto y así transcurre su vida alimentándose de filtrar el agua, motivo por el cual, antes de llegar a tal estado, al dejar de ser larva, consume su cerebro que le servía inexorablemente para su movimiento en búsqueda de un lugar donde aprehenderse; *ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>148</sup> LINTON, ob.cit, pp. 76 y 77.

<sup>149</sup> LINTON, ob.cit, p. 74.

mental y su traducción en comportamiento exterior no es un producto vacío.

ARISTÓTELES, que cifraba el fin de toda actividad humana racional en la felicidad, decía que, para la búsqueda de ésta “yerro muy grande sería encomendar al azar lo más grande y lo más bello”<sup>150</sup>.

De allí que, si no aparece situación alguna que de cuenta dé lo contrario, se tiene que el individuo estaba en capacidad de saber lo que hacía y conducir la acción, luego entonces se infiere que supo lo que hizo y lo llevó a cabo con voluntad. Es obvio que no se actúa por actuar.

b) El indicio de correspondencia de la actividad mental con lo exteriorizado en un ámbito de control que supera a los movimientos reflejos, pero que de alguna forma todavía, aunque no perteneciente al mundo consciente, se rige por una meta objetivada.

Esto es, a través de la percepción se origina la predicción como “expectativa de eventos por venir”, función radicalmente diferente a la que origina los reflejos, puesto que “constituye la verdadera entraña de la función cerebral”. Las señales sensoriales en

<sup>150</sup> ARISTÓTELES, ob.cit, p. 22.

los animales con cerebro, dice LLINÁS, “adquieren representación gracias a su impacto sobre una disposición funcional preexistente” al mismo, y se “orientan hacia una meta”, pues así se anticipa “el resultado de sus movimientos con base en los sentidos” y se predicen “eventos futuros”, esto es, se hace “un pronóstico de algo específico que puede suceder”<sup>151</sup>.

Sin desconocer dichos patrones de acción fijos, el sistema nervioso ha sumado otro estado funcional, relacionado con “los movimientos voluntarios”, lo cual da cuenta del “aumento de la intencionalidad sofisticada”<sup>152</sup>, de lo que se deduce que si no se ha presentado error en la percepción producto de fallas fisiológicas, psicológicas o psiquiátricas, resulta pertinente entender que algo se quería en un ámbito dotado de sentido. Sólo puede descartarse que no es así cuando una expresión motora generada por uno o algunos circuitos cerebrales no se encuentra interconectada con los demás, en tanto opera aisladamente de las sensaciones,

<sup>151</sup> LLINÁS, ob.cit, pp. 4, 10,22, 25 y 26.

<sup>152</sup> LLINÁS, ob.cit, p. 281.



pensamientos y contexto apropiado, excluyéndose así la intencionalidad<sup>153</sup>.

Allí radica la diferencia entre lo que sin intención podría erróneamente comunicar el movimiento y lo que con intención comunica el movimiento. Si no existió anomalía alguna que explique lo contrario, se tiene que el individuo sabía y quiso lo que hizo.

c) El indicio de la realización objetiva a través de la cual se ha expresado un acto humano.

ARISTÓTELES declaraba que lo *propio* del hombre está dado por el entendimiento de “la vida como actividad”, esto es, por “lo que queremos significar”<sup>154</sup>.

Resulta esencial en la concepción del hombre una integración vital entre cerebro y cuerpo, especialmente la mano, entre los que existe lo que

---

<sup>153</sup> LLINÁS, ob.cit, p. 285. Se trae como ejemplo el caso de una mujer que hallándose en estado vegetativo permanente por más de veinte años, con frecuencia pronuncia palabras aisladas de manera espontánea, que no guardan relación alguna con la estimulación externa, debido a un daño masivo de varios circuitos cerebrales; con lo que se evidencia que ciertos circuitos cerebrales individualmente pueden soportar la expresión motora.

<sup>154</sup> ARISTÓTELES, ob.cit, pp. 16 y 17.

se ha denominado “un centro de integración relacional”, originándose una actitud no apreciable en los animales. Tal integración moldea un “recorrido con realizaciones objetivales” que dota a lo que se hace de un “significado humano”, dada su integración coherente como “totalidad significativa”<sup>155</sup>.

La conducta inteligente está marcada por “una suerte de *selección* y *ajuste*, condicionada por el fin impulsivo, de *relaciones objetivas* de elementos del entorno percibidos aisladamente”. Allí, entre los elementos del entorno, aparece la experiencia respecto de la causalidad (causa-efecto), que resulta inherente a la “actividad impulsiva” y como tal “coincide plenamente con su ser medio para”<sup>156</sup>.

Es la aptitud que predispone al hombre para llevar a cabo con éxito lo que los finalistas denominaron como supradeterminación de la causalidad.

d) Indicio de correspondencia entre el pensamiento abstracto, por lo tanto la capacidad de poner en

---

<sup>155</sup> LORITE MENA, ob.cit, pp. 212, 214 y 215.

<sup>156</sup> SCHELER, ob.cit, pp.61 y 64.

práctica una “actividad previsora, planificada y mancomunada”, y lo finalmente realizado por el sujeto.

LLINÁS entiende el pensamiento, como “la interiorización evolutiva del movimiento” y la abstracción, como “representación mental de algo”, es reconocida como “un principio fundamental del sistema nervioso”<sup>157</sup>.

Y si en la formación de la personalidad del individuo intervienen su experiencia y sus cualidades constitucionales, en un todo integrado de carácter funcional ajustado mutuamente<sup>158</sup>, es de esperarse, con razonable objetividad, que también así ha ocurrido en el concreto evento, de no presentarse algún fenómeno extraordinario que explique lo contrario.

Ya ARISTÓTELES captaba este fenómeno a la perfección cuando afirmaba que “los deseos de los incontinentes van en sentido contrario a la

---

<sup>157</sup> LLINÁS, ob.cit. pp. 41 y 262. LLINÁS define la abstracción como “*la capacidad de separar las propiedades de las cosas de las cosas en sí mismas*”; ibídem, p. 265.

<sup>158</sup> LINTON, ob.cit. p. 449.

razón”, por el contrario, la del hombre *continente* van en sentido configurado por la razón<sup>159</sup>.

Se descarta pues, que factores internos o externos que estimulen anómalamente la actividad mental, hayan influido en la realización de una actividad voluntaria e inteligible. De hecho, como anota MUÑOZ I SABATÉ, también existen patrones adaptativos en ciertas conductas neuróticas o psicóticas que “en términos de generalidad devienen *anormales*”<sup>160</sup>.

Así entonces, si se verifican los anteriores indicios, se determina que el sujeto desde el punto de vista estático-abstracto de la conciencia “técnico-práctica”, estaba en plena capacidad de entender no sólo los actos previos, concomitantes y posteriores de la conducta enjuiciada, sino también su alcance y significados fáctico y jurídico.

En fin, el sujeto cuenta a plenitud con sus facultades intrínsecas de ser racional, mediante las cuales se establece que no sólo tiene conciencia de su entorno, sino también autoconciencia de sí mismo.

---

<sup>159</sup> ARISTÓTELES, ob.cit. p. 30.

<sup>160</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit. p. 22.

Se trata aquí, en gran medida, de la aptitud para lo que RAGUÉS I VALLÈS denomina *conocimientos mínimos*, los cuales “se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de otras características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad”. De allí emana una regla objetiva según la cual a quien se impute los conocimientos mínimos “se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad”<sup>161</sup>.

Obviamente nuestro sistema no conoce la figura jurídica de la semiinimputabilidad, empero, también lo es que tal afirmación tiene mayor peso cuando se trata de imputables.

Si bien será tema de la siguiente subconstelación de indicios, el mencionado autor diferencia entre conocimientos mínimos en sentido estricto, que se atribuyen a quien no resulta plenamente inimputable, y conocimientos mínimos en sentido amplio, que se atribuyen al sujeto plenamente imputable, esto es, a quien ha recibido “una socialización normal”, en tanto

---

<sup>161</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 333 y 387.

ha “mantenido contactos con la sociedad que le juzga” y “tales conocimientos no forman parte del marco cultural del que proviene tal sujeto”<sup>162</sup>.

Finalmente, pues, debe afirmarse que el manejo de estos indicios responde a lo que se conoce como el “*modelo de exclusión de alternativas*”, calificado como coherente por la doctrina, en tanto no es más que una “tendencia jurídico-penal a hacer aproximaciones negativas” en el conocimiento de los fenómenos humanos<sup>163</sup>.

Significa lo anterior que aquí se opera en similar forma a la manera en que operan las reglas excepciones, incluyendo el manejo de la duda a favor del procesado tal como se expuso en la parte pertinente.

## 2.2. Indicios de actitud

### 2.2.1. Fundamentos

Dan cuenta estos, muy especialmente, de la “conciencia técnico-práctica” en su faceta dinámica-

---

<sup>162</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 389.

<sup>163</sup> Da cuenta de la aplicación de tal modelo en el derecho penal DÍEZ RIPOLLÉS, ob.cit, p. 324.

concreta, entendida como aquella en la que “se da la percepción de las circunstancias de cara a una meta, así como de los medios y caminos para su realización: se capta una situación y uno se entiende a sí mismo de cara a una actuación que conduce a la meta deseada”. La misma se amplía con un saber o varios de todo tipo como la experiencia de la vida, formación en un oficio o en la dirección de hombres, ciencias técnicas<sup>164</sup>.

La libertad de la voluntad, ya de manera específica, debe afirmarse allí donde no hayan intervenido en concreto situaciones o hechos que la violenten o engañen en la valoración de las actuaciones propias o ajenas, lo que se denomina *certeza práctica*<sup>165</sup>.

De conformidad con los hechos en concreto investigados, vistos integralmente, esto es, también desde una perspectiva temporal anterior, concomitante y posterior a la conducta enjuiciada, puesto que la mente, según LLINÁS, “evoluciona para dirigir las interacciones de un organismo vivo con su entorno” y las imágenes internas sólo pueden

<sup>164</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 145.

<sup>165</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 164.

“exteriorizarse mediante el movimiento”<sup>166</sup>, se tiene que para afirmar la debida relación acto interno comportamiento externo deben estar presentes indicios que así lo acrediten.

## 2.2.2. Subconstelación de indicios de actitud

a) Indicios de la correspondencia actuación interna-comportamiento externo derivados del conocimiento del objeto.

Según HAEFFNER “el concepto de finalidad actúa como principio de la unidad de un objeto”<sup>167</sup>, esto es, se quiere aquello hacia lo cual va dirigido el comportamiento, de tal manera que, por virtud de un proceso inverso de reconstrucción, podemos inferir del conocimiento lo que se quería.

Lo anterior es obvio, puesto que “el conocimiento ambicionado y el objeto que se muestra forman una sola cosa; lo cual supone ontológicamente que yo, como ser que conoce *actu*, Llego a identificarme con la cosa”. Contrario a lo que sucede con el animal, en el que “la estructura preprogramada de su comportamiento” lo hace presa de su medio

<sup>166</sup> LLINÁS, ob.cit, pp. 4 y 68.

<sup>167</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 32

ambiente, en el hombre surge “la idea de una vida con sentido”. Los hombres estamos “vinculados a una vida con sentido”<sup>168</sup>

Los estudiosos del tema han recondicionado dichos conocimientos a una regla general que enseña que no se puede querer lo que no se conoce (*Nihil volitum nisi praecognitum*).

Los indicios pueden ser de diferente orden temporal, esto es, anteriores, concomitantes y posteriores, vinculados obviamente con el sujeto y el rol específico que desempeña, como también de las calidades del objeto.

De allí que, constituya lugar común, la afirmación que señala que “quien se representa con certeza que con su conducta va a producir de manera necesaria determinadas consecuencias de algún modo también las quiere”; pero también puede entenderse que existe dolo cuando el sujeto se ha representado en grado de probabilidad la producción de un resultado, esto es, ha “actuado con consciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal”<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> HAEFFNER, ob.cit, pp. 30, 31, 140 y 180.

<sup>169</sup> Da cuenta de esta opinión, de un muy importante sector doctrinal, RAGJÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 46 y 49.

El hecho humano tiene características muy propias, toda vez que, como afirma LORITE MENA, la instrucción y por ende la cultura, entendidas como la transmisión no genética de “*unas formas precisas de hacer disponibles las cosas*”, implica “una constancia intencional y colectiva”, que genera una “progresión del mundo objetivo” y determina nuestra actitud vital<sup>170</sup>.

El hombre dotado de los atributos de la experiencia y la anticipación imaginaria “es capaz de un conocimiento y afirmación de lo que es bueno en sí”, allí radica el *núcleo de su libertad*<sup>171</sup>, por tanto cuando todo indica que existe una conexión consciente entre el objeto conocido y lo realizado externamente, es porque esto se quiso. Lo anterior se potencia si va ligado a conocimientos especiales, sin los cuales “sería impensable que pudiera reunir tales características”<sup>172</sup>.

La experiencia y los conocimientos especiales adquieren una importancia significativa en este punto,

<sup>170</sup> LORITE MENA, ob.cit, pp. 228, 230 y 237.

<sup>171</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 174.

<sup>172</sup> En cuanto al contenido de los conocimientos especiales RAGJÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 429.

pues la primera es tan decisiva en la conformación del desarrollo humano, que incide definitivamente en el funcionamiento de las neuronas corticales<sup>173</sup>; y los conocimientos y habilidades especiales predisponen al sujeto para conocer aquello relacionado con su especialidad.

Allí tenemos un indicio relevantemente significativo para afirmar el dolo directo. El dolo tiene que ver con lo conocido y la culpa con lo conocible.

Los datos fácticos se infiere que son conocidos cuando las propiedades del instrumento comunicante tiene tales características que no puede soslayarse su apreciación o percepción por un sujeto, tal como ocurre, según MUÑOZ I SABATÉ<sup>174</sup> con:

-La *magnitudo*, expresión en la cual se engloba “todos aquellos determinantes externos derivados del tamaño, intensidad, color o movimiento de un objeto y que le dan ventaja para estimular la atención” y por ende obtener una mayor fijación;

-La *affectio*, o relaciones de índole familiar, amistad, negocios, laborales, etc., que facilitan la apertura

<sup>173</sup> GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, p. 97.

<sup>174</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, pp. 51 y ss.

comunicativa, toda vez que se constituyen en “una comunidad de intereses donde el conocimiento del hecho ya no es ocasional, sino motivado”;

-La *vicinitas* o proximidad, lo que indica que, dada una determinada cercanía, no es posible ignorar un hecho sucedido dentro de dicho entorno;

-La *contigueta* o inmediatez del receptor al objeto, lo cual “permite inferir, en circunstancias normales su percepción por aquél”;

-Y otros como la publicidad, hábito, tiempo, móvil, alertas, noticia, etc.

Muy significativas también resultan las reglas expuestas por RAGÜÉS I VALLÉS<sup>175</sup> en torno al tema:

-“Si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”;

-“Una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el

<sup>175</sup> RAGÜÉS I VALLÉS, ob.cit, pp. 403 y ss.

momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido”;

-“Deben imputarse al sujeto los conocimientos exteriorizados con anterioridad al momento de realización del hecho objetivamente típico, cuando la entidad de tales conocimientos, o el breve intervalo de tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no hagan pensable que se haya podido dejar de contar con ellos”; y,

-“Los conocimientos exteriorizados por el sujeto durante la realización del hecho típico deben serle imputados”;

Las exteriorizaciones pueden ser explícitas y por actos concluyentes. De todos modos, cuando las mismas puedan interpretarse como una respuesta patológica, aconseja el connotado autor rechazarlas.

Súmase a lo anterior, cuando se trata de delitos de resultado, la necesidad de que al correcto

conocimiento de la aptitud lesiva de la conducta en abstracto debe sumársele lo que denomina *correcto conocimiento situacional*, esto es, *el juicio de concreta aptitud lesiva*, donde los conocimientos generales queden debidamente integrados con los relacionados con la situación concreta. Para ello, resulta imprescindible entender, que al sujeto, en poder de los conocimientos ya mencionados, no le es dable que “haya dejado de realizar una determinada valoración o reflexión vinculada con la concreta aptitud lesiva, es decir, la concurrencia en su conducta de “circunstancias objetivas” que la hacen “apta para causar el resultado lesivo”, pues si falta esto podríamos estar ante una “realización imprudente”<sup>176</sup>.

Podría afirmarse que sólo en el dolo directo se da una plena correspondencia entre los ciclos funcionales corpóreo-psíquico y psíquico-espiritual, habida cuenta que, si se produce un desfase entre ellos, de acuerdo a la extensión e intensidad, nos encontraremos ante formas de imputación subjetiva menos censurables.

---

<sup>176</sup> RAGUÉS I VALLES, ob.cit, pp. 443 y ss.

Así, cuando la prueba no es determinante para afirmar un querer, pero sí el conocimiento de la probable producción de un resultado, dadas las condiciones para su realización, el juicio se detiene en el ámbito del dolo eventual. El indicio relevantemente significativo para su afirmación es el hecho objetivo de haber dejado el autor librado al azar la producción del resultado, al no constatarse la existencia de un comportamiento externo revelador de una confianza en poder evitar el resultado.

La confianza en poder evitar un resultado sin más, no se traduce en la consideración de una conducta imprudente, puesto que, como lo establece la doctrina, se han introducido límites objetivos exigiendo que la misma debe ser considerada racional en orden a producir dicho efecto, toda vez que “meras esperanzas intrascendentes” ubican a la conducta en el ámbito del dolo eventual. Aquí se refleja en la conducta del sujeto una indiferencia hacia el bien jurídico muy a pesar de conocer la probabilidad o posibilidad de ocurrencia típica<sup>177</sup>.

<sup>177</sup> RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 106 y 114.

Lo anterior tiene anclaje en el atributo esencial del ser humano, consistente en que el conocimiento de éste no sólo se funda en realidades y experiencias, sino que, por virtud de la cultura, de la intersubjetividad, también, con ellas, en “posibilidades”: “La lectura humana de la realidad la percibe no sólo en lo que *es*, sino en lo que *puede ser*”; ve las cosas en acto y a la vez en potencia”<sup>178</sup>.

Con ello se ha objetivado un resultado de la práctica forense, muestra irrefutable de la significación social que dicho indicio ha adquirido, por lo cual el legislador decidió llevarlo a sede de reconocimiento sustancial (artículo 22 del Código Penal).

El transitar a alta velocidad por una calle estrecha y en horas donde la misma es muy concurrida por muchas personas, implica conocer los riesgos inherentes a dicho comportamiento, empero, ello no detiene al empedernido conductor quien espera que todos se aparten de su camino. Allí nos encontramos ante un dolo eventual.

Lanzo hacia arriba a un pequeño niño, con todo, conociendo el riesgo, me mantengo atento a recibirlo ante su descenso por la fuerza de la gravedad, con

<sup>178</sup> GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, p. 99.



tan mala suerte que por tener las manos sudorosas no logro asirlo y se golpea fuertemente, causándole lesiones personales.

Aquí se tienen configurados los indicios que acreditan una culpa consciente, pues el sujeto sabe del riesgo que origina y del resultado que puede materializar dicho riesgo, empero, a través de actos externos deja reflejado que en su interioridad, muy a pesar de ello, confía en poder evitarlo (artículo 23 del Código Penal).

Respecto de la culpa inconsciente, se tiene que no es posible afirmar una total previsibilidad, como tampoco una falta total de previsibilidad. Lo cierto es que sí se puede afirmar una “amplia previsibilidad”<sup>179</sup>. Los conocimientos del sujeto, en el ámbito del ciudadano medio, contrastados con la ocurrencia en concreto de unos hechos y sus condiciones de modo, tiempo y lugar nos indicarán si el resultado le era particularmente previsible.

b) Indicio del móvil para llevar a cabo el comportamiento derivado de estados emotivos del sujeto.

---

<sup>179</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 172.

Las emociones, para LLINÁS, “representan la plataforma premotora que impulsa o que frena la mayoría de nuestras acciones”. Así, “bajo circunstancias normales, los estados emocionales son disparadores de la acción y de su contexto interno”<sup>180</sup>.

ELLERO afirmaba contundentemente que “*el hombre no se determina a realizar acción alguna sin un motivo*”, lo cual calificó de *principio inconcuso*<sup>181</sup>. De los signos somáticos externos es preciso inferir “reacciones emotivas internas”<sup>182</sup>.

Son factores típicamente motivacionales, como por ejemplo, en la simulación, la necesidad o el afecto según MUÑOZ I SABATÉ<sup>183</sup>.

Por su naturaleza y efectos sólo pueden ser anteriores o concomitantes a la conducta enjuiciada. Empero, pueden aparecer explicitados con posterioridad a la conducta, en el mismo o en

---

<sup>180</sup> LLINÁS, ob.cit, pp. 182 y 183. Para la prueba indiciaria resulta pertinente GORPHE, ob.cit, pp. 269.

<sup>181</sup> ELLERO, ob.cit, pp. 76 y ss.

<sup>182</sup> GIANTURCO, ob.cit, p. 89.

<sup>183</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 363 y ss.

diferente escenario donde ella se realizó, como manifestaciones actuales o verbales.

De todos modos, y esto vale para los consiguientes indicios, debe procederse con suma cautela, habida cuenta que, como recomiendan los expertos, si bien de las disposiciones particulares del individuo “se infieren de acuerdo con sus manifestaciones internas”, no es menos cierto que “si hay algunas acciones o emociones que pueden resultar reveladoras, hay muchas equívocas o carentes de significación definida”<sup>184</sup>.

c) Indicios de los trazos objetivos del comportamiento, por su forma de manifestarse y la incidencia sobre el objeto en que recae, de los cuales se puede inferir su correspondencia interna.

Los fenómenos antropológicos se definen por una orientación marcada por el concepto de subjetividad y, en consecuencia, “el fenómeno de la corporeidad constituye una parte decisiva de la interpretación de la subjetividad”<sup>185</sup>.

<sup>184</sup> GORPHE, ob.cit, p. 233.

<sup>185</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 107. Desde antaño ya se decía que “el cuerpo es el espejo del alma” y “tan íntimo es su concurso y recíproca su influencia, que no pocas veces léense en aquél las pasiones y lucubraciones de ésta”, ELLERO, ob.cit, p. 71.

Las predicciones y la intencionalidad “*nienen metas*”, en tanto no tendrían un “marco de referencia”, lo que enseña que un movimiento sin objetivo no es posible por inútil o peligroso: el “destino o meta del movimiento debe definirse con precisión, o sea que lo intentado se haga *en relación* con las propiedades del objetivo”, habida cuenta que la intencionalidad “es el detalle premotor del deseo de obtener un resultado mediante un movimiento que exprese cierto estado emocional”. Aparece así la intencionalidad “como una manifestación motora de lo que está sucediendo en nuestra cabeza”<sup>186</sup> y puede hablarse, en consecuencia, como lo hace la antropología filosófica, de “una precisión global del gesto” y por ende “un condicionamiento de lo mental sobre lo manual”<sup>187</sup>.

En la llamada “atención intencionada” se tiene que “se anticipan a modo de tentativa, mediante ciertos condicionamientos, aquello que posiblemente se muestra en el objeto”<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> LINÁS, ob.cit, p. 264.

<sup>187</sup> LORITE MENA, ob.cit, pp.246 y 250.

<sup>188</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 141.

Ya desde hace bastante tiempo GIANTURCO afirmaba que de la actitud, del comportamiento y, en fin, del “modo de hacer”, se infiere lo correspondiente a la interioridad<sup>189</sup>.

Por vía ejemplificativa podríamos señalar una subconstelación de indicios pertenecientes a este sector<sup>190</sup>:

-La forma en que se ejecuta el comportamiento desde perspectivas intensiva<sup>191</sup> y extensiva.

<sup>189</sup> GIANTURCO, ob.cit, p. 89.

<sup>190</sup> Se pregona la necesidad de que tanto doctrina como jurisprudencia dirijan sus esfuerzos a seleccionar aquellas conductas que, respecto de determinadas modalidades delictivas, deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de ciertos resultados”; RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 475. Por ejemplo, para el establecimiento de dolo homicida y descartar el dolo de lesiones, cuando se trata de tentativa de homicidio, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una importante subconstelación de indicios; GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO URBANO MARTÍNEZ JOSÉ JOAQUÍN. “Delitos contra la vida e integridad personal” en *Lecciones de Derecho Penal Especial*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.

<sup>191</sup> Se dice que cuando el atractivo de un “comportamiento reside precisamente en la creación de un riesgo, es decir cuando el sujeto activo haya llevado a cabo una conducta cuya única razón de ser sea la creación del riesgo que tal conducta implica”, debe atribuirse el conocimiento de dicha situación; RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 479.

-La aptitud de los instrumentos y su utilización medial para el logro de un fin, esto es, la idoneidad del comportamiento. Desde ARISTÓTELES se afirmaba que los instrumentos son elegidos de conformidad con los fines: “El deseo, en suma, mira sobre todo al fin de la acción, mientras que la elección, por su parte, a los medios”<sup>192</sup>.

-La complejidad o la implementación de varios actos para obtener un logro, así como también las circunstancias espacio-temporales de realización.

-La repetición del mismo acto o actos semejantes

-La dirección que se imprime teniendo en cuenta la vulnerabilidad del objeto.

-El actuar acompañadamente con otros.

-Al sujeto que tras el hecho exterioriza su disconformidad con éste no le debe ser imputada, sin más, la consciencia de su potencialidad lesiva<sup>193</sup>.

Son, entre muchas situaciones y circunstancias, fiel reflejo de la correspondencia de lo externo con lo interno.

<sup>192</sup> ARISTÓTELES, ob.cit, pp. 15 y 55.

<sup>193</sup> Así, aunque es enfático en afirmarlo, RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 503.

En fin, pues, la intencionalidad “se reconstruye o constata a través de las exteriorizaciones puestas de manifiesto” por la conducta<sup>194</sup>, obviamente, bajo la lupa de la praxis social-jurídica.

Son, por su naturaleza, anteriores, concomitantes y posteriores a la conducta enjuiciada<sup>195</sup>.

Especialmente los indicios pertenecientes a las subconstelaciones b) y c) del punto 2.2.2. son los que configuran el dolo directo en un específico comportamiento.

## 2.3. Indicios de comprensión valorativa

### 2.3.1. Fundamentos

La conciencia “ético-práctica”, la cual se acredita mediante los llamados indicios de comprensión valorativa, trata de la “captación de unas metas posibles, y en sí valiosas, de mi actuación. Su forma fundamental es la conciencia que prohíbe, ordena e invita”<sup>196</sup>, afirma HAEFFNER.

<sup>194</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 137.

<sup>195</sup> Tal clasificación, temporal y circunstancialmente comprendida, ya en MITTERMAIER; ob.cit, pp. 373 y ss.

<sup>196</sup> HAEFFNER, ob.cit, p. 145.

Aquí es donde encontramos en su máxima expresión la capacidad específica que tiene el hombre para “separar *esencia* y *existencia*” (capacidad de abstracción), lo cual se constituye en la nota esencial del espíritu humano, sede de la razón, “en tanto que aptitud y capacidad de producir y configurar nuevas *formas* de pensar, amar y valorar”. Aquí se produce lo que se conoce como acto de *desrealización*<sup>197</sup>.

La expresión desrealización nos conecta con la idea de separación de lo físico y de lo puramente psicológico, para asentarnos en un ámbito pleno de valoración.

El acto de desrealización, cuando supera la dinámica de la finalidad y muy especialmente de la representación del curso de los acontecimientos, se constituye en la actividad más pura del espíritu.

Si ello es así, resulta obvio que aquí el objeto de la prueba o *thema probandi* no es de la misma naturaleza que aquellos a los cuales se refieren los indicios de aptitud y actitud, pues cuando nos encontramos en un campo esencialmente valorativo no resulta pertinente “*acreditar una verdad*”.

<sup>197</sup> SCHELLER, ob.cit, pp. 82, 86 y 87.

No se puede por incompatible, como dice ALEXI, pretender aplicar en el ámbito de la razón práctica, cuando tratamos de la conducta humana, de las normas y de los valores, “los mismos métodos de las ciencias exactas”; si el derecho se mueve en el “campo de la argumentación”, donde se trabaja con lo “verosímil, lo plausible y lo probable”, encuentra una oposición a la forma de operar clásica, fundada en la “*demonstración y la lógica formal*”<sup>198</sup>.

El establecimiento de lo jurídico o antijurídico es de enorme complejidad, no se puede en tal ámbito hablar de lo falso o verdadero, pues la naturaleza de la cosa no lo permite. Pero tampoco, como lo señala la mejor doctrina, puede darse rienda suelta por parte del operador jurídico a sus convicciones morales, sino que imperan “las razones morales relevantes, o sea la búsqueda de un criterio correcto fundado en convicciones extendidas o generales”<sup>199</sup>.

El conocimiento de lo jurídico, por lo mismo, también de lo antijurídico, es algo no sujeto al

---

<sup>198</sup> ALEXI ROBERT. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p.23 y 24.

<sup>199</sup> ALEXI, ob.cit, p. 32.

concepto de verdad. Por tanto los criterios no se fundan en lo que fue, es o será, sino en lo comprensiblemente adecuado al criterio que se tiene en la comunidad jurídica de lo justo o injusto.

Si lo justo o injusto, esencia del derecho, no puede ser entendido en términos de verdad o falsedad, de la comprensión que el sujeto tenga de ellos, tampoco es factible predicarlo y mucho menos demostrarlo conforme a una postura tradicional.

Allí estriba la necesidad de atender con mayor rigurosidad criterios objetivos de corrección y ponderación en la evaluación de los indicios de comprensión valorativa.

Por tanto entonces, aquí como en ningún otro sector, operan criterios de atribución o adscripción en los términos utilizados por RAGUÉS I VALLÈS cuando se trata de la constatación del dolo cognitivamente comprendido. Es decir, para afirmar que un sujeto tuvo conciencia actual o actualizable de lo injusto se requiere por el juez adscribirle o atribuirle a dicho sujeto unos modelos de comprensión objetiva de lo que como tal entiende la comunidad jurídica, del significado social de su acto y la forma como lo concibe ésta, de cuyos

rassgos se desprenda que su valoración jurídica es incompatible con ella y así lo entendió o estuvo en capacidad de entenderlo el imputado.

Así lo establece el Código Penal cuando señala, tratándose del mínimo exigido para formular el juicio de reproche, que “para *estimar* cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta” (artículo 32 numeral 11 inciso 2°). Resaltado fuera de texto.

Nótese la utilización del verbo “*estimar*”, lo que nos ubica en el campo de la valoración, de lo comprensible, en fin de lo estimativo.

No se trata, obviamente, de patrocinar, pero ni siquiera insinuar, aquella tendencia subjetiva sobre los valores que en cierta forma fue adoptada por el movimiento neokantiano en Alemania, del cual se informó y nutrió la llamada metodología neoclásica de la dogmática penal. Aquella forma de pensar según la cual el valor depende de lo que así, conforme a reacciones fisiológicas o psicológicas, lo conciba el sujeto que valora y por

lo tanto genere en él un deseco<sup>200</sup> o conforme lo proyecten los sentimientos de agrado o desagrado del sujeto, esto es, emanación de los sentimientos o apetitos del sujeto<sup>201</sup>.

Se trata, como se ha dicho, de una estimativa adecuada, comprensible en la órbita de la significación jurídica objetiva de una comunidad jurídica determinada por los valores pluralistas y democráticos de un Estado constitucional, inmerso en el sistema internacional de los derechos fundamentales. De un sistema de valoración que entienda que valorar no es un acto caprichoso, arbitrario y subjetivo, sino, como lo sentenció ORTEGA Y GASSET, “el reconocimiento de un valor residente en el objeto. No es una *questio facti*, sino una *questio juris*. No es la percatación de un hecho sino de un derecho. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia. Y nuestro

<sup>200</sup> Cfr. FRONDIZI RISIERI. ¿Qué son los valores?. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 26 y 27.

<sup>201</sup> Cfr. ORTEGA Y GASSET JOSÉ. “Introducción a la estimativa” en *Obras Completas Tomo VI*. Madrid, Editorial Revista de Occidente, 1952, pp. 320, 321 y 324.

derecho en sentido estricto representa sólo una clase específica de valor: el valor de justicia”<sup>202</sup>.

El Código de Procedimiento Penal y sus institutos particulares, entre ellos los probatorios, tienen que ser interpretados de la mano de los principios rectores del Código Penal, pues así lo dispone su artículo 13, que impone al intérprete la obligación de comprender la materia penal integrada al sistema:

**“Normas rectoras y fuerza normativa.** Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

Aquí pues, el sentido de la expresión “prueba jurídica”, en tanto se trata de un objeto muy particular. Igualmente la expresión “sistema penal”, en la medida en que los institutos sustanciales y procesales deben conformar un todo dotado de sentido.

La estructura de las determinantes del comportamiento humano viene demandada por una gran dependencia de la experiencia, la tradición y

---

<sup>202</sup> ORTEGA Y GASSET, ob.cit, p. 327.

del propio parecer, de manera tal que, la “conexión automática de estímulo y respuesta puede impedirse mediante la reflexión en sentido contrario a la función desencadenante del estímulo”, por lo cual el hombre “intenta compensar a toda costa su escasa dotación instintiva mediante firmes instituciones sociales”<sup>203</sup>.

El reproche surge, pues, al haber desdeñado el sujeto de sus capacidades racionales, aquellas que WELZEL destaca como las que tiene el hombre para orientarse conforme a la verdad, al sentido y al valor<sup>204</sup>.

Cuando ello no sucede, y dados los indicios que acreditan la comprensión valorativa del acto, puede afirmarse la culpabilidad y por tanto el juicio de reproche.

2.3.2. Subconstelación de indicios de comprensión valorativa

Previo al reproche deben acreditarse los siguientes indicios que acreditan la conciencia formal de la antijuridicidad:

---

<sup>203</sup> HAEFFNER, ob.cit, pp. 24 a 27.

<sup>204</sup> WELZEL, ob.cit, pp. 85 y ss.

a) Indicio derivado de la consciencia del injusto material

Acreditado que el sujeto tuvo conciencia de su acto en el ámbito de la conciencia “técnico-práctica” y lo realizó con voluntad queriendo el resultado o dejándolo librado al azar, cuyo sentido del injusto material no puede ser puesto en duda, se indicia la conciencia de la antijuridicidad formal<sup>205</sup>.

La acreditación del conocimiento del injusto material, esto es, de la significación material de la conducta prohibida, está fuera de toda duda o es razonablemente posible, atendida “la entidad intrínseca del acto que se realiza”<sup>206</sup>.

La doctrina asigna una muy importante significación al conocimiento que el sujeto tenga del “fundamento material de la antijuridicidad”, del injusto material, puesto que, como lo afirmó

---

<sup>205</sup> Así lo venimos afirmando con BARBOSA CASTILLO desde hace más de una década. BARBOSA CASTILLO GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Bien jurídico y derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 154.

<sup>206</sup> QUINTERO OLIVARES, ob.cit, p. 163.

KAUFMANN, “algo no es injusto porque se prohíbe, sino que se prohíbe porque es injusto”<sup>207</sup>

Si como dice FELIP I SABORIT, de la comprensión del sentido lesivo del hecho se sigue el conocimiento eventual de la antijuridicidad de la conducta, es de entenderse que, demostrada la actitud del individuo que encarna una decisión contraria al bien jurídico, se infringe el mínimo requerido para el juicio de reproche. Esto es, “con la prueba de los elementos que integran el injusto, prácticamente también queda acreditado en forma implícita el conocimiento de la antijuridicidad”<sup>208</sup>.

Este tipo de indicio no puede sino, por su naturaleza misma, ser previo o concomitante a la realización de la conducta enjuiciada.

b) Indicios que acreditan la capacidad del sujeto para comprender los alcances de la significación antijurídica formal de su acto

Como se verá, tales circunstancias y situaciones se conocen desde la antigüedad misma, hacen parte

---

<sup>207</sup> Citado por NIETO MARTÍN, ob.cit, pp. 72 a 77. También en FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 50.

<sup>208</sup> FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 128 y 193.



de un patrimonio común de la humanidad y de todas las sociedades. De hecho, ya desde ARISTÓTELES se decía que el conocimiento tiene que ver con lo conocido y con lo *conocible*<sup>209</sup>.

Estos indicios pueden estar vinculados a diferentes extremos de la relación cognitiva-valorativa:

b1) Los adseritos al sujeto como tal

Dada la vocación individualizadora de la culpabilidad se tiene que, “del hecho de ocupar un determinado cargo, profesión o poseer un determinado nivel cultural se infiere el conocimiento de la antijuridicidad”, en tanto “la individualización opera como un instrumento probatorio”<sup>210</sup>. Es decir, como en mejor forma precisa NIETO MARTÍN, son significativos la capacidad intelectual del

<sup>209</sup> ARISTÓTELES, ob.cit, p. 9.

<sup>210</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 43. Los condicionantes personales del autor o sus cualidades específicas como las de “naturaleza cultural y profesional” son indicios de tal índole; FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 196 a 198. Tales criterios operan desde la antigüedad, habida cuenta que, como se vio, en el derecho romano se excusaba a ciertas personas por ignorar la ley en materia jurídica, atendiendo la situación consistente en que “sólo poseían una instrucción mínima” y como tal “no era posible exigir el conocimiento de un ordenamiento jurídico como el romano”; CORRAL TALCIANI, ob.cit, p. 33.

individuo, su cultura, ambiente familiar, experiencia jurídica, proceso de socialización y así mismo, aun cuando discutible, las concepciones morales, religiosas y hasta políticas<sup>211</sup>.

Percepción, aprendizaje y pensamiento constituyen tres procesos cognoscitivos inseparables, de estrecha relación recíproca y de “muy difícil separación en situaciones prácticas”. De allí que, según MUÑOZ I SABATÉ, de la interrelación aprendizaje-percepción se infiere el conocimiento que de una cosa tiene quien sobre ella tenga conocimientos especiales<sup>212</sup>.

Respecto de la experiencia se tiene que “el individuo más o menos barrunta merced a su experiencia, las consecuencias de su conducta”, enseña MUÑOZ I SABATÉ.

El conocimiento por el autor de estereotipos de conocimiento prohibidos que resultan equivalentes al realizado<sup>213</sup>, también es indicativo, dada la

<sup>211</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 160.

<sup>212</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, pp. 14 y 15.

<sup>213</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 271.

especial aptitud del hombre para realizar analogías, de que el individuo tuvo conocimiento de lo injusto de su acto.

Aquí también, *mutatis mutandi*, las reglas sobre el conocimiento que expone RAGÜÉS I VALLÈS son valederas.

b2) Los relacionados con aspectos inherentes a la norma

-La pertenencia de la norma al derecho penal nuclear o al periférico

COSTA afirma que, si el legislador respetase la conciencia social, lo que se constituyera en ley no sería otra cosa que lo que como injusto entendiésemos el pueblo, de manera tal que derecho positivo sólo sería aquello que el pueblo sancione expresamente con su voto o “tácitamente acomodando a ella sus actos”<sup>214</sup>.

Las reglas de la experiencia enseñan que “resulta razonable mantener que aquellas infracciones más arraigadas en nuestra legislación son conocidas

<sup>214</sup> Esto es, el legislador promulga la ley “siempre, tácitamente, *ad referendum*”; COSTA, ob.cit, pp. 128 y 129.

generalmente”<sup>215</sup>. Aquí, sin duda alguna, influye de una manera decisiva la importancia del bien jurídico, lo que se traduce en lo que la doctrina entiende como “la evidencia con que es percibida la dañosidad social de su injusto por el cúmulo de destinatarios más representativos”<sup>216</sup>.

No obstante, también se advierte, que dicha regla debe ir invirtiéndose “conforme nos alejamos del núcleo del derecho penal”, para lo cual es muy importante tener en cuenta el criterio de ilicitud notoria<sup>217</sup>. La discusión sobre los alcances de los preceptos permisivos también dilatan de alguna forma la firmeza con que se perciben las motivaciones normativas inhibitoras<sup>218</sup>.

Los tribunales europeos han venido utilizando con regularidad el reconocido carácter inmoral y réprobo de una conducta como un indicio de conocimiento de la antijuridicidad<sup>219</sup>. CORRAL

<sup>215</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 89. La pertenencia al derecho penal nuclear incide decisivamente en el conocimiento generalizado de la norma; así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 160.

<sup>216</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 161.

<sup>217</sup> FELIP I SABORT, ob.cit, pp. 193 y 202.

<sup>218</sup> Así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 161.

<sup>219</sup> Cfr FELIP I SABORT, ob.cit, p. 179.

TALCIANI enseña que “el que una conducta sea reprobada por la moral constituye no la seguridad, pero sí un indicio bastante fuerte de que está jurídicamente prohibida. Luego, quien se representa que su conducta es inmoral y no confirma antes de actuar que ella no vulnera el derecho positivo, obra en forma culpable y su error de derecho debe ser reputado vencible”<sup>220</sup>.

- La calidad de la norma

La indeterminación y complejidad de la norma inciden en la capacidad de orientación conforme a sentido, puesto que, mientras la indeterminación predispone a los errores en tanto no es claro el camino a seguir y por lo mismo debe ser precisado en un ámbito de diletantismo, la complejidad genera múltiples interpretaciones y consiguientemente varios caminos cuyo recorrido no es seguro hasta tanto la doctrina y la jurisprudencia decanten el punto.

Las dudas indisipables sobre la ilicitud no se cargan al procesado si no provienen de su propio comportamiento sino que son atribuibles al objeto del conocimiento, bien por cuanto la situación jurídica es “objetivamente incierta”, “contradicción

<sup>220</sup> CORRAL TALCIANI, ob.cit, p. 255.

de la ley o los pronunciamiento jurisprudenciales y doctrinales” o por la falta de los mismos<sup>221</sup>.

También los tipos en blanco, tipos abiertos y tipos con elementos normativos pueden predisponer, por su indeterminación o complejidad, a múltiples errores.

b3) Los conocimientos demandados al sujeto por virtud del oficio, actividad o profesión

Por ejemplo desconocimiento de las normas de contratación estatal por parte de los funcionarios titulares de dicha función obliga y demanda del servidor una especial diligencia, sin que pueda, sin más ni más, excusarse en su desconocimiento, aún cuando no ostente el título de abogado.

Con más razón cuando sea abogado: el desconocimiento de dichas normas “no lo excusaba por manera alguna para capacitarse en esa materia al afrontar un cargo en donde tal actividad constituye un ejercicio esencial”<sup>222</sup>.

<sup>221</sup> Así FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 150.

<sup>222</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de febrero 9 de 2005, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

b4) Los relacionados con el proceso de socialización de la norma

COSTA afirma que el Estado adquiere “la obligación” de desterrar y prevenir la ignorancia de manera positiva, “poniendo los medios necesarios para que los ciudadanos todos, así ricos como pobres, con o contra su voluntad, adquieran un conocimiento de las leyes”<sup>223</sup>.

Aquí, fundamentalmente, se trata de la difusión de la norma en términos de intensidad. Las diferentes formas de difusión inciden en la capacidad de conocimiento o en la generación de errores, aplicándose *mutatis mutandi* lo dicho respecto al indicio de actitud correspondiente.

Varias situaciones correlativas podemos encontrar en este sector:

-El afianzamiento temporal de la norma

Tiene que ver con la regularidad con que resultan percibidos los efectos del principio de determinación de la norma, para lo cual la doctrina acuña las expresiones de *normas ancianas* y

<sup>223</sup> COSTA, ob.cit, p. 78.

*normas jóvenes*<sup>224</sup>, siendo en las primeras donde más exigible se hace su cumplimiento, dada la oportunidad más amplia que ha tenido el sujeto para conocerlas.

-El afianzamiento espacial de la norma

Depende ya de la difusión en términos de extensión, esto es, cobertura suficiente y adecuada en todos los territorios donde debe ser aplicada.

b5) El comportamiento de los operadores jurídicos frente a la norma

La “fuente de la interpretación” y la proveniencia de un “operador jurídico competente y serio”, en palabras de NIETO MARTÍN, incide en el reconocimiento de un error o en su descarte.

-La interpretación de la norma jurídica por parte de las autoridades competentes

La forma y manera como son interpretadas las normas por las autoridades encargadas constitucional o legalmente de ello, marcan pautas de comportamiento y guían la decisión de los

<sup>224</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 162.

percibe una actitud de creación de un ambiente artificial favorable a la aplicación de la norma y cuando la información suministrada por el interesado en la opinión no es seria, completa y suficiente<sup>227</sup>.

-La tolerancia, por acción u omisión, de conductas incompatibles con el mandato de determinación por parte de la autoridad pública competente<sup>228</sup>.

Esto es, el comportamiento por acción o por omisión de las autoridades se constituye en mensaje o pauta de la conducta a seguir por los demás, generando errores o descartándolos.

Los indicios a) y b) del aparte 2.3.2 nos ubican en el ámbito de la conciencia actualizable de la antijuridicidad, que en nuestro medio jurídico ha sido entendida como error de prohibición vencible y por tanto merecedora de una rebaja obligatoria de la pena (artículo 32 numeral 11 inciso 2° del Código Penal).

La conciencia actualizable de la antijuridicidad es la respuesta positiva a la relevancia del error de derecho y a la ignorancia de la ley en general,

<sup>227</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 214.

<sup>228</sup> Así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 162.

destinatarios de las mismas o de otros funcionarios encargados de aplicarlas.

De manera que la falta de criterios oficiales o la existencia de criterios contradictorios<sup>225</sup> pueden generar errores o descartarlos.

-La interpretación de la norma jurídica por parte de otros operadores jurídicos con competencia intelectual y autoridad profesional o, como dice NIETO MARTÍN, por “operadores jurídicos a los que la sociedad les concede el papel de expertos en derecho”. “La regla general es que debe ser posible confiar en la opinión de los expertos, en cuanto que supone una expectativa normal pensar que estos tienen capacidad para resolver correctamente las cuestiones jurídicas”<sup>226</sup>.

El peso de dicha información se sopesa, debiéndose ultimar los controles, teniendo en cuenta “cuando el nivel de conocimientos del peticionario supera al de la fuente de información”, cuando “se aprecia una falta de parcialidad” en ésta, cuando aparece como simples consejos improvisados, se

<sup>225</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 193.

<sup>226</sup> NIETO MARTÍN, ob.cit, pp. 162 y 212.

desterrando la presunción *iure et de iure* del conocimiento de la ley por todos y absolutamente todos, instrumento adecuado también para no dejar desprotegida a la sociedad ante los errores por negligencia, por ignorancia supina o los generados con libertad en su causa. Aquí, esta última tipología de error, que denominamos “*errores libres en la causa*”, se corresponde con la tipología denominada por HERVADA “*ignorancia afectada*”, que se origina cuando por el sujeto “no se quisieron hacer las diligencias oportunas para conocer los propios deberes con el fin de no verse obligado a cumplirlos”.

Allí se comprende lo que ARISTÓTELES refería como la posibilidad del individuo de conocer “*sin gran dificultad*”, esto es, dependía de él salir de la ignorancia “*poniendo de su parte los medios necesarios para cumplir con su deber*”; que no es otra cuestión que la “*fórmula atemperada a la realidad*” de que hablaba COSTA, pues contiene, sin hesitación alguna, la medida de la ignorancia como “*límite cuantitativo de nuestra inteligencia, límite que procede de la relación de desigualdad entre la presencia de*

*lo cognoscible, que es infinita, y nuestras facultades para percibirla, que son limitadas*”<sup>229</sup>.

En tal ámbito, pues, debe ser entendida la expresión oportunidad de actualizar el conocimiento del injusto, lo cual depende, como se vio, de múltiples situaciones vinculadas con la persona, la norma, el significado de la misma en el proceso de interacción social y circunstancias de tiempo, modo y lugar que tienen ocurrencia en el momento de su interpretación, aplicación indebida o des aplicación de la norma.

c) Los actos espirituales tienen siempre su correlato fisiológico y psíquico, puesto que también extraen la energía necesaria para su actividad de “*la esfera de la vida impulsiva*”<sup>230</sup>.

MUÑOZ I SABATÉ da cuenta magistralmente de esta situación, cuyo prototipo en materia civil es el contrato simulado, de cuya conciencia de la antijuridicidad en el simulador no se puede dudar en lo más mínimo, pero donde resulta evidente que

<sup>229</sup> COSTA, ob.cit, p. 40.

<sup>230</sup> SCHELLER, ob.cit, p. 112.

la ocultación, el actuar sigiloso y de espaldas a la publicidad caracterizan el acto simulado. Aquí especialmente se destaca el hecho psicológico de la realización de una conducta que no pueda hacerse de modo lícito porque la ley no la autoriza<sup>231</sup>.

También aquí quedan comprendidos los actos medios de naturaleza ilícita para obtener un fin lícito.

El que un determinado acto sólo pueda realizarse por medios ilícitos o se persiga un fin lícito con medios ilícitos es sintomático de que el sujeto conocía que su conducta era contraria a derecho.

Estos indicios pueden ser anteriores o concomitantes a la conducta enjuiciada. Puede explicitarse su conocimiento de manera clara o por conducta concluyente, bien en forma verbal o actual.

d) La acción es entendida como un movimiento cíclico complejo que se “conecta a través de las cosas del mundo exterior, y la conducta se modifica a través de los resultados que avisan de vuelta”<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 322.

<sup>232</sup> GEHLEN, ob.cit, p. 34. ARISTÓTELES captaba muy bien esta idea cuando afirmaba que “el que ha hecho algo por ignorancia

Tal constatación del comportamiento humano genera el llamado por MUÑOZ I SABATÉ indicio de *responsio*, según el cual “la manera de reaccionar o de dejar de reaccionar un individuo frente a un determinado hecho-estímulo relevante puede dar a inferir su grado de conocimiento frente al mismo o sobre otro hecho relacionado con aquél”<sup>233</sup>.

Por el comportamiento del sujeto y su forma de operar (en palabras de MUÑOZ I SABATÉ, por ejemplo el tono, entendido como el desviar la atención de lo principal hacia asuntos marginales), en particular la clandestinidad o la ocultación de la actuación o si se muestra dubitativo el sujeto, podemos inferir que tiene conocimiento de la antijuridicidad<sup>234</sup>.

Quien no tiene conciencia de estar realizando un comportamiento prohibido no necesita llevar a cabo

---

y no recibe luego desagrado ninguno por lo que ha hecho, no ha ejecutado voluntariamente lo que no sabía, pero tampoco involuntariamente al no pesarle de haberlo hecho”, ob.cit, p. 52.

<sup>233</sup> MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 111. Aquí también las manifestaciones falsas, habida cuenta que “nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente”; ELLERO, ob.cit, pp. 93 y ss.

<sup>234</sup> FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 196 a 198.

una conducta adaptativa de sigilo o de encubrimiento de su propio comportamiento.

Estos indicios son, por naturaleza, anteriores, concomitantes y posteriores al comportamiento enjuiciado.

e) Las conductas *per se* fraudulentas tienen como fin en sí mismas la apariencia de su verdad, por lo tanto del indicio del engaño se deriva el conocimiento del acto antijurídico.

Es así como se dice que “la prueba falsa se liga, por lo regular, a un interés ilícito de la parte, que tiende, por medio de ella, a asegurarse la impunidad o a conseguir otro fin ilícito”<sup>235</sup>. Quien quiere la impunidad es porque sabe que realizó un acto antijurídico.

Al igual que con palabras, también con acciones se puede engañar, pues con el engaño se trata de “expresar claramente la abstracción interna, independientemente de la veracidad con que ésta represente la realidad externa”<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> GIANTURCO, ob.cit, pp. 96 y 97.

<sup>236</sup> LLINÁS, ob.cit, p. 289.

Aquí se ubica el indicio de la mala justificación, muy demostado pero significativo para la práctica judicial, ya esbozado con maestría desde hace mucho tiempo por GORPHE<sup>237</sup>.

La doctrina colombiana lo acepta, clasificando en su seno los llamados indicios provenientes de “explicaciones inverosímiles y contradictorias”, empero, como valor sólo tiene el de complementar otros indicios, en tanto facilita su interpretación<sup>238</sup>.

Tratar de engañar o comunicar algo diferente a lo que subyacentemente es inherente al acto, es sintomático de una actividad torticera meditada. Cuando coinciden tales manifestaciones torticeras en un contexto que involucra la actividad previa, concomitante y posterior a la conducta enjuiciada, dada la convergencia y complejidad de las mismas, no puede menos que inferirse que existe conciencia actual de la antijuridicidad.

Si se ha constatado que los modos de conducta, maneras de pensar, ver y formas de reaccionar generados en determinada sociedad, “les parecen naturales a quienes han crecido en ella”, en tanto

---

<sup>237</sup> GORPHE, ob.cit, pp. 281 y ss.

<sup>238</sup> ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, p. 220.



forman el “conjunto de criterios de la cultura respectiva”<sup>239</sup>, así también, del contexto social, pueden inferirse otras que son indicativas de lo fraudulento.

Aquí yace la objetividad de los criterios de atribución o adscripción de estos indicios.

### 3. Consideraciones finales

No obstante lo anterior, resulta claro que, por virtud de la plasticidad infinita del ser humano, resulta imposible tabular con precisión los indicios a partir de los cuales se puede acreditar la culpabilidad, lo que indica que los anteriores son apenas una pequeña muestra de un recetario muy general. Pero ello no impide que se emprenda un gran trabajo sistematizador, especialmente a partir de la experiencia de los casos reales que han sido objeto de conocimiento por los tribunales patrios, por medio del cual de alguna forma se emule la monumental obra de MUÑOZ ISABATÉ, quien precisamente, desde los institutos propios del derecho civil, con base en una perspectiva específica y atendiendo a cada uno o a un grupo con

<sup>239</sup> GEHLEN, ob.cit, p. 103 y 104.

denominador común<sup>240</sup>, ha abierto dichos caminos en la probática española.

Aquí, pues, como dice TARUFFO, se trata de “construir esquemas típicos de indicios para supuestos de hecho particulares”, esto es, de *esquemas tipificados*<sup>241</sup>.

No debe perderse de vista que para efecto de reducir equivocaciones y errores de juicio, en la mayor medida posible<sup>242</sup>, es absolutamente necesario concebir la “disponibilidad de criterios *tendencialmente* de orden general que instauren

<sup>240</sup> Así RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 527. Tal parece lo que a grandes rasgos ha logrado la jurisprudencia penal en el ámbito de la prueba de la culpabilidad en el prevaricato por acción, tal como se ha dejado planteado en GÓMEZ MÉNDEZ ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 450 y ss. En materia de la simulación tal labor también ha sido efectuada por la doctrina y la jurisprudencia; PARRA QUIJANO, Indicios y presunciones, ob.cit, pp. 13 a 16.

<sup>241</sup> TARUFFO, ob.cit, p. 165. Así también lo afirma RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 460.

<sup>242</sup> Para asegurar un trabajo lo más objetivo posible se requiere atender el principio de que “la tesis se convierte en regla cuando haya obtenido adecuadas confirmaciones, mientras observaciones menos imperfectas impongan una distinta”; CORDERO, ob.cit, p. 23.

vinculaciones” entre hechos indicadores e indicadores, que permitan inferencias lo más seguras posibles<sup>243</sup>; de todos modos para TARUFFO, en la fundamentación de los criterios de inferencia y las máximas de experiencia, ocupan papel muy importante “el sentido común o la cultura del hombre medio (aunque prefiera el de una cultura media-alta) en una determinada situación espacio-temporal”<sup>244</sup>.

Igual e indetectiblemente debe tenerse muy presente, sin que en lo más mínimo, como en ningún momento o estadio, pueda ser soslayada, la *importancia de interpretar el detalle dentro del contexto*, esto es, encontrar la correlación de los diferentes indicios no sólo al interior de las tres grandes constelaciones —de aptitud, actitud y comprensión valorativa—, sino también en su conexión exterior. Sólo así puede afirmarse la valoración conjunta de la prueba y la determinación de la complejidad indicativa, gravedad y convergencia de los indicios<sup>245</sup>.

<sup>243</sup> TARUFFO, ob.cit, p. 269.

<sup>244</sup> TARUFFO, ob.cit, pp. 273, 334 y 335.

<sup>245</sup> El valor de las inferencias y su validez tiene que sopesarse, evidentemente, dentro de los contextos —ciencias físicas,

Con la acreditación de los indicios de aptitud y actitud, a los cuales se adosan los dos primeros de comprensión valorativa, parece suficiente para la demostración de la culpabilidad en el ámbito del llamado derecho penal nuclear. La exigencia para su acreditación en el ámbito del derecho penal periférico parece más rigurosa.

económicas, estadísticas, sociales, de la naturaleza, etc.- en los que se plantea el problema de la inferencia”, dice TARUFFO, ob.cit, p. 270. La doctrina habla de armonía, concatenación general y determinación de eslabones de una misma cadena: VISHINSKI, ob.cit, p. 270. Para la praxis judicial colombiana resulta de significativa importancia la crítica-práctica que efectúa ARENAS SALAZAR, ob.cit.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXIROBERT. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ARENAS SALAZAR JORGE. Crítica del indicio en materia penal. Bogotá, Temis, 1988.
- ARISTÓTELES. Ética nicomaquea. Bogotá, Ediciones Universales, 1987.
- BARBOSA CASTILLO GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Bien jurídico y derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- CABAL CARLOS ARTURO. El dolo penal y su prueba. Bogotá, Biblioteca Escuela de Policía "General Santander" Volumen IX, 1947.
- CARMIGNANI GIOVANNI. Elementos de Derecho Criminal. Bogotá, Temis, 1979.

- CORDERO FRANCO. Procedimiento Penal Tomo II. Bogotá, Temis, 2000.
- CORRAL TALCIANI HERNÁN FELIPE. De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- COSTA JOAQUÍN. La ignorancia del derecho. Buenos Aires, Editorial Partenón, 1945.
- CRUZ BOLÍVAR LEONARDO. "Carga de la prueba y exclusión de la responsabilidad en el nuevo sistema procesal" en *Derecho Penal y Criminología No. 78*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- DÍAZ-ARANDA ENRIQUE. Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. México, Editorial Porrúa, 2002.
- DÍAZ PALOS FERNANDO. Dolo penal. Barcelona, Bosch.
- DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas. Valencia, Tirant lo blanch, 1990.
- ELLERO PIETRO. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Madrid, Editorial Reus S.A., 1968.
- FELIP I SABORIT DAVID. Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal. Barcelona, Atelier, 2000.
- FERRI ENRIQUE. Estudios de antropología criminal. Madrid, La España Moderna.
- FLORIÁN EUGENIO. De las pruebas penales, Tomo I. Bogotá, Temis, 1982.
- FRANK REINHARD. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo, Editorial IB de F, 2000.
- FREUDENTHAL BERTHOLD. Culpabilidad y reproche en el derecho penal. Montevideo, Editorial IB de F, 2003.
- FRONDIZI RISIERI. ¿Qué son los valores?. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- GEHLEN ARNOLD. Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo. Barcelona, Paidós, 1993.

GIANTURCO VITO. Los indicios en el proceso penal. Bogotá, Editorial Presencia Ltda, 1975.

GOLDSCHMIDT JAMES. La concepción normativa de la culpabilidad. Montevideo, Editorial IB de F, 2002.

GÓMEZ MÉNDEZ ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Derecho Penal y Edad Media. Bogotá, Giro Editores Ltda., 2004.

Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Primera Parte. Bogotá, Giro Editores, 2005.

GONZÁLEZ VALENZUELA JULIANA. Genoma humano y dignidad humana. Barcelona, Anthropos, 2005.

GORPHE FRANCOIS. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá, Temis, 1985.

HAEFFNER GERD. Antropología filosófica. Barcelona, Editorial Herder, 1986.

HERVADA JAVIER. Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Parte Especial. Pamplona, EUNSA, 1989.

IGARTUA SALAVERRIA JUAN. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

IRRAGORI DÍEZ BENJAMÍN. Curso de pruebas penales. Bogotá, Temis, 1983.

LE GOFF JACQUES. En busca de la Edad Media. Paidós, Barcelona, 2003.

LINTON RALPH. Estudio del hombre. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1976.

LÓPEZ MIRÓ HORACIO. Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del *onus probandi*. Buenos Aires, Habeldo-Perrot, 1998.

LORITE MENA JOSÉ. El animal paradójico. Fundamentos de filosofía antropológica. Madrid, Alianza Editorial, 1982.

LLINÁS RODOLFO. El cerebro y el mito del yo. Bogotá, Editorial Norma, 2003.

MANZINI VINCENZO. Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo III. Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987.

MUÑOZ I SABATÉ LLUIS. Tratado de probática judicial, Tomo I. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1992.

MICHELLI GIAN ANTONIO. La carga de la prueba. Bogotá, Temis, 1989.

MITTERMAIER C.J.A. Tratado de la prueba en materia criminal. Madrid, Editorial Reus S.A., 1979.

MORSELLI ELIO. La función del comportamiento interior en la estructura del delito. Bogotá, Temis, 1992.

NIETO MARTÍN ADÁN. El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona, Atelier, 1999.

ORTEGA Y GASSET JOSÉ. "Introducción a la estimativa" en *Obras Completas Tomo VI*. Madrid, Editorial Revista de Occidente, 1952.

ORTIZ RODRÍGUEZ ALFONSO. Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las pruebas en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Medellín, Impresos Baena Garcés, 1987.

PARRA QUIJANO JAIRO. "La confesión. Jurisprudencia penal" en *Tratado de la prueba judicial Tomo II, Volumen I*. Bogotá, Librería del Profesional, 1984

"Indicios y presunciones" en *Tratado de la Prueba Judicial Tomo IV*. Bogotá, Librería del Profesional, 1990.

"Presunción de inocencia" en *Derecho Penal y Criminología Nos. 54/55*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

"Algunos aspectos probatorios del enriquecimiento ilícito" en *Derecho Penal y Criminología No. 59*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ GREGORIO. Curso de Derechos Fundamentales I. Madrid, EUDEMA, 1991.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles. Madrid, Thomsón-Cívitas, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS RAMÓN. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999.
- REYES ALVARADO YESID. La prueba indiciaria. Bogotá, Ediciones "Reyes Echandía Abogados Ltda.", 1989.
- ROCHA ALVIRA ANTONIO. De la prueba en derecho, Tomo I. Bogotá, Ediciones Lerner, 1967.
- RUBIANES CARLOS. Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II. Buenos Aires, Depalma, 1983.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES JAVIER. Atribuciones normativistas en derecho penal. Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004.
- SCHELER MAX. El puesto del hombre en el cosmos. Barcelona, Alba Editorial, 2000.
- TARUFFO MICHELE. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002.

VISHINSKI A. La teoría de la prueba. Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, 1950.

WELZEL HANS. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona, Ariel, 1964.

