ALGUNOS PROBLEMAS SOBRE LA PRUEBA DE LOS “HECHOS PSICOLÓGICOS”

Ewald Meyer Bustos

Profesor de Derecho Procesal Universidad de Playa Ancha
Académico de la Universidad de Valparaíso.

RESUMEN. La interacción entre Filosofía, Ciencia y Derecho ha posibilitado nuevos horizontes de comprensión del fenómeno probatorio al interior del proceso penal, aportando información relevante sobre la prueba de los llamados “hechos psicológicos”, conocidos en la ciencia como “estados mentales”. En este trabajo se exploran algunas problemáticas probatorias de la visión dogmática tradicional de los “hechos psicológicos” en cuanto a su formulación conceptual, a partir de la triangulación de elementos normativos, neurocientíficos y filosóficos. El presente trabajo posee un carácter más bien programático, en la medida en que pretende presentar una visión sintética de un conjunto de problemas para delimitar posibles indagaciones futuras en torno a la prueba de los estados mentales en el proceso penal, para finalizar con una propuesta desde la *instrumentalidad* del Derecho Procesal, insistiendo en la urgencia de armonizar el Derecho Penal sustantivo con el Derecho Procesal, y superar así los déficits estructurales en el tratamiento probatorio de los elementos subjetivos del delito.

1.- INTRODUCCIÓN

La categoría conceptual de «hecho psicológico» es antigua. La dogmática jurídica ha ido asumiéndola ya sea explícita o implícitamente de diversas maneras. En su formulación clásica, puede hallarse en BENTHAM, quien la define como el hecho que “se produce en el espíritu”¹, o bien el que está “oculto en el interior del hombre”², ejemplificándolo como la intención de quien ha disparado un arma³. Por otro lado, ROSENBERG se refiere a ellos de forma genérica, sin diferencias, como acontecimientos y circunstancias concretas, determinados en el espacio y tiempo, pasados y presentes, de la vida anímica⁴, mientras que WIGMORE los ha agrupado bajo la categoría específica de “estados de la mente” refiriéndose al conocimiento, la creencia y la conciencia⁵. Modernamente TARUFFO los define como “hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades”⁶. En línea similar, GASCÓN ABELLÁN se refiere a ellos como los que “cualifican la voluntad de un individuo (si tuvo intención de realizar una conducta, su hubo ánimo de lucro, ánimo de engañar, etcétera.) o determinan su conocimiento acerca de un hecho (por ejemplo si conocía el origen ilícito de los objetos

¹ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol I., Buenos Aires, 1959, p. 26.

² Ídem, Bentham (1959) p. 27.

³ Según el propio Bentham, los hechos psicológicos únicamente pueden probarse por hechos físicos, citando como ejemplo el hurto, en que puede probarse la intención de apoderarse de una cosa y de usarla a través de tomar precauciones para huir o para ocultar el objeto robado, Ídem, BENTHAM (1959) p. 27.

⁴ Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 209.

⁵ John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, T.I, Boston, Little Brown, and Company, 1923, p. 41.

⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 4ª edición, trad. Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 159.

en el delito de receptación)”⁷. A su turno, GONZÁLEZ LAGIER se ha referido a ellos como “subjetivos”, existiendo “una asimetría entre la manera como son conocidos por este o por terceros: en primera persona, el conocimiento de los estados mentales o hechos psíquicos se realiza por medio de la consciencia o introspección, sin necesidad de observación; en cambio, en tercera persona, estos hechos se han de inferir a partir de la observación de la conducta externa del sujeto”⁸. Por último, ITURRALDE ha hecho referencia a ellos como acontecimientos de la vida anímica, incluyendo sus estados, el conocimiento de algo, cierta intención de voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en hechos externos⁹.

Desde otra perspectiva jurídica, el problema de los estados mentales o “hechos psicológicos” en el Derecho Penal se encuadra en los elementos subjetivos del tipo penal o del injusto y la teoría de la culpabilidad¹⁰. En este sentido, el objeto de enjuiciamiento normativo vendría dado por “hechos con un modo de existencia ontológico subjetivo: las representaciones mentales, las actitudes proposicionales o los estados intencionales del acusado (incluyendo el trasfondo de lo que le rodea)”¹¹. Sin ir más lejos, uno de los elementos que padece mayor déficit probatorio en el marco de un proceso penal es justamente el elemento subjetivo del delito¹², lo cual nos lleva a la pregunta central de este trabajo: ¿qué problemas y desafíos plantea en general la prueba de los estados mentales al interior del proceso penal?

En primer lugar, que las intenciones y estados mentales (emociones, creencias, sensaciones, etc.) tienen un modo subjetivo de existencia y no son directamente observables por terceros, surgiendo la pregunta de cómo encajan en la concepción científica del mundo y de cómo estos pueden ser conocidos¹³. En segundo lugar, no existen criterios claros y definidos para establecer cuándo en un caso concreto concurren aquellos elementos de juicio que se consideran aplicables para la concurrencia de los elementos subjetivos del delito¹⁴. En tercer lugar, la prueba científica actualmente

⁷ Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3º Edición, Marcial Pons, Madrid, p. 70.

⁸ Daniel González Lagier, “Prueba hechos y verdad” en *Manual de Razonamiento Probatorio*, coord. Jordi Ferrer Beltrán, D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 25.

⁹ Victoria Iturralde Sesma, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 326-327.

¹⁰ En los comienzos de la dogmática penal moderna se encuentra la separación de lo “externo” y lo “interno” de lo “objetivo” y “subjetivo”, relacionado esto último con la relación anímica del autor con el resultado, estructurando la moderna teoría de culpabilidad, véase Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11ª Edición, Trad. Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 199; Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006, pp. 126-129; Reinhard Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, p. 27.

¹¹ Björn Bukhardt; Klaus Günther; Günther Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2007, p. 39.

¹² Julià-Pijoan, Miquel, “La prueba penal de los estados mentales desde la ‘neurotecnología’: ¿ya es una realidad?” en *Política criminal*, Vol. 18 N°35, 2023, p. 96.

¹³ Daniel González Lagier, “Tres modos de razonar sobre hechos” en *Hechos y razonamiento Probatorio*, coord. Carmen Vázquez, Centro Jurídico Integral de Ciencias Penales y Criminología (Editorial CEJI), México, 2018, p. 33.

¹⁴ Ramón Ragués I Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 17-18.

disponible que se refiere a los estados mentales, en sí misma, no es suficiente para “extraerlos”¹⁵.

Las tres problemáticas anteriormente expresadas tienen una repercusión clave al interior del Derecho Procesal. La primera permite definir cuál el *status* conceptual de los estados mentales en el plano ontológico y epistemológico con el fin de situarlos adecuadamente en el procedimiento probatorio a partir de la identificación de su respectivo fuente y medio de prueba. La segunda conlleva una implicancia significativa en el *razonamiento probatorio* y en la construcción de *estándares de prueba*. La tercera permite clarificar el lugar que debe cumplir la prueba científica al interior del proceso penal, delimitando específicamente el campo de acción de la prueba pericial y testimonial. A continuación se analizarán las tres aristas que repercuten en el problema procesal de los hechos psicológicos, a saber; el problema filosófico, el científico y jurídico.

2.- EL PROBLEMA FILOSÓFICO: ¿HECHOS PSICOLÓGICOS?

En la antigüedad clásica los estados de la mente que eran relevantes para la acción se subsumían bajo el concepto de *orexis* que implicaba una motivación general para hacer algo que está a nuestro alcance. Cubre un amplio espectro de estados mentales, incluidos el querer, la motivación racional y, dentro de ella, la motivación por razones éticas¹⁶. Según Nussbaum la traducción mejor sería “deseo”, porque implica referencia a un objeto, algo que se quiere: siempre hay un objeto de deseo, pues no cabe desear en el vacío. Sin embargo, este deseo o inclinación no es propio y exclusivo del hombre, sino que el hombre lo tiene en común con los animales¹⁷. Aristóteles explica la acción humana poniendo como principio a la *orexis* que distingue tres clases: apetito (*epithymía*), impulso (*thymós*) y querer (*boúlesis*)¹⁸, siendo solo esta última la específicamente humana y que sirve a todo el edificio aristotélico para distinguir lo voluntario e involuntario, lo cual claramente cimentó la teoría de la acción moderna en el contexto jurídico.

Existe otra expresión filosófica relevante para el derecho que es la de “*factum brutum*” que, tomada literalmente, tiene el significado de “hechos no-procesados” o “brutos”¹⁹, que se debe a la filósofa Gertrude Elizabeth Anscombe, quien demostró que la teoría causal de la acción humana no era consistente y que su principal defecto residía en que no admite la perspectiva de primera persona²⁰, mostrando que el conocimiento de

¹⁵ Los avances neurocientíficos actuales demuestran que la observación de la actividad cerebral con el fin de hallar patrones de activación no basta para “extraer” los estados mentales de las personas, sino que se requiere mucha más información, véase Julià-Pijoan, Miquel, “La prueba penal de los estados mentales desde la “neurotecnología”: ¿ya es una realidad?” en *Política criminal*, Vol. 18 N°35, 2023, p. 103.

¹⁶ Julia Annas, *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 35; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI 2, 1139a30-32, Gredos, Madrid, 2014.

¹⁷ Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, New York, 2001, pp. 269-276.

¹⁸ Aristóteles, *Acerca del alma*, 414 b, 1-5, Gredos, Madrid, 1994.

¹⁹ G.E.M Anscombe, “On Brute Facts”, en *Analysis*, Oxford Academic, 1958, pp. 69 a 72.

²⁰ José María Torralba, *Acción intencional y razonamiento práctico según G.E.M Anscombe*, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Navarra, 2005, p. 147.

la *intención* no tiene fundamento en ningún hecho (*fact*)²¹, volviendo a la idea del silogismo práctico aristotélico como uno de los pilares de comprensión de la acción humana. La *intención* es –en conjunto con otros estados mentales (como el consentimiento, la voluntad, etcétera) –, en buena medida algo normativo y no fáctico. El problema es que, gracias a la herencia de la tradicional explicación de los “hechos psicológicos”, se sigue razonando en materia probatoria *como si existiesen hechos externos que fundamentan dichos estados mentales*, por ejemplo, en la siguiente sentencia de la CORTE SUPREMA de Chile:

*“Los elementos antes mencionados del dolo -cognitivo y volitivo- deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio (SSCS Rol N° 5003-2008 de 23 de abril de 2009, Rol N° 3970-2008 de 2 de julio de 2009 y Rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015), siendo la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como “un conglomerado de hechos internos”- una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, “se encuentra en la cabeza del autor” o, como puntualiza Schewe, se basa en “vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso (Ragués i Vallés. *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, 2002, p. 190). El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión auto inculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados “juicios de inferencia” (Ragués i Vallés, cit., p. 238). Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que “la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores”²².*

La doctrina procesal y la jurisprudencia, conceptualiza que los hechos psicológicos deben ser inferidos a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias del contexto, creando un catálogo de “indicios-tipo” o criterios objetivos para inferir los hechos psicológicos²³; por ejemplo, en el delito de receptación se considera indicio de la intención que el precio de adquisición sea

²¹G. E. M. Anscombe, *Intención*, trad. Ana Isabel Stallino, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, §32.

²² Corte Suprema, sentencia de fecha 11 de octubre del año 2024 (PENAL) NULIDAD), Rol N° 31704-2024. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?djwqr>), Fecha de consulta: 01-05-2025.

²³ Daniel González Lagier, “Prueba, hechos y verdad” en *Manual de Razonamiento Probatorio*, coord. Jordi Ferrer Beltrán, D.R. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, p. 40. En la dogmática penal chilena también encontramos referencias a la llamada “prueba por presunciones” del conocimiento del origen ilícito, véase Alfredo Etcheberry, *Derecho penal parte especial*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 361; Guillermo Oliver Calderón, “Delitos contra la propiedad” en *Derecho Penal Parte Especial*, volumen II, Luis Rodríguez Collao (dir), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 350-351.

notablemente inferior al valor real de la cosa²⁴. Desde la filosofía del Derecho se han identificado dos concepciones, la primera cognoscitivistas o descriptivistas, para las que la prueba de la *intención* es una actividad cognoscitiva, orientada a establecer juicios de atribución que son verdaderos o falsos y por otro lado, las concepciones normativistas, para las cuales la prueba de la intención es una imputación, esto es, una actividad que no tiende a descubrir ninguna realidad interna o psicológica sino a calificar de cierta manera la acción del agente de acuerdo con ciertos criterios que pueden satisfacer intereses muy variados²⁵.

En este caso, me parece que es un error pensar los estados mentales como acontecimientos o situarlos ontológicamente en el mismo plano que los estados de cosas, procesos o sucesos²⁶ (en que sí es factible acudir a los llamados juicios de inferencia o prueba indirecta²⁷), encontrándose más cercano a una categoría normativa más que fáctica²⁸. Como puede advertirse, es habitual que en la práctica judicial se confundan problemas científicos, jurídicos y filosóficos, precisamente por la errada conceptualización de los llamados estados mentales o “hechos psicológicos”. Y es que en realidad la nomenclatura “hechos psicológicos” es una abierta contradicción. No existen los llamados “hechos” psicológicos y semejante conceptualización obedece a una defectuosa comprensión de la experiencia intersubjetiva del ser humano (heredera de la teoría causalista y mecánica de la acción).

3.- EL PROBLEMA CIENTÍFICO: LOS ESTADOS MENTALES

En muchos aspectos, la prueba científica impone estándares de rigor y análisis notablemente superiores a los que acostumbramos a ver en el proceso judicial, muchas veces no estando el Derecho a la altura, o bien no satisfaciendo criterios mínimos,

²⁴ En Chile existe abundante jurisprudencia al respecto: véase a modo ejemplar la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique en causa RIT O-83-2024 de fecha 28 de febrero de 2025: “El elemento volitivo del injusto, siendo éste el conocer o presumir el origen ilícito del móvil en tenencia del hechor, se logró establecer a partir de las acciones y dichos del acusado” (considerando 8°), y luego “*De acuerdo al análisis de la prueba, ha resultado probado que el acusado fue sorprendido en la posición de un vehículo motorizado en condiciones tales que a lo menos debía presumir que fue objeto de un robo previo, configurándose con ello todos los elementos para configurar el tipo penal de receptación de vehículo motorizado*” (considerando 8°). El razonamiento anterior fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Iquique, señalando que “los juzgadores realizaron un examen serio, completo y objetivo de la prueba rendida en juicio para concluir, con pleno respeto a las normas reguladoras de la prueba, la efectiva existencia del delito atribuido al encausado y su correspondiente participación” (Corte de Apelaciones de Iquique, causa ROL 175-2025, sentencia de fecha 02 de junio de 2025, considerando 3°).

²⁵ Daniel González Lagier, “La prueba de la intención y la explicación de la acción”. En *Isegoría*, Vol 35, 2006, p. 175.

²⁶ La distinción pertenece a G. H Von Wright, *Norma y acción*, trad. de Pedro García Ferrero, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pág. 53.

²⁷ Es decir, aquella que permite llegar al hecho mediante algún proceso inferencial distinta de la observación inmediata, véase Marina Gascón Abellán, *Ídem*, p. 79.

²⁸ La categoría más cercana sería, en mi opinión, la que Wroblewski llamaba *hechos definidos valorativamente*, véase Jerzy Wróblewski, “Facts in law”, en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki: Juridica. Edited by Aulis Aarnio, 1979, p. 108 y ss, y que según la doctrina poseen un alto grado de vaguedad, véase Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 53.

generando un serio problema de demarcación²⁹. En la actualidad, los sistemas judiciales exigen la aplicación del método científico y del cumplimiento de garantías procesales, para que los resultados de la investigación criminal puedan ser tenidos en cuenta durante el proceso penal, uno de los cuales ha sido la psicología del testimonio³⁰. A su turno, las neurociencias también están realizando importantes contribuciones a identificar la presencia o no en la memoria de un suceso realmente ocurrido³¹.

En la ciencia psicológica, las técnicas empleadas con mayor frecuencia son la entrevista clínica, que ocupa lugar prominente, seguida de los inventarios multi-escala de personalidad, las técnicas proyectivas y escalas clínicas³². Lo anterior resulta altamente relevante entiendo que los estudios de neurociencia cognitiva subrayan la indisoluble relación entre cognición y la afectividad³³. La creciente utilización de neuro-imagen ha comenzado a mostrar las bases neurobiológicas de procesos cerebrales asociados a la toma de decisiones, control de comportamiento y regulación emocional³⁴, todo lo cual es crucial para efectos de regular el procedimiento probatorio y valoración de ciertos medios de prueba al interior del proceso penal, y que también pone de manifiesto las insuficiencias en el modo de conceptualizar los estados mentales. Instrumentos como la técnica de Farwell tratan de someter al sujeto a un encefalograma, por medio del uso de sensores puestos en su cuero cabelludo para poder medir de forma no invasiva la respuesta de su cerebro a ciertos estímulos que se le presentan y están relacionados con el delito del que se le acusa o con el que se vincula, de forma objetiva lo que ha grabado el cerebro sobre los hechos, sin afectar en lo más mínimo la honestidad o sinceridad del sujeto³⁵, sin embargo, la utilización de estos instrumentos en ocasiones es irreflexiva, sin análisis crítico, y de hecho la técnica de Farwell ha sido calificada de *junk science*³⁶.

El asunto es que la *intención* no es un proceso cerebral en sí mismo y, no es posible señalarla con el dedo en una zona del cerebro, no siendo posible reducirla a un estado cerebral³⁷. En definitiva, nos encontramos en una frontera entre lo normativo y lo fáctico.

²⁹ Juan Igartua Salaverría, *Indicios, duda razonable y prueba científica*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 159; Carmen Vázquez, *De la prueba pericial a la prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.83.

³⁰ José Luis González y Antonio L. Manzanero, *Obtención y valoración del testimonio*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2018, pp. 13-26.

³¹ Giuliana Mazzoni, *Psicología del testimonio*, trad. Amparo Moreno, Editorial Trotta, Roma, 2019, p. 19.

³² Entre muchos otros, por citar algunos, véase en AA.VV, *Tratado pericial judicial*, coord. Dr. Xavier Abel Lluch, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 508-512 y p. 524.

³³ María Sánchez Vilanova, *Neuroimagen forense: prueba en el proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 30.

³⁴ Sánchez Vilanova, *Neuroimagen forense: prueba en el proceso penal*, p. 30.

³⁵ Fernando Luna Salas, “Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial”, en *Prolegómenos*, Vol. 22(44), 2019, p. 148.

³⁶ En este caso, la mala utilización de estos instrumentos en cuanto a su validez y fiabilidad, puede conducir a decisiones erróneas, como señala Carmen Vázquez: “Aquellos ordenamientos o criterios jurisprudenciales que han trasplantado Daubert a la valoración de la prueba pericial han cometido el error de obviar que si de algo nos informan sus criterios es de la validez y fiabilidad genérica de un método o técnica o teoría, pero nada nos dicen sobre cuán bien fue aplicado al caso concreto”, véase Carmen Vázquez, “Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos” en *Manual de Prueba Pericial*, D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, p. 75.

³⁷ Michelle Taruffo, “Proceso y neurociencia”, en M. Taruffo y J. Nieva (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 22; Julià-Pijoan, Miquel, “La prueba penal de los estados mentales desde la “neurotecnología”, p. 103.

El problema del proceso penal es que actualmente está orientado hacia lo fáctico y la prueba científica intenta esclarecer la cuestión de los mencionados “hechos no-procesados” o “brutos”, es decir, sin recurrir a categorías normativas, lo cual genera un desajuste en el sistema probatorio al interior del proceso penal, y por el contrario, los juristas presentan una visión del asunto orientado hacia lo normativo, desconociendo la base fáctica por influencia de las categorías dogmáticas de la teoría del delito.

El divorcio entre el fenómeno probatorio y el Derecho Penal sustantivo es creciente, el enfoque normativo contrasta altamente con el lenguaje que utiliza la ciencia en materia de prueba de estados mentales³⁸. La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, sin lugar a dudas sirve para discernir los métodos de indagación de las cuestiones ventiladas en un proceso, sin embargo, ni en la teoría ni en la práctica resulta tan simple discernir ambas cuestiones³⁹.

En el caso de los estados mentales, es fácil confundirse por cuanto es posible que el juez atribuya consecuencias normativas a unos ciertos hechos mediante una vinculación (o garantía) conceptual⁴⁰, lo cual implica que se tienden a difuminar los contornos entre lo fáctico y lo jurídico y cuando se quiere recurrir a la prueba científica, se generan distorsiones conceptuales propias de no tener claro los horizontes de comprensión de cada una de esas disciplinas, o a la mirada acrítica de los jueces o sujetos procesales respecto de ambas esferas.

4.- EL PROBLEMA JURÍDICO: ESTÁNDARES Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Actualmente no existe un *estándar* diferenciado de la prueba de hechos psíquicos respecto de los estados de cosas, procesos o sucesos, rigiendo en ambos la fórmula de que el hecho punible debe ser probado “más allá de toda duda razonable”⁴¹, pese a que existe claridad en la doctrina de que su prueba es altamente dificultosa⁴². Lo anterior es realmente problemático en el medio jurídico y pasa por alto que los estándares de prueba terminan siendo fundamentalmente subjetivos⁴³ o bien muchas veces se convierten en fórmulas vacías que le dan al juez la seguridad de haber cumplido un estándar cuando en realidad siguió solamente su intuición⁴⁴. Por otro lado, en general se intentan subsanar

³⁸ La dogmática penal tiene absolutamente clara la insuficiencia del concepto psicológico de culpabilidad por cuanto solo expresa un puro estado de cosas psíquico, distorsionando el aspecto normativo del juicio de reproche y centrándose la infracción a una norma de deber, sin embargo, dicha discusión excede con creces los propósitos de este trabajo, véase Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Civitas/Thomson Reuters, trad. Luzón Peña, Madrid, 2022 (reimpresión), pp. 794-818.

³⁹ Benfeld E., Johann S., “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. hechos institucionales y sana crítica”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 48(2), 2021, p. 132.

⁴⁰ Benfeld, “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. hechos institucionales y sana crítica”, p. 140.

⁴¹ Con todos los problemas que eso conlleva, véase Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2011, Vol. 37, pp. 483-511.

⁴² Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 160; Miquel Julià-Pijoan, “*La prueba penal de los estados mentales desde la “neurotecnología”*...”, p. 96.

⁴³ Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 123.

⁴⁴ Jordi Nieva-Fenoll, “¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles...” en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2025, p. 24.

problemas de valoración probatoria en esta materia recurriendo a las “máximas de la experiencia”, lo cual abre un margen de error importante en la actividad jurisdiccional y fomenta el uso de la *intuición* en el juez⁴⁵.

Si bien existen esfuerzos sistemáticos en materia probatoria⁴⁶, cuyo expositor más ilustre es FERRER BELTRÁN y su conceptualización sobre estándares de prueba bien formulados⁴⁷ que han aportado a objetivar el razonamiento probatorio de cara a tomar decisiones jurídicamente relevantes, armónicas con los principios políticos de un Estado de Derecho y del debido proceso, desgraciadamente en el caso de la prueba de hechos psíquicos o estados mentales, en la etapa de valoración de la prueba se sigue recurriendo a las llamadas “máximas de la experiencia”. El gran inconveniente es que si dejamos que el juez recurra a estos elementos de convicción, nos enfrentamos al problema de que los supuestos *indicios* externos que lograrían acreditar la existencia de los estados mentales no tengan un correlato objetivo distinto de lo que ocurre en la experiencia y mente del juzgador, incontrolable intersubjetivamente⁴⁸. Uno de los puntos que más falla es la determinación del grado de corroboración de una hipótesis lo cual en el caso de las máximas de la experiencia, se traduce en la ausencia de corroboración de la máxima⁴⁹. Mientras más margen de discrecionalidad probatoria le otorguemos al juez, mayor es el riesgo de que se adopten decisiones que contravengan principios básicos del proceso penal.

5.- UN PLANTEAMIENTO DESDE EL DERECHO PROCESAL: SU CARÁCTER INSTRUMENTAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL.

En el Derecho Penal de raíz iberoamericana, encontramos que la dogmática de la *culpabilidad* también oscila entre dos enfoques, el primero como un fenómeno psicológico-empírico abordable desde las ciencias experimentales, que ubica el problema de la culpabilidad en el plano empírico de la realidad⁵⁰. La consecuencia directa de lo anterior es que el fenómeno probatorio de los estados mentales debería seguir semejante curso, y entendiendo que el derecho procesal es *instrumental* al derecho penal, debería probarse a través de prueba pericial, testimonial y declaración del acusado, encontrándonos aquí con las problemáticas descritas en el apartado número tres referentes a una valoración racional de la prueba.

⁴⁵ Intuición que no resulta siquiera susceptible de motivación, véase Jordi Nieva-Fenoll, *Hacia el proceso judicial del siglo XXII*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, p. 279.

⁴⁶ Como la idea de que la hipótesis inculpatoria debe ser la única explicación plausible de los hechos o bien el modelo de la inferencia a la mejor explicación, véase Ronald J. Allen; Michael Pardo, “The problematic value of mathematical models of evidence”, en *Journal of Legal Studies*, Vol 36 (1), 2007, pp. 107-140. También, se ha señalado que una aproximación prometedora al razonamiento probatorio en el derecho es “interpretarlo como una forma de inferencia a la mejor explicación”, Ronald J. Allen, *La prueba como explicación y otras exploraciones*, trad. Diana Veleda, Marcial Pons, Madrid, 2025, p. 180.

⁴⁷ Véase la formulación clásica de las siete propuestas de estándares de prueba con sus diversas graduaciones que han tenido una crucial repercusión en nuestro medio jurídico: Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 208-241.

⁴⁸ Lo cual provocaría que no se pueda ejercer control sobre las decisiones adoptadas en materia de prueba de estados mentales, siendo imposible reconstruir el razonamiento probatorio utilizado al momento de la valoración de la prueba, véase Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 96-97.

⁴⁹ Jordi Nieva-Fenoll, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 116.

⁵⁰ Jesús-María Silva Sánchez, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, p. 636.

Otro enfoque, más problemático aún, parte del llamado método de adscripción externa propio de la teoría de la *imputatio*, argumentando que la culpabilidad sería integrada por elementos causalistas-valorativos, siendo una “ficción necesaria para el Estado” y que ella se encontraría en “la cabeza del juez”⁵¹. De ser así, dejaríamos realmente el juicio de culpabilidad (asociado a aspectos normativos que son competencia exclusiva del juez por el principio de *iura novit curiae*) fuera de la discusión fáctica, dejándola a manos de la *intuición* judicial, eliminándolo del aspecto probatorio y acercándose peligrosamente a eventuales presunciones de culpabilidad.

El problema anterior es relevante para armonizar los dos polos de la persecución penal de un Estado, a saber; el castigo de los hechos constitutivos de delito que ameritan una sanción punitiva y por otro lado el respeto de las garantías fundamentales de los ciudadanos y en específico, del imputado. Tal como señalaba ROXIN: un orden jurídico-penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material⁵², de manera que el problema analizado en este artículo podría hallarse en la relación que existe entre el Derecho Penal sustantivo y el proceso penal. Como puede advertirse, en la prueba de los estados mentales (en la medida que son relevantes para la construcción del juicio de culpabilidad), no existe claridad respecto a si se trata de una cuestión fáctica o jurídica, porque tampoco en el Derecho Penal sustantivo lo está.

Sin embargo, podría estimarse que el bloque de garantías constitucionales y del *due process of law*, impiden que veamos la culpabilidad solamente como un juicio jurídico sin base fáctica, por cuanto se estaría transgrediendo la razón de ser de la *presunción de inocencia*, esto es: evitar el prejuicio social de culpabilidad⁵³. La dificultad anterior no es inventada ni falsa: se presenta particularmente en los llamados tipos penales abiertos —culposos, de comisión por omisión, sin conducta o con elementos normativos indeterminados, conceptos generales, etc.—, que dan amplio margen para que el juez pueda eventualmente condenar a una persona sin el debido enjuiciamiento o sin fundamentación controlable intersubjetivamente, menguando el principio *tipicidad* que exige una conducta explícita, cabalmente determinada, de variedades supuestamente culposas del hecho⁵⁴. Justamente en el juicio de culpabilidad (y con ello la forma de analizar la prueba de los estados mentales) se manifiesta la ineficacia de su precipitado técnico, la tipicidad. Como señala GUZMÁN DÁLBORA: “nuestra mentalidad se entretiene en alternativas para mantener en pie la teoría de las acciones libres en la causa; dilata el dolo, de modo de referirlo a las acciones y no a los resultados típicos; además, lo normativiza en lugar de asentarlos en sus bases psíquicas”⁵⁵.

6.- CONCLUSIONES

⁵¹ Silva Sánchez, *Derecho Penal*, p. 636.

⁵² Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2000, p. 6.

⁵³ Jordi Nieva-Fenoll, “La razón de ser de la presunción de inocencia” en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, 2016, pp. 5-6.

⁵⁴ José Luis Guzmán Dálbora, “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en *Política criminal*, Vol 14 (27), 2019, p. 626.

⁵⁵ Guzmán Dálbora, “Mentalidad autoritaria...”, p. 627.

El análisis realizado en este trabajo permite cuestionar seriamente la tradicional conceptualización de los denominados "hechos psicológicos" dentro del proceso penal. Se ha mostrado que la noción de "hecho" aplicada a estados mentales no solo es filosóficamente imprecisa, sino también conceptualmente contradictoria, pues estos no constituyen hechos en sentido estricto, sino más bien construcciones normativas atribuidas a partir de contextos intersubjetivos y elementos conductuales externos.

Primero, desde una perspectiva filosófica, se evidencia la insuficiencia de pensar los estados mentales como entidades fácticas, dado que su ontología responde a una lógica de primera persona, introspectiva y no objetivable. Este error de base contamina las prácticas probatorias, generando distorsiones en la prueba de elementos subjetivos como el dolo o la intención, al tratar de inferirlos desde indicios externos bajo esquemas causales que no les son propios.

Segundo, desde el punto de vista científico (desde la psicología del testimonio y la neurociencia) se aportan datos relevantes para efectos de delimitar correctamente el estado de cosas actual sobre la memoria, la emoción o la conducta, pero que no permiten acceder directamente a la intencionalidad o a la conciencia, lo cual permanecerá siendo una frontera entre lo normativo y lo fáctico. El intento de probar estados mentales como si fuesen hechos observables mediante pericias o pruebas técnicas revela un desajuste entre los límites del conocimiento empírico y las exigencias normativas del Derecho.

Por último, el enfoque jurídico-procesal actual carece de un estándar diferenciado para la prueba de estos contenidos mentales, persistiendo prácticas como el uso indiscriminado de "máximas de la experiencia" o apelaciones a la intuición judicial, lo que debilita seriamente la racionalidad del juicio penal. Esto evidencia una necesidad urgente de revisar los criterios de valoración probatoria, evitando que los estándares operen como fórmulas vacías y asegurando mecanismos de control intersubjetivo.

Finalmente, este trabajo pretendía abrir una agenda de investigación más amplia sobre los límites y posibilidades de la prueba de los estados mentales en el proceso penal, insistiendo en la urgencia de armonizar el Derecho Penal sustantivo con el Derecho Procesal, y superar así los déficits estructurales en el tratamiento probatorio de los elementos subjetivos del delito, lo cual requiere sin duda de una serie de investigaciones futuras. Vemos que se hace imprescindible repensar la forma en que el Derecho Procesal aborda la prueba de los estados mentales, adoptando una postura que reconozca su naturaleza híbrida entre lo normativo y lo fáctico, avanzando modelos probatorios que integren herramientas científicas sin caer en reduccionismos, y que al mismo tiempo refuercen las garantías procesales mediante criterios claros y verificables.

7.- BIBLIOGRAFÍA

1. AA.VV, *Tratado pericial judicial*, coord. Dr. Xavier Abel Lluch, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

2. Accatino, Daniela, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2011, Vol. 37, pp. 483-511.
3. Allen, Ronald J.; Michael Pardo, “The problematic value of mathematical models of evidence”, en *Journal of Legal Studies*, Vol 36 (1), 2007, pp. 107-140.
4. Ronald J. Allen, *La prueba como explicación y otras exploraciones*, trad. Diana Veleda, Marcial Pons, Madrid, 2025.
5. Annas, Julia, *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, New York, 1993.
6. Anscombe, G.E.M., “On Brute Facts”, en *Analysis*, Oxford Academic, 1958, pp. 69-72.
7. Anscombe, G.E.M., *Intención*, trad. Ana Isabel Stallino, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991.
8. Aristóteles, *Acerca del alma*, Gredos, Madrid, 1994.
9. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Gredos, Madrid, 2014.
10. Benfeld E., Johann S., “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. hechos institucionales y sana crítica”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 48(2), 2021, p. 125-147.
11. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol I., Buenos Aires, 1959.
12. Bukhardt, Björn; Klaus Günther; Günther Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*, Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 2007.
13. Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal parte especial*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
14. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción*, 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2021.
15. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
16. Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
17. Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002.
18. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3º Edición, Marcial Pons, Madrid.
19. González, José Luis y Antonio L. Manzanero, *Obtención y valoración del testimonio*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2018.
20. González Lagier, Daniel, “La prueba de la intención y la explicación de la acción”. En *Isegoría*, Vol 35, 2006, pp. 173–192.
21. González Lagier, Daniel, “Prueba hechos y verdad” en *Manual de Razonamiento Probatorio*, coord. Jordi Ferrer Beltrán, D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.
22. González Lagier, Daniel, “Tres modos de razonar sobre hechos” en *Hechos y razonamiento Probatorio*, coord. Carmen Vázquez, CEJI, México, 2018.
23. Guzmán Dálbora, José Luis, “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en *Política criminal*, Vol 14 (27), 2019, p. 606-635.
24. Igartua Salaverría, Juan, *Indicios, duda razonable y prueba científica*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
25. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
26. Julià-Pijoan, Miquel, “La prueba penal de los estados mentales desde la ‘neurotecnología’: ¿ya es una realidad?” en *Política criminal*, Vol. 18 N°35, 2023, pp.91-123.
27. Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013.

28. Luna Salas, Fernando, “Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial”, en *Prolegómenos*, Vol. 22(44), 2019, pp. 143-154.
29. Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, trad. Amparo Moreno, Editorial Trotta, Roma, 2019.
30. Nieva-Fenoll, Jordi, *Hacia el proceso judicial del siglo XXII*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.
31. Nieva-Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
32. Nieva-Fenoll, Jordi, “¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles...” en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2025, pp. 1–39.
33. Nieva-Fenoll, Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia” en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, 2016.
34. Nussbaum, Martha C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, New York, 2001.
35. Oliver Calderón, Guillermo, “Delitos contra la propiedad” en *Derecho Penal Parte Especial*, volumen II, Luis Rodríguez Collao (dir), Tirant Lo Blanch, Valencia.
36. Ragués I Vallès, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.
37. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
38. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2000.
39. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Civitas/Thomson Reuters, trad. Luzón Peña, Madrid, 2022 (reimpresión).
40. Sánchez Vilanova, María, *Neuroimagen forense: prueba en el proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
41. Silva Sánchez, Jesús-María, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.
42. Taruffo, Michele, “Proceso y neurociencia”, en M. Taruffo y J. Nieva (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
43. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4º edición, trad. Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
44. Torralba, José María, *Acción intencional y razonamiento práctico según G.E.M Anscombe*, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Navarra, 2005.
45. Von Wright, G. H., *Norma y acción*, trad. de Pedro García Ferrero, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
46. Vázquez, Carmen, *De la prueba pericial a la prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
47. Vázquez, Carmen (coord.) *Manual de Prueba Pericial*, D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.
48. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª Edición, Trad. Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
49. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006.
50. Wigmore, John Henry, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, T.I, Boston, Little Brown, and Company, 1923.
51. Wróblewski, Jerzy, “Facts in law”, en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki: Juridica. Edited by Aulis Aarnio, 1979.