

Algunas notas sobre la relación entre derecho penal y psicología a la luz de la prueba de los elementos subjetivos del delito

Some notes on the relationship between penal law and psychology in the light of evidence of the subjective elements of the crime

Jaime Vera Vega¹

En el presente artículo se aborda a nivel conceptual el tratamiento que la dogmática jurídica ha prodigado a los elementos subjetivos del tipo penal, para luego revisar uno de los principales problemas que estos han planteado en el ámbito práctico: su prueba. Desde esta perspectiva, considerando las principales limitaciones que se imponen a la prueba pericial en el proceso, se analiza si la psicología, como disciplina encargada del estudio de los procesos internos del sujeto, está en condiciones de aportar conocimientos de validez científica que, a su vez, posibiliten la acreditación procesal de estos elementos mediante el recurso a la prueba de peritos psicólogos.

Palabras claves: Elementos Subjetivos del tipo penal, Prueba, Perito Psicólogo

This article it's raised up to a conceptual level where the juridical dogmatist treatment lavishes the mens rea, so that afterwards one of the main issues can be revised in a more practical approach: its proof. From this perspective, considering all main limitations which are overtaken by expert proof in the process, it analyzes if the psychology, as the discipline in charge of studying the internal processes of the subject, is on its right to contribute with valid scientific knowledge, which at the same time enables the procedural accreditation of the mens rea through expert psychological tests as a resource.

Keywords: Mens rea, Proof, Expert Psychologist

Recepción del artículo: 16.05.2011 - Aprobación del artículo: 15.08.2011

¹ Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales. Académico Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Viña del Mar.

La correspondencia relativa a este artículo debe ser dirigida a jaime.vera@uvm.cl

INTRODUCCIÓN

Según las orientaciones dominantes de la ciencia jurídica, el proceso en general, incluido el penal, tiene como finalidad primordial la reconstrucción de la verdad. Para lo anterior, los intervinientes del juicio oral en materia criminal, especialmente el acusador (en nuestro sistema, representado por el Ministerio Público), sobre quien pesa la obligación de derribar el principio de inocencia del acusado, deben aportar los medios de prueba tendentes al establecimiento de dicha verdad. Tales pruebas pueden ser de muy diversa índole: documentos, testigos, objetos, otros medios y declaraciones de peritos.

El tribunal, por su parte, debe efectuar una valoración de estas pruebas, inclinando la balanza hacia la tesis sostenida por el acusador, evento en que pronunciará una sentencia condenatoria, si considera que éste ha probado los hechos y la participación del acusado más allá de toda duda razonable, o bien desestimar la acusación y absolver al imputado, ya sea por insuficiencia de la prueba rendida por el acusador, o por estimar acreditada la tesis sostenida por la defensa. En su ejercicio valorativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 297 del CPP, el tribunal es libre, aunque no puede contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, norma de la que se deriva la adopción de un sistema que se conoce como de sana crítica racional en materia de valoración probatoria.

El establecimiento de la verdad en el proceso penal, involucra que el juez centre su atención sobre los dos ejes fundamentales, cuya ocurrencia busca probarse: el hecho punible y la participación del acusado en el mismo. En lo que respecta al hecho punible, frente al juez, el acusador se encuentra en la necesidad de acreditar todos los elementos del delito de que se trate, los cuales pueden ser tanto elementos objetivos, como elementos subjetivos. Para explicar mejor esta cuestión, si en su acusación el fiscal ha expresado que el imputado es responsable de un delito de homicidio doloso, debe probar que el mismo realizó un comportamiento que objetivamente resultó idóneo para provocar la muerte de la víctima (el disparo de un arma de fuego o la utilización de un arma blanca, dirigidas en hacia un órgano vital de la víctima, la administración de una dosis de veneno, etc.), como asimismo, debe probar que el imputado actuó con dolo, es decir, con conocimiento de la idoneidad de la conducta ejecutada para provocar la muerte y, conforme con el parecer mayoritario de la doctrina, con voluntad homicida o *animus necandi*.

Para la acreditación de los elementos objetivos del delito, el fiscal puede recurrir a todo el acervo de medios de prueba mencionados, según cuál sea la dinámica de los hechos. Pero, ¿de qué medios dispone para la prueba de los elementos subjetivos?, ¿cómo prueba que el imputado actuó con conocimiento y voluntad?

La psicología se suele definir como aquella ciencia que trata de los procesos psíquicos, entre ellos los procesos cognitivos internos del individuo. Sí este es el objeto de estudio de dicha disciplina, surge la interrogante de hasta qué punto la psicología está en condiciones de aportar conocimientos con validez científica para la prueba de los elementos subjetivos de un delito, como el dolo, la culpa u otras motivaciones paralelas a las que ciertos tipos penales confieren relevancia jurídica. Es decir, en el contexto de un juicio oral, ¿resulta posible el establecimiento de tales extremos valiéndose de las declaraciones de peritos psicólogos? Se ha hecho cargo de esta cuestión en la doctrina penal Ragués (1999), cuando señala: “Las disciplinas científicas consideradas habitualmente competentes para el análisis de la psique humana son, básicamente, *la psicología* y la psiquiatría. Dado que el conocimiento ajeno y pretérito resulta inaccesible a los sentidos del juez en el momento del proceso, éste debería acudir, desde un punto de vista teórico, a representantes de las citadas disciplinas para que, *a través de sus informes periciales, revelasen cuál fue el estado de la psique del acusado en el momento en que éste realizó el hecho delictivo de acuerdo con los conocimientos consolidados en sus respectivas ciencias*” (Ragués, 1999, pp. 214 y 215).

En la primera parte de mi exposición aproximaré al lector acerca de cuál es el marco conceptual sobre cuya base trabaja la ciencia del derecho penal respecto de los elementos subjetivos del tipo. Luego, revisaré las condicionantes que la norma y la doctrina imponen para atribuir validez a las pruebas científicas en el seno del proceso. Finalizaré con una aproximación a las principales orientaciones de la dogmática respecto de la aportación de la prueba pericial psicológica en la definición y acreditación de los elementos subjetivos del tipo.

Lo subjetivo del tipo penal

Todo delito es en esencia un comportamiento disvalioso, en el sentido que afecta (lesiona o pone en peligro) un bien jurídico que se considera digno de protección (vida, salud, libertad, indemnidad sexual, propiedad, honor, etc.). A lo anterior, la dogmática del derecho penal, denomina desvalor de resultado y constituye uno de los elementos que integran lo que se conoce como antijuridicidad penal.

Sin embargo, la antinormatividad de la conducta disvaliosa, no se agota en la mera afectación del interés tutelado, sino que se complementa por la concurrencia en el hecho de factores de índole subjetiva. En palabras de Mir Puig, esta construcción del injusto penal, se debe a la imposibilidad de formular una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa. Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las muertes ocasionadas por imprudencia. También la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y con conciencia de los elementos del mismo que lo hacen

típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros (Mir, 1997, p. 173).

A propósito de esta misma cuestión, Bustos y Hormazábal (2006) señalan que en la medida que el injusto constituye un proceso social de comunicación de una persona con otra, no puede concebirse como algo puramente objetivo. En el hacer del sujeto queda impresa su personalidad, es su hacer comunicativo con otra persona. Por eso, en la determinación de la tipicidad, el juicio de atribución no lo es sólo respecto de los elementos objetivos que describen los factores situacionales, sino que es necesario también atribuir el comportamiento conforme al sentido que la persona le dio a dicho comportamiento. Ello implica examinar también lo subjetivo en cuanto está referido a la acción dentro de un ámbito situacional dado (p. 59). Conforme con lo dicho, el dolo y la culpa, se erigen como los principales elementos subjetivos que deben concurrir para apreciar la existencia de un delito.

Junto con el dolo y la culpa, en algunas ocasiones el tipo penal contiene otras exigencias de índole subjetiva, confiriendo relevancia a ciertas motivaciones, las cuales pueden consistir en móviles o tendencias que no integran el dolo y respecto del cual son independientes, sin perjuicio que especifican la subjetividad del agente (Garrido, 1997, p. 84). Tal es el caso del delito de hurto, previsto en el artículo 432 del CP, que exige que sujeto actúe impulsado por un ánimo de lucro. Una situación similar se verifica a propósito del delito de favorecimiento a la prostitución de menores del artículo 367, el cual impone que el sujeto activo ejecute la conducta para satisfacer los deseos de otro.

El dolo como elemento subjetivo del tipo penal

De acuerdo con la concepción clásica sostenida por la dogmática del derecho penal, el dolo se puede definir como saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo penal (Roxin, 2006, p. 415). Esto es lo que se conoce como dolo natural en oposición al *dolus malus*, que consiste en el conocimiento de la anti-juridicidad o el carácter prohibido de la conducta, el cual, modernamente, no se incluye como un componente del dolo, sino que se analiza a nivel de culpabilidad. De modo que, prescindiendo en este análisis de la concepción tradicional de la Teoría Causalista sobre el contenido del dolo, que junto con el conocimiento de los elementos objetivos de delito, incluye el conocimiento acerca de la antijuridicidad del hecho, en el bien entendido que dicha postura constituye más bien una visión histórica que no cuenta con el respaldo de la dogmática más contemporánea.

Es común, que el dolo así concebido se clasifique en tres modalidades o formas: el dolo directo, el dolo indirecto y el dolo eventual. Existe dolo directo, cuando la realización del hecho delictual es precisamente el objetivo que el autor quiere lograr (Poli-toff, Matus & Ramírez, 2004, p. 275). El dolo indirecto o de consecuencias necesarias, supone que la intención o propósito perseguido por el sujeto no es precisamente

la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero éste sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo, cuya producción por tanto, aunque no le guste, también acepta (Luzón, 2004, p. 415). Finalmente, el dolo eventual, se caracteriza porque el agente considera meramente posible que la consecución del fin vaya acompañada de la realización de los elementos objetivos del tipo (Cerezo, 2000, p. 147).

Como se puede advertir, esta concepción clásica concibe al dolo como un fenómeno de naturaleza indiscutiblemente psicológica, pues sus dos elementos (conocimiento y voluntad), constituyen procesos que se verifican en la mente del sujeto activo del delito y que deben ser objeto de acreditación en el proceso penal.

La faz cognitiva del dolo, importa que el sujeto actúe con un conocimiento actual y correcto de la situación típica, sin que baste una mera representación de sus circunstancias. Es decir, al actuar, el sujeto, necesariamente debe tener en su pensamiento cada uno de los elementos que integran el tipo, bastando con que los incorpore en su mente, aunque sea de modo inconsciente. Nótese que, como correctamente expone a propósito de la faz cognitiva del dolo, no se puede exigir que el sujeto activo se represente todo el conjunto de circunstancias del tipo de delito, pues en tal caso, muchos hechos tendrían que ser excluidos del ámbito de lo doloso (Bustos & Hormazábal, 2006, p. 64).

La dimensión volitiva del dolo, supone que el sujeto activo quiera la realización del hecho típico, lo cual involucra asumirlo como una consecuencia de su comportamiento. Nótese que este “querer” no se le concibe como sinónimo de desear, en el sentido de perseguir un objetivo, sino que sólo como querer la realización típica (Politoff, Matus & Ramírez, 2004, p. 271). Comprende, principalmente, la decisión de obtener el objetivo que uno se propone con la actuación y se hace extensivo, también, a la voluntad de realizar todo el plan predeterminado, lo que incluye los medios de ejecución, los aspectos circunstanciales, los efectos concomitantes, los cursos causales, etc.

Respecto del contenido del conocimiento y la voluntad en los supuestos de dolo directo, no existen grandes discusiones. Sin embargo, ambos factores, en cierta medida, se difuminan a propósito del concepto de dolo indirecto y definitivamente se disipan, cuando se trata del dolo eventual, pues resulta discutible sostener que en estos supuestos el sujeto efectivamente *quiera* la realización típica en el sentido anotado. Esta constatación, conduce a autores como Jescheck (2002) a renunciar a la posibilidad de formular un concepto unitario de dolo. En efecto, según el mismo: “(...) la voluntad que aspira a la consecución del resultado sólo es parte integrante de la forma más frecuente: la intención (...). En el dolo indirecto y en el eventual el autor no pretende alcanzar el resultado sino que, simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la acción desarrollada voluntariamente (Jescheck, 2002, p. 314). De ahí, que una de las principales preocupaciones de la dogmática, se

ha centrado en atribuir contenido al aspecto volitivo e intelectual, especialmente del dolo eventual elaborando una serie de teorías sobre esta materia. De acuerdo con la sistematización de las mismas que recientemente se ha propuesto (Corcoy, 2011, pp. 13 a 15), encontramos las siguientes:

Teoría del consentimiento

Agrupar a todas aquellas posiciones doctrinales que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo. De acuerdo con las mismas, el elemento esencial del dolo es el "querer". Como contenido del querer, propio del dolo eventual se considera la aprobación, la aceptación o la ratificación del resultado, es decir, siempre y, en todo caso, un elemento volitivo en relación con el resultado, que sustituya la "intención" o la "voluntad final". Se le califica como una teoría de contenido hipotético, pues utiliza como criterio para establecer cuando existe aprobación del resultado una fórmula de esta índole, la cual es conocida como la primera fórmula de Frank y que consiste en preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del tipo. De este modo, sí el autor dijo: "sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su actuar es doloso" (Corcoy, 2011)

Teoría de la probabilidad

Se caracteriza por acentuar el elemento intelectual del dolo, negando en cierta medida la existencia de un aspecto volitivo. Lo fundamental para estimar la existencia de un comportamiento doloso, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. En esta dirección y de acuerdo con su versión más radical, existe dolo cuando el autor considera a lo menos probable la producción del resultado.

Teoría del sentimiento

Lo fundamental para esta teoría es la actitud interna del sujeto frente a la previsible realización del resultado lesivo. En este sondeo de la actitud interna del sujeto, se escudriña su situación emocional y a partir de la "indiferencia" ante la probable producción de un resultado lesivo, se concluye un actuar doloso.

La culpa como elemento subjetivo del tipo

La culpa penal o imprudencia ha experimentado una constante evolución en la búsqueda de su verdadera naturaleza jurídica. En un primer momento, predominaron las corrientes no normativas, que se caracterizan por concebirla como un fenómeno de naturaleza psicológica, que junto con el dolo integraban las dos modalidades que podía asumir el juicio de reproche penal. Sin embargo, no existió absoluto consenso en cuanto a la fisonomía que correspondía atribuir a este proceso psicológico, pudiendo distinguir tres corrientes: la denominada teoría intelectualista, que la concibió como un vicio de la inteligencia, la teoría del error, esto es, imprudencia como error y la teoría psicológico voluntarista de la previsibilidad o culpa como previsibilidad. Las

dos primeras, correspondieron a un periodo previo al advenimiento del concepto moderno de delito y no tuvieron mayor eco en la doctrina. La última, en cambio, tiene como uno de principales referentes la obra de Von Liszt, quien centra el concepto formal de culpa en la previsibilidad del resultado, de modo que la culpa es considerada como: “la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad” (Liszt, 1999, p. 430).

Estas concepciones psicológicas entran en crisis ya a principios del siglo XX con motivo de una de las dicotomías más difundidas entre los estudiosos del derecho penal respecto de la culpa, esto es, aquella que distingue entre culpa consciente e inconsciente. Por la primera, se entiende aquella forma de culpa que se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa. Se caracteriza por que en la misma, se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. La culpa inconsciente supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro (Mir, 1997, p. 287). A propósito de esta última modalidad, se aprecia la ausencia de una vinculación psicológica entre el resultado y el agente, quien actúa con desconocimiento de la existencia misma del peligro, lo cual le priva de cualquier cariz de naturaleza interna.

La evolución de la dogmática del delito culposo, tiene un segundo momento, a partir del trabajo de habilitación de Engisch (1930), después del cual surgen las tesis normativas acerca de la naturaleza jurídica del comportamiento imprudente. La esencia de las concepciones normativas sobre el delito culposo, radica en considerar que el delito culposo constituye una infracción a la norma de cuidado y la culpa una infracción del deber de cuidado. Sin embargo, aunque con matices en torno a su ubicación sistemática, se continúa atribuyendo a la culpa un elemento de carácter interno.

Las discusiones persisten en torno a si se adoptan criterios o baremos generalizadores o individualizadores en torno al injusto penal culposo. Lo anterior, tiene una serie de implicancias en lo atinente a la ubicación sistemática de la infracción del deber subjetivo de cuidado, o sea del cuidado que el sujeto activo del delito está en condiciones de alcanzar de acuerdo con sus conocimientos y capacidades (Van Weezel, 1999, pp. 323 a 336).

La teoría mayoritaria, que concibe el injusto del delito culposo como infracción del deber objetivo de cuidado, parte de la premisa fundamental que la determinación del cuidado se debe establecer mediante criterios generales en el seno del tráfico, sin que tenga relevancia en su definición, los conocimientos, capacidades o aptitudes personales del autor para adecuar su actuar a ese cuidado objetivo. En otros términos, se exige el cuidado que es posible atribuir a un hombre medio. Sólo una vez que queda constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo del injusto) se plantea, a nivel de culpabilidad, la cuestión de si ese mandato general de cuidado hubiese podido ser cumplido por el autor individual según su inteligencia y formación, su habili-

dad y capacitación, su experiencia vital y su posición social (Van Weezel, 1999, p. 323).

Una segunda postura, sostenida entre otros por Jakobs (1995) postula que el injusto del delito imprudente, supone la infracción de un doble deber objetivo – subjetivo de cuidado. La infracción del deber objetivo, constatada a partir de la aplicación de la figura del hombre medio, integraría el tipo objetivo del delito culposo, mientras que la vulneración del deber subjetivo de cuidado, determinada sobre la base de criterios de evitabilidad y cognoscibilidad del deber, conformaría la tipicidad subjetiva (junto con la ausencia de dolo, que sería un elemento común del tipo subjetivo de ambas posturas). Más específicamente, esta posición parte de un fundamento teórico-normativo, según el cual el imperativo de la norma sólo puede dirigirse a que se haga lo posible, así, propone que el elemento de la evitabilidad del tipo objetivo se determine en función de las facultades individuales del autor, toda vez que es el mismo quien tiene que ser capaz de comportarse de modo jurídicamente exigido, si no se quiere convertir al delito imprudente en mero delito de desobediencia a causa de no haber cumplido el deber de obediencia ciega a la norma. Sobre estos presupuestos, los conocimientos especiales del autor, y su capacidad individual más que un problema del tipo objetivo viene a ser una cuestión que incide sobre el tipo subjetivo del delito imprudente, pues de ello depende la cognoscibilidad del riesgo (Van Weezel, 1999, p. 324).

Pero, en lo que aquí interesa, ambas concepciones atribuyen un componente interno a la culpa penal el cual deberá ser objeto de prueba en el proceso y que en cierta medida, vinculan esta materia con el objeto de investigación científica de la psicología. En efecto, también la infracción de la norma de cuidado exige un determinado conocimiento como base de la voluntad: el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trata. Así, por ejemplo, es preciso que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir su velocidad o, por lo menos, los indicios que debieran llevarle a averiguar las condiciones del vehículo. Pero o bien desconoce el peligro que supone actuar en tales condiciones (culpa inconsciente), o bien cree que su actuación peligrosa no tendrá consecuencias típicas (culpa consciente)(Mir, 1988, p. 666).

Los elementos subjetivos específicos del tipo

Según expone Bacigalupo (1999) el disvalor de la acción de los delitos dolosos, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos se requiere, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso (p. 336). Estos componentes internos del actuar del sujeto activo pueden adoptar varias formas. Bustos y Hormazábal, distinguen cuatro modalidades: elementos subjetivos de intención trascendente, de tendencia, de expresión y psicológico-situacionales (Bustos & Hormazábal, 2006, pp. 73 a 75).

Los elementos subjetivos de intención trascendente son los más comunes. Se trata de supuestos en los cuales el tipo penal exige la concurrencia de un querer interno que va más allá de la realización objetiva exigida. Un ejemplo de los mismos, lo encontramos en el artículo 438 del Código Penal, que respecto del delito de extorsión impone que el autor actúe con el propósito de perjudicar a la víctima.

Se adscriben a la categoría de elementos subjetivos de tendencia, aquellos casos en que la acción va acompañada de determinado ánimo que es de indispensable ocurrencia, pues de otro modo sería imposible concebirla. Un ejemplo, lo constituye el delito de hurto, previsto en el artículo 432 del Código Penal, el cual exige que el sujeto activo se apodere de cosa mueble, ajena y sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

En cuanto a los elementos subjetivos de expresión, suponen una disconformidad entre la realidad y lo actuado. Como existe tal disconformidad, ella requiere de una expresión subjetiva. Es lo que ocurre en el delito de falso testimonio, en el cual existe una disconformidad entre lo que el testigo expresa haber percibido sensorialmente y lo declarado en su calidad de tal.

Finalmente, los elementos subjetivos psicológico-situacionales, expresan una determinada relación del sujeto con la situación en que se encuentran y, por tanto, también están más allá de lo que requiere el dolo. Tal hipótesis se verifica a propósito de los delitos funcionarios, que implican que el sujeto activo actúe en el ejercicio de su cargo y con una finalidad pública. De modo que también estos elementos subjetivos específicos suponen la acreditación en el proceso de una realidad psíquica en el autor.

Proceso, Prueba y Ciencia: ámbito y restricciones de la prueba pericial

Si algún aspecto en común existe entre proceso y ciencia este radica en que ambos tienen como pretensión la búsqueda de la verdad. No corresponde a un trabajo de esta naturaleza ahondar en la búsqueda de una definición de lo que se entiende por verdad científica, ni cuáles son los medios más idóneos para conseguirla. Creo, basta con la modesta constatación de que en muchas áreas de nuestra cultura moderna, existe una suerte de aura mitológica en relación con el conocimiento científico, en el sentido que constituye un paradigma de conocimiento cierto y de verdad objetiva en torno a cualquier tipo de acontecimiento del mundo circundante. El conocimiento científico es, por así decirlo, un conocimiento que no sólo está por sobre el conocimiento del profano, sino que incluso está por sobre aquel exigible a los principales operadores del sistema de administración de justicia: jueces, fiscales y abogados, etc. Indudablemente, el proceso judicial, no escapa a esta marcada tendencia.

En el caso del proceso, la búsqueda de la verdad, constituye una condición de legitimidad para el mismo, pues en su carácter de instancia concebida para la administración de justicia, sólo en la medida que actúe impulsado por una finalidad de esta envergadura, las decisiones resultantes (sentencias de los tribunales), estarán en condiciones de cumplir con los estándares de corrección, validez y aceptabilidad que im-

pone la sujeción a un Estado de Derecho. Lo anterior es especialmente relevante a propósito del proceso penal, por las graves consecuencias que para el imputado, puede suponer la aplicación de una pena, especialmente, cuando ésta se traduce en privación de la libertad. Por cierto, la búsqueda de la verdad no es el único objetivo del proceso, existen otras finalidades no menos importantes como el interés en la celeridad de la toma de decisiones inmutables, la garantía de paz social, la garantía de los derechos individuales, la protección del secreto de determinadas comunicaciones (Ferrer, 2007, pp. 32 y 33).

Desde luego, la verdad que el proceso busca obtener no es la verdad entendida en un sentido material, sino que se trata de una verdad relativa e histórica, que se reconstruye en la sentencia a la luz de la valoración que los tribunales efectúan de las pruebas aportadas por los intervinientes del proceso. En esta reconstrucción de la verdad histórica, el conocimiento científico se puede introducir en el proceso, por la vía de la rendición de la prueba pericial, o más específicamente, en virtud de la declaración de un perito ante los jueces sobre una materia de su experticia y respecto de la cual se requiere una mayor ilustración, pues está por sobre el conocimiento medio exigible al o los sentenciadores. De esta forma, como señalan algunos autores, las funciones del perito se circunscriben a: 1) Informar al tribunal los principios generales fundados en la experiencia (resultados de su ciencia); 2) Comprobar hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos y juzgados en virtud de conocimientos profesionales especiales y; 3) Extraer conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados conforme a conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas (Maturana & Montero, 2010, p. 1031). Esta cuestión plantea un problema atinente a la temática que me ocupa, referido a determinar cuáles son las tipologías de ciencias que resultan admisibles en el proceso, esto es, si el espectro se reduce sólo a las denominadas ciencias duras (matemática, biología, física, química) o si también quedan incluidas aquellas ciencias humanas o sociales, como la psicología, que durante un periodo muy importante de nuestro desarrollo histórico no tenían la calidad de tales, sino que estaban reservadas al sentido común del hombre (Taruffo, 2009, pp. 90 a 95).

La tendencia actual de la teoría del proceso, aunque con limitaciones que esbozaré más abajo, permite la inclusión de ambos sectores de lo que hoy en día se concibe como conocimiento científico. De ello, hizo eco nuestro derecho positivo, con dictación del nuevo Código Procesal Penal, que en su artículo 315, inciso 2, respecto de la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso establece una norma bastante amplia: “Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una *ciencia, arte u oficio*.”

No obstante esta amplitud, se debe admitir que la introducción en el proceso de la prueba pericial involucra algunos riesgos, los cuales han sido expuestos atinadamente en nuestra doctrina por algún autor (Duce, 2010, pp. 47 a 53). El primero de ellos, se

refiere a que una utilización indiscriminada de la prueba de expertos, puede alterar uno de los principios estructurales del nuevo proceso penal: el principio acusatorio, esto en la medida que la opinión pericial llegue a sustituir el trabajo de razonamiento y reconstrucción de la verdad encargada a los jueces. Lo anterior, además, se torna más grave si se considera que el conocimiento experto, no está sujeto a los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad de la información, a los que sí está sujeto el trabajo de quienes se encargan de administrar justicia. Según Duce, dos ejemplos concluyentes de esta cuestión los aportan, en primer lugar, aquellos peritajes que deciden sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, como puede ser un peritaje siquiátrico que se pronuncie sobre la imputabilidad del acusado, emitiendo juicios de contenido jurídico al respecto. El segundo supuesto, se refiere a las declaraciones periciales sobre la veracidad de los testigos, como ocurre con los peritajes psicológicos sobre credibilidad (Duce, 2010, pp. 48 y 49).

El segundo riesgo, se verifica producto del enorme impacto que la prueba pericial puede producir en la opinión de los sentenciadores, especialmente en aquellas áreas del conocimiento que están alejadas del saber profano. En este caso, cuando los juzgadores son neófitos en la materia sobre la que versa el peritaje, la opinión del experto puede llegar a distorsionar a tal punto su percepción de la realidad, que llegue a influir de manera nociva en la decisión que en definitiva se adopte. Esto es particularmente significativo, cuando se trata de ciencias noveles, o de materias respecto de las cuales no existe validación por parte de la comunidad científica.

Estos riesgos conducen a la necesidad de admitir con cautela la declaración pericial en el proceso, lo cual se traduce en el establecimiento de un conjunto de restricciones para que la misma resulte admisible como medio de prueba (Duce, 2011, pp. 58 y ss.). Estos límites, se refieren a cuatro aspectos de la prueba pericial: pertinencia o relevancia, necesidad del conocimiento experto, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje.

La pertinencia o relevancia constituye una exigencia general aplicable a cualquier medio de prueba y consiste, en primer lugar, en la circunstancia de que el mismo guarde relación con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, es decir, que exista relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba (Horvitz & López, 2004, p. 45). En segundo término, supone una relevancia de carácter legal (Duce, 2011, p. 61). La misma, se obtiene a partir de una ponderación entre el aporte de la prueba en la resolución del caso versus los perjuicios que puede generar. Una prueba pericial que genere un perjuicio significativo en detrimento de su real aporte en la solución del asunto, no debería ser admitida. El origen del perjuicio producido por la prueba puede provenir de diversas fuentes: generación de prejuicios en el juzgador, los altos costos materiales o humanos que supone su obtención o la generación de una influencia indebida en el sentenciador, por citar algunos ejemplos.

La necesidad de conocimiento experto, supone en un primer nivel que la prueba pericial contribuya acabadamente en la decisión de una materia, la cual se encuentra fuera de la capacidad de comprensión del tribunal. En un segundo nivel, esta exigencia impone que la opinión experta se introduzca en el proceso por la vía de la declaración del perito y no a través de otro medio, pues si el juzgador puede recibir la información requerida a través de algún otro medio, éste resultará superfluo. Según Duce, un caso paradigmático de incumplimiento de esta condición está constituido por los denominados peritajes psicológicos de credibilidad, los cuales son utilizados frecuentemente en el juzgamiento de delitos de significación sexual. Ocurre, que la evaluación acerca de la credibilidad de la víctima o testigos en juicio, constituye por antonomasia la labor del juzgador, de modo que admitir este tipo de pericias, supone una invasión a la parcela de trabajo que es de responsabilidad exclusiva del juzgador (Duce, 2011, pp. 73 a 76).

En cuanto a la idoneidad del perito, esta condición supone que quien se presenta como experto tenga la calidad de tal. Respecto del proceso penal, el Código Procesal Penal, se refiere indirectamente a esta condición en el artículo 314, inciso primero: el cual señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten *la idoneidad profesional del perito*”. Por razones obvias, debe tratarse de una idoneidad vinculada con aquella área de conocimiento que resulta relevante para la resolución del asunto en que se ha solicitado su dictamen. Esta calificación profesional, debe ser demostrada en el juicio por quien presenta al perito, fundamentalmente, mediante las denominadas preguntas de acreditación que se formulan durante la secuela del mismo y; es valorada por el tribunal llamado a resolver.

Finalmente, la confiabilidad del peritaje, implica que la información incorporada en el juicio a través de la declaración del especialista tenga un nivel de validez y aceptabilidad general dentro de la comunidad científica a la que pertenece. Esto supone, además, que la metodología utilizada por el perito en la confección de su dictamen sea correcta desde el punto de vista científico. A propósito de esta cuestión, Duce, tomando como referente lo resuelto por jurisprudencia estadounidense, menciona cuatro criterios, no exclusivos ni excluyentes de otros, que determinarían la corrección metodológica del perito: la falsificabilidad de la teoría o posibilidad que esta sea testeada, que haya sido sometida a revisión de pares o publicada, conocimiento de la tasa potencial de error o la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría y aceptación general de la metodología que subyace a la teoría en la comunidad científica. Estas condiciones fueron establecidas en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, INC.* 509 U. S. 579 (1993) (Duce, 2011, p. 82).

Posiciones de la dogmática jurídico -penal respecto de la utilización de prueba pericial psicológica para la acreditación de los elementos subjetivos del delito.

La temática relativa a la utilización de psicólogos en juicio para la acreditación y definición de los elementos subjetivos del tipo, constituye un tema muy poco tratado por la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, a la luz de las escasas monografías que se han ocupado de este tema, considero que es posible distinguir, aunque con matices, al menos dos orientaciones. Por una parte, están aquellos que se muestran escépticos a la utilización de la psicología en esta área y; por la otra, encontramos aquellos que se manifiestan proclives al empleo de esta rama del conocimiento en la demostración de los elementos subjetivos del delito.

Todos estos lineamientos parten de una idea en común, que consiste en afirmar que si, por un lado, al proceso se le atribuye como función básica la búsqueda de una verdad de carácter historiográfica y limitada y, por el otro, en el contexto del mismo se reconocen garantías al imputado, particularmente el principio de inocencia, la decisión que adopte el tribunal, aun cuando se trate de un sistema de libre apreciación de la prueba, debe ser motivada racionalmente, siguiendo criterios de interpretación aceptados en derecho (Corcoy, 2011, p. 3). Esta constatación, tiene efectos especialmente relevantes tratándose de la prueba de los elementos subjetivos del delito, pues dada su fisonomía de naturaleza psíquica, resulta que su acreditación en el proceso puede devenir en extremadamente compleja, al extremo, que en la práctica, los tribunales terminen por prescindir de ella o, lo que es peor, la sustituyan por convicciones meramente subjetivas, que no se basan en criterios de racionalidad, sino más bien en el sentido común de quienes resuelven. Esta circunstancia, hace difícilmente refutables y controlables las decisiones de los tribunales en lo que se refiere a la demostración del dolo, la culpa o los elementos subjetivos del tipo, lo cual redundará en una afectación significativa el derecho de defensa del acusado, quien ve mermada la posibilidad de controvertir la decisión por la vía de la interposición de algún un recurso.

En otras palabras, todos quienes han abordado esta temática enfatizan su crítica hacia el mecanismo adoptado por la jurisprudencia para la acreditación de los elementos subjetivos del delito, conocido como prueba de indicios o presunciones y que consiste en recurrir a circunstancias objetivas que son materia de prueba en el juicio, a partir de las cuales se infiere la subjetividad del autor. En esta línea, muy ilustrativa en relación con el empleo de la prueba de indicios en el proceso penal, resulta la opinión de Pérez del Valle, quien sostiene: “Por lo general la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria. El objeto de la convicción del tribunal es, en estos casos, un aspecto que parece reservado al individuo en que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación –en caso de que el acusado lo confesara explícitamente– se requiere una inferencia a partir de datos exteriores. (Pérez del Valle, 1999, p. 22).

En lo que se refiere a la utilización de la psicología como instrumento para hacer frente a esta problemática, según indiqué, las posturas difieren entre aquellas que no le atribuyen ningún rol y aquellas que la vislumbran como una real solución. En resumen, estos planteamientos señalan:

Posturas escépticas: existen diferentes fundamentos para sostener este escepticismo. El primero, planteado por el connotado penalista alemán Günter Jakobs, puede ser calificado como de naturaleza sistémica. En efecto, según este autor, el derecho penal trabajaría sobre la base de una *psicología esotérica*, es decir, escogería los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valoraría según ellos, lo cual puede ser a veces poco compatible con el punto de vista de la psicología individual (Jakobs, 1995, p. 375).

Esta cuestión sería particularmente prístina a la luz del concepto penal de culpa, cuya dimensión psíquica, resultaría ser evidentemente ajena a la psicología. En lo que respecta al dolo, este se construiría con referencia a finalidades específicamente jurídico-penales a partir de la comparación de una situación motivadora real y otra hipotética. Por ello, en el dolo resulta que los hechos psíquicos son recortados hasta reducirlos a la consciencia de actuar con posibles consecuencias, como ocurre a propósito del dolo eventual. Respecto de los elementos subjetivos, el mismo autor agrega que el derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esa realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la psicología pueden parecerle meros fragmentos. Ejemplo: el ánimo de apropiación perfilado por el derecho penal es un dato hecho a la medida de las necesidades de esta disciplina, y no importa si es, además, una unidad delimitada convenientemente desde el punto de vista de la psicología individual, ni si desde el de la psicología profunda —por basarse en diversos grupos de instintos— es una unidad con sentido (Jakobs, 1995, p. 376).

La explicación de lo anterior, vendría dada por los distintos conceptos de acción y sujeto de los que partirían ambas áreas del conocimiento, así, mientras que el derecho penal se interesa fundamentalmente por el *output* del sujeto, es decir un saldo de acción a la que se confiere una determinada significación social y jurídica, la psicología profunda se centra en los movimientos de la cuenta o la dinámica de los instintos. Esto permite entender, que aquello que se presenta para el derecho penal como un homicidio tendente a la satisfacción del instinto sexual, pueda ser psicoanalíticamente interpretado como un desmoronamiento de los mecanismos psíquicos de defensa, o sea un indicio de un sujeto ya no íntegro (Jakobs, 1995, p. 377).

Aún superada una eventual desarmonía conceptual entre dogmática penal y psicología, hay quienes señalan que resulta cuestionable que esta disciplina esté en condiciones de aportar conocimientos ciertos con validez científica sobre la existencia de estos fenómenos psíquico. Este problema se ve exacerbado, si se tiene en cuenta que los métodos de investigación de la psicología suelen exigir un notable grado de colaboración de la persona cuya realidad psíquica se ve sometida a análisis, algo que en el ámbito del proceso penal no parece posible imponer al acusado, máxime si se tiene en

cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a guardar silencio constituye una garantía estructural, sobre cuya base se vertebra el proceso penal. En este sentido, como menciona Ragués, resulta un contrasentido reclamar, por un lado, una plena correspondencia entre hecho probado y realidad como forma de garantizar un pleno respeto a la dignidad del acusado y admitir, a la vez, que dicha dignidad pudiera verse atacada en la fase de investigación procesal. Por si fuera poco, agrega, a menudo se plantea que tales investigaciones (refiriéndose a las investigaciones de la psiquiatría y de la psicología) pueden suministrar datos acerca de determinados aspectos de la personalidad de un individuo, pero difícilmente aportar conclusiones ciertas sobre el contenido de su representación o voluntad en el momento concreto de llevar a cabo un hecho delictivo (Ragués, 1999, p. 222).

Según otros, una potencial retroalimentación entre prueba penal y psicología, no puede pasar por alto que también para esta última disciplina (y esto también vale para psiquiatría) la consciencia ajena permanece como una especie *black box*, de modo que, sólo existen posibilidades limitadas de aproximación a su real contenido. Por este motivo, la psicología como mucho puede contribuir con declaraciones negativas, pues las declaraciones positivas sobre el contenido de la consciencia ajena, se basan en el colocarse en el lugar de otro regido por la propia experiencia (Ragués, 1999, p. 223).

Una postura extrema dentro de estos lineamientos, sostiene que, en muchos casos, el recurso a las ciencias empíricas está simplemente fuera de lugar, tal como afirma Kraufi: “allí donde nos encontremos ante la psique de un autor normal, cuyo hecho antijurídico no muestre problema alguno de imputabilidad, el perito psicólogo no desempeña ningún papel digno de mención en la condena o en la absolución” (Ragués, 1999, p. 223 y 224).

Como se puede apreciar, estas teorías cuestionan que las pruebas periciales psicológicas, satisfagan las limitaciones que en el número anterior analicé como condiciones esenciales para admitir la rendición de una prueba de expertos en el proceso. En particular, en el estado actual del desarrollo de la psicología, no se encontraría en condiciones de emitir un diagnóstico confiable acerca de los insondables fenómenos psíquicos que se verifican en la mente del sujeto responsable del delito y que el tipo establece como elementos de naturaleza subjetiva, necesariamente acreditables en el proceso.

Planteamientos proclives a la utilización de las pericias psicológicas para la prueba de los elementos subjetivos del tipo: un primer autor que se manifiesta abiertamente partidario de la utilización de las ciencias empíricas (psiquiatría y psicología) en este ámbito es Diez Ripollés. A su juicio, en la fase de constatación de los elementos subjetivos del tipo, los peritajes psiquiátricos y psicológicos deberían ocupar un papel fundamental (Diez, 1990, p. 320). Sin embargo, advierte sobre la creciente reticencia a admitir este tipo de informes en el proceso penal, esgrimiendo varias razones para ello. La primera de ellas dice relación con la frecuente presencia de informes pericia-

les contradictorios, al parecer fomentada por las leyes procesales, y que termina arrojando dudas, no ya sobre la fiabilidad del proceder empírico en concreto utilizado por alguno o algunos de los peritos concurrentes, sino sobre el desarrollo científico alcanzado por las disciplinas en cuestión (Diez, 1990, p. 320). Otra razón, puede provenir de la forma en la que el derecho solicita la colaboración psiquiátrica o psicológica: es al perito a quien se le pide que vierta sus conocimientos en el marco jurídico, cuando sería mucho más eficaz que un juez o tribunal con suficientes conocimientos psicológicos y psiquiátricos integrara los datos ofrecidos por los peritos en el marco conceptual jurídico (Diez, 1990, p. 320).

Especialmente relevante para la materia abordada, resulta la visión que este autor propone acerca de la diferente forma de abordar la colaboración con el derecho penal que se aprecia en el ámbito de la psiquiatría y la psicología. Mientras la psiquiatría, adopta una posición reticente a toda colaboración, por considerar que se les piden "respuestas que no están en condiciones de ofrecer", hay una excelente disposición, en términos generales, de los psicólogos. En su opinión, estas discrepancias tienen su origen en la disputa, todavía no resuelta satisfactoriamente, de los ámbitos de conocimiento que competen a cada una de las disciplinas, pero ello no debe hacer olvidar ciertos datos: la psiquiatría construye mayoritariamente sus cuadros nosológicos sobre un sustrato lo más "biológico" posible, que en ocasiones ya tiene una clara explicación neurológica, lo que, unido a su orientación estrictamente patológica, hace que ofrezca explicaciones de la realidad psíquica poco integradas, es decir, carentes de una visión global de la persona y, en cualquier caso, con muy limitadas referencias a los comportamientos considerados normales. Por el contrario la psicología, sin excluir la orientación patológica, pretende con frecuencia describir comportamientos normales y desde luego procede con una actitud más "mentalista" e integradora de toda la personalidad. Ello le puede permitir acercarse más a las necesidades jurídicas (Diez, 1990, p. 321).

Ragués (1999) menciona a dos autores alemanes partidarios del empleo de las ciencias empíricas y en particular de la psicología, en la determinación de los elementos subjetivos. El primero de ellos, Günter Schewe, considera que el profuso desarrollo de la investigación forense en la determinación de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad penal) puede ser de suma utilidad en la constatación de los presupuestos fácticos del tipo subjetivo. Específicamente, a propósito de la prueba del dolo, pone en evidencia como la determinación de este elemento subjetivo en la mera apariencia externa de una conducta puede conducir, en determinados casos, a resultados absolutamente incorrectos desde el punto de vista empírico: el sentido externo de conducción que puede presentar un comportamiento, no necesariamente debe corresponderse con la vivencia subjetiva del autor, aquello en lo que, a fin de cuentas, debe basarse la imputación dolosa. En el caso de homicidios que tienen a niños como víctimas, las investigaciones han suministrado conocimientos que aportan explicaciones sobre la tipología de la situación fáctica, pero también sobre la psicología del autor y

no sólo en referencia a la cuestión de la capacidad de imputabilidad. Otras investigaciones pueden resultar interesantes en el ámbito de los delitos de lesiones con resultado de muerte, ya que respecto a esta cuestión no sólo son determinantes la forma y entidad de la lesión, sino también las capacidades personales y los conocimientos del autor. Finalmente, agrega que una visión global de la víctima, por un lado, y de la personalidad del autor, por otro, prometen explicaciones sobre si el desenlace mortal era previsible para este último, con lo cual, se hace cargo también de la influencia de este tipo de ciencias en la determinación de la culpa penal (Ragués, 1999, pp. 225 y 226).

El segundo autor, Georg Freund (citado en Ragués, 1999) afirma que sólo un perito con suficiente experticia puede informar de modo concluyente sobre qué peculiaridades situacionales o personales entran en concreta consideración para una valoración personal divergente (o inexistente) de lo objetivo y cómo tienen que descartarse dado el caso. Así, añade que la tendencia de los tribunales a emplear peritos en los delitos de homicidio no sólo resulta loable en lo que respecta a la cuestión de la capacidad de culpabilidad, sino también para alcanzar la completitud del juicio de base nomológico en relación con la determinación del dolo, es decir, para aportar reglas de experiencia que hablen a favor o en contra de la existencia de un determinado grado de conocimientos en un sujeto (Ragués, 1999, p. 228).

Comentario aparte merece la visión expuesta en la dogmática italiana por Morselli (1991) según su parecer, las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal, han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática. En el interior de tal variedad de respuestas sobre el elemento subjetivo, parece que por lo menos una es digna de privilegio y, por tanto, merece ser considerada en el campo puramente dogmático: es precisamente la respuesta ofrecida por la psicología llamada dinámica, o profunda, cuyo matriz está en el psicoanálisis de ortodoxa derivación freudiana.

En este contexto, lo más destacable de su postura, es que realiza un interesante esfuerzo por analizar los conceptos estructurales de los elementos subjetivos, en clave psicológica. En efecto, según su opinión, en términos psicodinámicos, lo que normalmente se suele indicar con la palabra “voluntad” (el eje sobre cuya base se construye el concepto de comportamiento el derecho penal) significa el ejercicio de una función de control y de dirección por parte del Yo sobre la esfera de los propios impulsos instintivos (la esfera denominada del Es o Ello). Un sujeto “quiere” lograr un determinado resultado en el mundo exterior en cuanto, no solo tiene la capacidad de “disponer” o de “pilotear” los propios impulsos intersíquicos, sino que también se dispone con conciencia, es decir de manera finalista, en tal dirección (Morselli, 1991, p. 895).

Con respecto a la culpa, sostiene que al querer analizar más de cerca las diferentes formas de manifestación del elemento subjetivo o psicológico, inmediatamente se

advierte como tal control, o guía, falta completamente, e *in radice*, en los hechos culposos. Aquí, no solo el inconsciente “asume el predominio” sobre el Yo, sino hasta lo burla, haciéndolo “responsable” del hecho a despecho suyo, es decir sin saberlo, y en oposición a su efectiva actitud consciente. En síntesis, en el hecho culposo el Yo del sujeto es engañado por el Ello, y por tanto, convertido en “*dupe de soi-même*” o sea pelele de sí mismo; la responsabilidad que nace en él consiste precisamente en no haber sabido ejercitar, como es debido, el propio deber de control y de “revelación” sobre los propios impulsos que obran en él de manera inconsciente; en otras palabras, tal responsabilidad consiste en haber actuado “con ligereza”, habiendo permitido que faltara el propio poder-deber de “atención”. De aquí, el cúmulo de actos no logrados (olvidos, descuidos, etc.) y de actos automáticos, como los impulsivos, reflejos, instintivos, habituales, etc. (Morselli, 1991, pp. 895 y 896).

En relación con el dolo, manifiesta que su interpretación psicoanalítica es semejante y diferente al mismo tiempo. En este caso, el inconsciente “asume el predominio sobre el Yo; pero, mientras en la culpa esto sucede de manera capciosa y evasiva, en el dolo se comprueba que es el Yo del sujeto que “monta en grupa (sic) al caballo” de los instintos. Aquí, el Yo “adquiere”, “dice que sí” a la petición negativa, porque es antisocial, emergente de los impulsos mencionados; es decir, el Yo, en actitud consciente de “*compliance*” toma el rumbo seguido por los impulsos. En esencia, el Yo se hace “cómplice” del propio inconsciente orientado hacia lo antisocial, o sea colabora con él, y consiente en dejarse transportar por los impulsos, hacia los que se siente atraído (Morselli, 1991, p. 896).

Así, ocurre que, tal actitud interior de “*compliance*”, tal consciente adhesión a los propios dinamismos interpsíquicos antisociales representan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa. Queda asentado, de todos modos, que la llamada voluntad no se encuentra a la raíz ni de la culpa ni del dolo. Como se ha dicho, en ambos casos es el inconsciente que “asume el predominio sobre el Yo”; en ambos casos estamos ante lo que puede definirse como el coeficiente psíquico unitario y básico de la criminalidad, coeficiente que no consiste en aquella función de control y de guía dada por la voluntad, como se cree erróneamente, sino precisamente en el contrario, es decir, consiste en el no logrado o insuficiente control del Yo consciente sobre los propios impulsos antisociales (Morselli, 1991, p. 896).

DISCUSIÓN

Queda demostrada la importancia que para el derecho penal tienen procesos de naturaleza psíquica, al extremo de alterar la valoración jurídica y hasta social que se tiene sobre el comportamiento humano (por ejemplo, la distinta valoración que se efectúa respecto de delitos dolosos versus delitos culposos). Esta es una cuestión bastante común no sólo en esta área del derecho, sino para esta área del conocimiento en

su integridad, pues también en el ámbito del derecho privado, nociones como la buena fe o el dolo civil adoptan una naturaleza predominantemente interna.

La psicología, constituye la principal ciencia social que se ha preocupado del estudio de los procesos internos del hombre, razón por la que *a priori* debiese ocupar un rol estelar en la definición de todos los aspectos internos que se conciben en otras ramas del conocimiento, entre ellas el derecho.

Sin embargo, tratándose de la relación derecho penal – psicología, con motivo de la definición y especialmente a propósito de la demostración en juicio de los elementos subjetivos del delito (dolo, culpa y elementos subjetivos) la vinculación ha sido casi inexistente. Esta cuestión puede ser atribuible, a la ausencia de un diálogo y discusión científica más fluido entre juristas y psicólogos, quienes hasta ahora no han esbozado siquiera un análisis multidisciplinar sobre los fenómenos internos a los que se confiere relevancia jurídico penal a nivel del tipo. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en otras materias como el enjuiciamiento sobre la imputabilidad penal y los temas relacionados con la credibilidad del testimonio, donde si ha existido un debate más prolífico.

La ausencia de esta discusión científica, incide directamente en materia de prueba de estos elementos en el proceso penal, porque los estándares probatorios que deben aplicar los tribunales exigen la demostración de los hechos con un grado de certeza tal, que resulta incompatible con el actual estado de avance del nexo entre derecho penal – psicología. Si el derecho impone una exigencia de conocimiento cierto a nivel de prueba de los fenómenos internos concurrentes en el autor de un delito y la psicología no se encuentra en condiciones de aportarlos, es lógico que la prueba pericial de psicólogos no ocupe ningún lugar, pues no está en condiciones de solventar las exigentes restricciones a las que está sujeta este tipo de prueba.

Sólo a partir de un estudio multidisciplinar, que combine las aportaciones de juristas y psicólogos, se podrá derribar el mito de que el derecho funciona sobre la base de sus propias concepciones psicológicas. En esta dirección, se extrañan estudios científicos más profundos, provenientes de psicólogos acerca de las concepciones sobre los elementos subjetivos del tipo con las que trabajan los juristas. En caso de aparecer estudios de esta índole, quizás puedan contribuir de manera decisiva a la resolución de uno de los principales problemas que se plantea a nivel de teoría de la prueba penal, esto es, cómo se prueban los elementos subjetivos del delito sin recurrir a la tan vilipendiada prueba de indicios, la cual siempre redundante en la demostración de los elementos subjetivos conforme a las apreciaciones personales de quien juzga, es decir, de acuerdo con psicología profana de los jueces, inconcebible en un proceso que tiene pretensiones en torno a la búsqueda de la verdad.

REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (2006). *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Madrid: Trotta.
- Cerezo, J. (2000). *Curso de derecho penal español. Parte general, tomo II*. (6ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Corcoy, M. (2011). Concepto dogmático y procesal de dolo *Doctrina y jurisprudencia penal N° 4*, 3-30.
- Diez, J. (1990). *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch,
- Duce, M. (2010). Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Legal Publishing, 45-86.
- Engisch, K. (1930). *Untersuchungen über vorsatz und fahrlässigkeit in strafrecht*. Berlin:Tübingen.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Garrido, M. (1997). *Derecho penal. Parte general, tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Horvitz, M. & López, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno, tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. española a cargo de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Jeschek, H. H. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. española a cargo de M. Olmedo Cardenete. (5ª ed.). Granada: Comares.
- Liszt, F. (1999). *Tratado de derecho penal, tomo II*, trad. de la 20ª ed. alemana a cargo de L. Jiménez de Asúa. (4ª ed.). Madrid: Reus.
- Luzón, D. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general, tomo I*. (3ª reimp.). Madrid: Universitas.
- Maturana, C. & Montero, R. (2010). *Derecho procesal penal, tomo II*. Santiago: Legal Publishing.
- Mir, S. (2005). *Derecho penal. Parte general*. (7ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Mir, S. (1988). Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 41, fasc./mes 3, año 1988, 661-683.

- Morselli, E. (1991).El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 44, fasc./mes 3, año1991*, 883-901.
- Pérez del Valle, C. (1999).*Teoría de la prueba y derecho penal*. Madrid: Dykinson.
- Politoff, S., Matus, J. P. & Ramírez, M. C. (2004).*Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*.(2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica.
- Ragués, R. (1999).El dolo y su prueba en el proceso penal .Barcelona: Bosch.
- Roxin, C. (2006).Derecho penal. Parte general, tomo I, trad. de la 2ª edición alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
- Taruffo, M. (2009).Conocimiento científico y estándares de la prueba pericial. *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago: Metropolitana, 87-121.
- Van Weezel, A. (1999).Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes. *Revista chilena de derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo XXVI*, 323-336.