

**EL DOLO Y SU PRUEBA DESDE LA PERSPECTIVA  
DE LA CIENCIA COGNOSCITIVA**

*Gustavo González Solano*<sup>(\*)</sup>

Profesor de Lógica Jurídica  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

(Recibido 25/03/07; aceptado 25/06/07)

---

(\*) Teléfono 207-5111.  
e-mail@derecho.ucr.oc

## **RESUMEN**

La siguiente investigación pretende plantear algunas inquietudes sobre el origen y conceptualización del dolo a lo largo de la prehistoria e historia humana. Responder a las preguntas sobre su posible prueba y las repercusiones sociales que su asunción provoca en las diversas sociedades.

**Palabras clave:** Dolo, historia del dolo, prueba, *homo ergaster*, *homo sapiens sapiens*, prehistoria, *hammurabi*, Roma, Derecho germánico, Código Penal, conciencia, mente, ciencia cognoscitiva, ciencia cognitiva.

## **ABSTRACT**

This paper sets out some concerns about the origin of the idea of malice and its conceptualization during prehistory and history. It also answers some questions about the possibilities to prove the criminal intent and the social consequences it has.

**Key words:** Malice, History of malice, proof, *homo ergaster*, *homo sapiens sapiens*, prehistory, *hammurabi*, Roma, germany law, criminal law, mind, cognitive science.

## **SUMARIO:**

- I. Problemática
- II. Antecedentes históricos y prehistóricos
  - 1. Origen del dolo: ¿Especies anteriores?
  - 2. Homo sapiens sapiens
- III. Análisis de la construcción conceptual de CID a lo largo de la historia
  - 1. Evolución de la conceptualización de CID
  - 2. Análisis de las opciones históricamente sugeridas
    - a) Intención presupuesta sin resultado
    - b) Intención no presupuesta sin resultado
    - c) Resultado con presuposición de CID
    - d) Resultado sin presuposición de CID
- IV. Análisis cognoscitivo del CID
  - 1. Prolegómenos conceptuales: saber, creer, conocimiento
  - 2. El CID del sujeto infractor
  - 3. El conocimiento del CID de un individuo. Conocer el conocimiento (y la voluntad) del otro
  - 4. La valoración de la prueba

Conclusiones

Bibliografía

## 1. PROBLEMÁTICA

La intención de delinquir<sup>(1)</sup> en la sociedad, se ha conceptualizado y eventualmente aplicado de una manera irreal y ficticia, por parte de los jueces en la sociedad. Aquella es considerada como dos estados mentales diferentes pero que se manifiestan en conjunto: 1) el conocimiento<sup>(2)</sup> de las circunstancias fácticas, que constituyen un delito<sup>(3)</sup> y 2) la voluntad o intención<sup>(4)</sup> de cometerlo, que abreviaremos (CID).

Pero seriamente hablando, los procesos de conocimiento e intención en el ser humano no son tan simples de explicar, como lo toma simplistamente la doctrina jurídica.<sup>(5)</sup> Hay muchas y diversas

- 
- (1) Denominada en el campo jurídico técnicamente como dolo.
  - (2) "...se puede definir como representaciones de hechos (incluidas generalizaciones) y conceptos organizados para su uso futuro, incluida la solución de problemas..." *Diccionario Oxford de la mente*, dirigido por Richard L. GREGORY, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 220 (traducido del original en inglés *The Oxford Companion to the Mind*, Oxford University Press, 1987).
  - (3) En este trabajo se utilizará como sinónimo de falta, infracción, contravención, quebrantamiento, pecado, lesión, sin importar las implicaciones culturales o las instituciones sociales involucradas, dado que uno de los objetivos del estudio es cómo se ha investigado (o eventualmente obviado) la constitución mental de esa intención especial. Por lo que, en este trabajo, dada las finalidades explicativas, se utilizará la palabra con un contenido muy amplio.
  - (4) "El término intencionalidad es utilizado por los filósofos no tanto para aplicárselo a las acciones sino, más bien, en el sentido de ´dirigido sobre un objeto´. Más coloquialmente, una entidad es por cuenta es (o versa) acerca de algo. Paradigmáticamente, los estados y eventos mentales con intencionales en este sentido técnico (que fue concebido originalmente por los escolásticos y reconsiderado en la era moderna por Franz Brentano. Por ejemplo, las creencias, los deseos y los pesares son acerca de algo, tiene ´objetos intencionales´..." *Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas*, editores ROBERT A. WILSON Y FRANK C. KEIL, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2002, Volumen I, p. 657 (traducido del original en inglés *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Massachusetts Institute of Technology, 1999).
  - (5) "Este es uno de los conceptos más difíciles de entender o comentar en la psicología académica, aunque la mayoría de las explicaciones psicológicas de "sentido común" se realicen en términos de intenciones.

manifestaciones de conocimientos, como hay diversas formas de voluntades,<sup>(6)</sup> sin entrar a considerar los aspectos o las manifestaciones específicas de ella en cada una de las aproximadamente 6.000 millones de personas que existen actualmente en nuestra especie, como lo trata de investigar recientemente la ciencia cognoscitiva.<sup>(7)</sup>

Igualmente la determinación de estos elementos, a lo largo de la historia, parece ser una cuestión antojadiza, más que un estudio basado en pruebas o metodologías científicas. Prueba de ello se observa en las contingentes y diversas políticas criminales de los diversos lugares donde en algunas épocas se presupuso<sup>(8)</sup> que el sujeto tenía el conocimiento y la intención de cometer la falta, y hasta el hecho mismo (a pesar de ser incierto) y en otros momentos, se exigió probar tanto el hecho como el CID.

Evidentemente las consecuencias para el individuo son inmediatas: no es lo mismo probar que se hizo algo, a probar que **no**

---

El comportamiento se explica generalmente por intenciones (como: "¿por qué cruzó la calle el pollo?"); sin embargo, decir lo que es exactamente una intención en términos de procesos cerebrales o cualesquiera otros es sumamente difícil..." *Diccionario Oxford de la mente*, op. cit., p. 617.

- (6) "The term intentionality in the technical sense (meaning representational capacity) must not be confused with the terms intention, intension, and intensionality. An intention, say the intention to work, is a particular representational state aimed at guiding action. Intension refers to a term's conceptual content, as opposed to its extension, that is, the individuals it subsume. Intensionality is a property of languages (called intensional languages) by virtue of which coreferential terms cannot be substituted for each other without modifying the truth value of the sentence in which they occur; it is opposed to the property of extensional languages, where this type of *salva veritate* substitution is always possible..." *Dictionary of Cognitive Science*, editor OLIVIER HOUDÉ, New York, Psychology Press, LTD, 2004, 167-168.
- (7) Véase VON ECKARDT, Barbara, *What Is Cognitive Science?* Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1993. También véase *The Nature of Cognition*, edited by Sternberg, Robert J., Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1999.
- (8) En nuestro país los Códigos de 1841, 1880, 1924 y 1941 aún contenían esa presunción. En el cual prácticamente se establece que: "Se presume culpable hasta que demuestre su inocencia".

se hizo.<sup>(9)</sup> En el primer caso no se tiene ninguna creencia verdadera y justificada y por ello, hay que construirla. En el segundo caso, a priori se tiene esa creencia, y hay que probar que no es cierta. En el último caso, el asunto es que: si no se logra probar que no se hizo, entonces se tiene por hecho y, ni modo, sanción. Vemos que son serias sus repercusiones.

La comprobación del conocimiento de cometer una falta y la intención de cometerla en una persona concreta, osciló, por ende, desde la idea primitiva e ilógica<sup>(10)</sup> de presuponer el CID hasta su prueba mediante manifestaciones externas de esos estados mentales, o bien por sus resultados.<sup>(11)</sup>

Inicialmente se estable una primera gran distinción entre el querer hacer algo (comúnmente se dice: “hacerlo con intención”) y el no querer hacerlo (“no tener cuidado”). Surgen así las dos categorías conceptuales del dolo y la culpa. Todos los Derechos Penales de todos los países, tratan de representar e identificar los estados mentales que tuvo o tiene una persona, cuando comete un delito, para sancionarlo,

- 
- (9) Es el denominado técnicamente “la carga de la prueba”. Para un excelente análisis histórico véase MICHELLE, Gian Antonio, *La carga de la prueba*. Bogotá. Editorial Temis. 1989.
- (10) Parece efectivamente que por procedimientos lógicos la presunción de inocencia se puede extraer ese principio, veamos. Si se parte de la proposición “Todas las personas culpables son castigadas”, y le aplicamos un modus tollens obtenemos que “Si una persona no es castigada no es culpable”. González Solano, Gustavo. *Lógica jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003. También el excelente libro de MC CAWLEY, James. *Everything that Linguists have Always Wanted to Know about Logic\* but were ashamed to ask*. Chicago and London. The University of Chicago Press, 2nd ed., 1993.
- (11) En esta primera aproximación no hay que dejarse engañar por los supuestos avances conceptuales. Obsérvese que en realidad, tanto en uno como en otro caso, era menester, como veremos más adelante, desarrollar una teoría de la mente, tanto para presuponer la existencia de esos elementos (época de la presunción), como para exigir su prueba (época de la inocencia). Pero aún en este último caso, se da la misma lectura mental, solo que se solicita adicionalmente la prueba de sus actos en el segundo de los casos. Es decir, en ambos se supone una mente que hay que “averiguar” por parte de otra mente. ¿Cuál será el mecanismo para ello: la autointerpretación?

con penas que sabemos que van desde simples multas económicas, trabajos forzados, encierros temporales o definitivos, hasta mutilaciones corporales o la eliminación del individuo.

Esta primera distinción se puede apreciar en el siguiente ejemplo: cuando se quiere matar a una persona (con un veneno, un arma) se le sanciona con una pena mayor, que cuando no quiso hacerlo (accidente de tránsito), pero igualmente se obtuvo el mismo resultado: un muerto. Aquí curiosamente,<sup>(12)</sup> en nuestra especie la intención es fundamental para determinar el tipo y cantidad de sanción. No nos pasa por nuestra cabeza, trasladar esa distinción a un perro, un mono o una vaca (¿qué un animal pueda matar con intención de matar, o qué no tuvo cuidado y aplastó a su cría, por falta de cuidado? Dirá la gente: ¿Es un chiste?<sup>(13)</sup> Bueno, volviendo a las categorías fundamentales, actualmente se hace una pormenorización mayor del dolo.

---

(12) Digo "curiosamente" porque para la ciencia cognitiva las obviedades, precisamente no son nada obvias: ¿por qué para nuestra especie considerar la intención con que se efectúa (o no) una acción es precisamente fundamental, o más fundamental que el resultado mismo? ¿No debería juzgarse por igual a dos personas si objetiva y causalmente realizaron el mismo resultado lesivo? Afirmar que sí a esta última respuesta, para nuestra especie sería una respuesta errónea. ¿Qué más sabemos o podemos supuestamente saber acerca del hecho, aparte de los resultados visibles empíricamente? ¿Tenemos una bolita mágica para ver y saber, e inclusive ver el interior de la cabeza del sujeto que cometió la falta, para poder juzgarlo mejor? Esta es una de las interrogantes que este trabajo pretende responder, si existe una respuesta que se le pueda dar.

(13) Es de suponerse que efectivamente le reconocemos a estos otros animales la AUSENCIA de algo que nosotros sí tenemos, como sería la supuesta comprensión de nuestros actos. Autocomprensión que no tendrían ellos. Pero por el hecho de que no podamos comunicarnos con ellos, no quiere decir que podamos presuponer que no tengan esa autocomprensión en otros niveles. Y creo que precisamente otra de las causas de la "falsa" seguridad del homo sapiens sapiens es saber o creer que otros seres diferente a ellos no disponen de este dispositivo llamado mente, por las grandes capacidades que tiene. Cuando en algún futuro próximo o lejano se descubra que sí existe, creo que eso sí puede dejar un poco inquietos y causar temor a nuestra especie. ¿Celo, recelo, envidia, temor? ¿La otra tropa no humana también tienen los mismos implementos que nosotros: qué hacemos? Realmente seguimos siendo simios de sabana.

Seis son los supuestos estados psicológicos involucrados en un evento:

<b>Estado psicológico</b>	<b>Mundo exterior</b>	<b>Denominación</b>
<b>-saber y querer</b> el resultado	Actúa y se produce el resultado	<b>Dolo en primer grado</b>
<b>-saber y aceptar</b> el resultado	Actúa y se produce el resultado	<b>Dolo en segundo grado</b>
<b>-creer y aceptar</b> el resultado	Actúa y se produce el resultado	<b>Dolo eventual</b>
<b>-creer y no aceptar</b> el resultado	Actúa y se produce el resultado	<b>Culpa consciente</b>
-ni saber (ni creer) ni aceptar el resultado (pero existió una imprudencia, una negligencia una impericia del sujeto)	Actúa y se produce el resultado	<b>Culpa inconsciente</b>
Ni sabe (ni cree), ni acepta el resultado, pero no hay negligencia, ni imprudencia, ni impericia denominados casos fortuitos <sup>(14)</sup> o fuerza mayor. <sup>(15)</sup>	Actúa y se produce el resultado	<b>Accidente</b>

(14) Eventos previsible **pero inevitables**: “la duración de un puente”. Es previsible que en algún momento colapse por el deterioro, pero es inevitable dada la naturaleza misma de los materiales, e inclusive dada la naturaleza misma de las cosas, “nada es para siempre”.

(15) **Eventos imprevisibles e inevitables**: inundaciones, huracanes, lluvias, relámpagos, fuerzas de la naturaleza que son estocásticos y con dimensiones superiores a las fuerzas o tecnologías humanas actuales.

Ejemplos:

Luis tiene un vehículo y lo lleva a reparar al taller mecánico de Juan:

1. Juan quiere matar a Luis, y se asegura que el carro en que viajará Luis esté sin frenos. Luis muere al chocar su vehículo, al no poder frenarlo.
2. Juan sabe que si deja los frenos del vehículo de Luis defectuosos posiblemente se mate. Luis muere al chocar su vehículo, porque no pudo detenerlo a tiempo.
3. Juan cree que si deja los frenos del vehículo de Luis defectuosos posiblemente se mate. Luis muere al poder frenar su vehículo.
4. Juan cree que si deja los frenos defectuosos del vehículo de Luis sin reparar, posiblemente no se mate, porque podrá tenerlo de otra manera. Luis muere al no poder frenar su vehículo.
5. Juan no sabe ni creyó que dejó los frenos del vehículo de Luis sin reparar. Luis murió porque no pudo frenar su vehículo.

Otro ejemplo:

1. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con María, una muchachita de 14 años, sin saber ni creer que tiene esa edad.
2. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con Maria, una muchachita de 14 años de edad, sin importarle si tiene o no esa edad.
3. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con Maria, una muchachita de 14 años de edad, sabiendo que tenía esa edad.
4. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con María, precisamente porque ella tiene 14 años de edad.

A la luz de estos casos, y con la finalidad de brindar una reorganización conceptual, a la luz de algunos lineamientos sobre la ciencia cognoscitiva,<sup>(16)</sup> trataremos de analizar (y eventualmente desmitificar) el concepto tradicional de dolo y la funcionalidad que tienen las

---

(16) De aproximadamente 50 años de edad (exactamente 11 de setiembre de 1956) según GARDNER, Howard. *La nueva ciencia de la mente*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1987, p. 44 (traducido del original en inglés *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books Inc., 1985).

construcciones dogmáticas jurídicas, a la luz de las apreciaciones científicas sobre la mente humana.<sup>(17)</sup>

En este sentido, hipotetizaremos a modo de prueba heurística, si todo proceso de juzgamiento y administración de justicia humana esta basado en la conjetura de la existencia de ciertos estados mentales en los individuos particulares. Es decir en la suposición de CID, y no en el conocimiento directo de dicho CID.

Dado lo anterior, (segunda hipótesis) que el proceso de atribución de responsabilidad en nuestra sociedad es abierto y discrecional a la creencia que se “forme” la persona que juzga (y no al descubrimiento o verificación empírica de dicho estado mental del sujeto).

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PREHISTÓRICOS

### 1. Origen del dolo: ¿especies anteriores?

El CID es realmente muy antiguo en el ser humano. Inclusive, por estudios paleoantropológicos es hasta casi necesario suponer que ni siquiera fue exclusiva de nuestra especie (*homo sapiens sapiens*), sino que se originó y existió en otra especie de la misma familia de *homínidos* antecesora a la nuestra: el *homo ergaster*,<sup>(18)</sup> es decir, hace aproximadamente 1.6 millones de años. Por lo que no es correcto

---

(17) Véase también THAGARD, Paul, *Mind. Introduction to Cognitive Science*. Massachussets, MIT Press, 1996.

(18) Directamente el *homo ergaster*, si se supone que el homo ergaster se quedó en África y originó posteriormente el homo sapiens sapiens. Pero de igual manera, otros antecesores comunes, como el homo erectus, que sí salió de África y se dirigió a Asia, y también entró en Europa (donde se le denomina *homo heidelbergensis*) eventualmente desarrollaron igualmente complejas manadas o tropas, donde era menester diseñar sistemas de mando, organización y relaciones de cooperación o ayuda entre sus miembros. Existe más duda, con el *homo neandertalesis*. Pero en este último caso no hay prueba, ni a favor ni en contra de ninguna suposición acerca de la existencia del dolo en esta especie, lo anterior por eventual inexistencia de creatividad en esta especie, que pudiera generar una teoría de la mente. Véase CALVIN, William, *A brief History of the Mind. From Apes to Intellect and Beyond*, Oxford, University Press, 2004, p. 129.

sugerir que dicha intención surge hace aproximadamente 200.000 con nuestra especie, sino que tiene una fecha de nacimiento considerablemente mayor (1.4 millones de años mayor para ser exactos). Por lo que, el ser humano lleva más tiempo de ser “malo” de lo que comúnmente se cree.

Lo anterior se explica, por el hecho de que el *homo ergaster* y “heredadamente” el *homo sapiens sapiens* empiezan a afrontar una serie de problemas y necesidades mayores, a los “acostumbrados” debido a su constitución grupal. Se requieren diversas, complejas y sobre todo especiales interacciones sociales de cooperación, dominio y obediencia<sup>(19)</sup> (intratropa) y competencia (intertropa)<sup>(20)</sup> para la supervivencia de la especie.

Se desarrollan pautas de comportamiento *exigidas* por su grupo o tropa. Y para ello “colabora” mucho el aumento de tamaño del órgano destinado para entender esas relaciones: un cerebro más grande.<sup>(21)</sup> Con mayor capacidad cerebral, no solo se tienen nociones pre-semióticas<sup>(22)</sup> de las percepciones de los objetos, cosas o animales, sino también se conceptúa, categoriza<sup>(23)</sup> y memoriza más sectores importantes del

---

(19) GARDNER, Howard, Laskin Emma. *Mentes líderes*. Una anatomía del liderazgo. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998, p. 42-43 (traducido del original en inglés *Leading Minds. An Anatomy of Leadership*, Basic Books, 1995).

(20) ARCE ARENALES, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004. p. 55: “La supervivencia en nuestra especie es, fundamentalmente, la supervivencia de la tropa. Aún más: por encima de de cincuenta y cinco millones de años de evolución determinan una vida en sociedad para todos los primates. Entre todos los vertebrados, los mamíferos somos la clase social más evidente. Entre los mamíferos los primates constituimos el orden más necesariamente social, y entre los primates los homínidos hemos llegado a ser la familia social por excelencia. Pertenecer a una tropa es un imperativo ineluctable entre nosotros...”

(21) GLYNN Ian. *An Anatomy of Thought. The Origin and Machinery of the Mind*. New York, Oxford University Press. 1999, p. 48 y 50-51.

(22) ECO, Umberto. *Tratado General de Semiótica*, Barcelona, Editorial Lumen, 1977. También *Kant y el Ornitorrinco*, Barcelona, Editorial Lumen, 1997.

(23) SMITH, Edward E. Concepts and Categorization in *An Invitation to Cognitive Science*, edited by Daniel N. Osherson and Edward E. Smith, Massachusetts, MIT, Vol. 3, pp. 3-33.

mundo físico. Igualmente se re-crean nociones de la realidad y calculan o sopesan, las acciones o actos para la supervivencia de la tropa (caza, alimentación, protección, reproducción). Este desarrollo mental no sería posible sin un cerebro más grande y más aún sin un mecanismo o maquinaria genéticamente heredada como lo es lenguaje.<sup>(24)</sup>

Como indica Luckmann:

“...La lengua, cualquier lengua histórica concreta, es, en esta cuestión, **significativa** no sólo a causa de esta función instrumental. Como se mostró en los análisis precedentes, el sopesamiento [cálculo] de proyectos tiene una “prehistoria”. En la vida de un hombre se conforman legajos especiales de intereses que actúan como motivos-porque de proyectos específicos y que se consolidan como disposiciones hacia posibilidades específicas de futuro. Muchos de tales “pre-sopesamientos” de proyectos pasan casi automáticamente a adaptarse a actos habituales. En las situaciones de actos problemáticos en que distintos proyectos entran en conflicto entre sí, pueden hacerse expresamente conscientes en aras del objetivo de una decisión. En la medida en que el sopesamiento ha sido **adherido lingüísticamente** –y como que mayormente proviene de situaciones de actos problemáticos propios de su tiempo, cosa que sucede muchísimas veces–, **será traído a la memoria bajo forma lingüística en la situación problemática actual**. Pero las formas lingüísticas no sólo contienen las fijaciones de un sopesamiento primitivo; también son apropiadas para despertar de nuevo el recuerdo de un interés vital en un determinado acto posible. Pues cada **lengua** contiene una **oferta previa** la valoración de experiencias y actos, que no es percibida por el hombre agente de ningún modo a distancia neutral como objetivos puramente instrumentales (la fijación en la memoria, el

---

(24) Véase “The Brain Basis of Syntactic Processes. Architecture, Ontogeny and Phylogeny” de Michael D. Patterson y Benjamin Martin Bly en *Cognitive Science* edited by BENJAMIN MARTIN BLY AND DAVID E. RUMELHART, California. Academic Press, 1999, pp. 289-292.

compartir, etc.), **sino que tiene una carga sentimental y predispone a la acción...** (negrilla no es del original).<sup>(25)</sup>

Pero más aún, los individuos empiezan a tener ideas de sí mismos, ideas de los otros individuos que componen su grupo, y a disponer de pautas de comportamiento<sup>(26)</sup> del grupo (¿reglas?).

“...Las distintas sociedades disponen, como es evidente, de diferentes bagajes culturales sociales. Estos no sólo se diferencian por el contenido, sino –como es menos evidente– por la estructura, siendo más o menos constante y cambiables. Ello depende sobre todo del tipo general de la estructura social y del grado de diferenciación de sus instituciones... Lo que el concepto de “hombre socializado” quiere siempre decir se refiere en todo caso y sobre todo al modo y manera como el hombre actúa: el repertorio de sus actos debe en lo esencial extraerse del repertorio social de actos. Un adulto “normal” emplea medidas consolidadas histórico-vitalmente al elegir entre proyectos<sup>(27)</sup> concurrentes; la historia de su vida es una historia social (de otro modo no sería “normal” en el sentido de la visión predominante del mundo de su sociedad y de su época), y en ésta su “historia social propia” asume parte del repertorio social de actos. Pues es evidente que los

---

(25) LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1996, pp. 94-95 (Traducción de Francesc Ballesteros del original en alemán *Theorie des sozialen Handelns*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1992).

(26) “...por otro lado, si acaso un individuo se aparta apreciablemente de las normativas de asociación del grupo al cual pertenece, las consecuencias puede ser severas, yendo desde el rechazo o la burla hasta la separación total: el ostracismo de los antiguos, el destierro o la excomunión no son sino ejemplos “históricos” de una pena que en tiempos “prehistóricos” pudo haber representado casi siempre una sentencia de muerte...” Arce Arenales, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004. p. 56.

(27) Planes para actuar.

elementos del repertorio social de actos no se le ajustan al hombre incipientemente “normal” mediante una inyección. Más bien están propiciados por formas de relaciones sociales más o menos reguladas (padre/hijo, profesor/alumno, entre amigos, entre colegas, etc.) con mayor o menor éxito; atendiendo a paradigmas, castigos, premios, loanzas, órdenes, favores, explicaciones. En este sentido, **la lengua juega un rol mediatizador muy grande. Así se adquieren las escalas de valores, los cálculos sobre realizabilidad y las fórmulas de justificación en el almacén subjetivo de las experiencias intersubjetivas, de las experiencias de los actos de otros hombres (los cuales se entienden como “respuestas” a los actos de los otros hombres). Los impulsos originarios se transforman así en las tendencias a actuar (motivos-porque), las necesidades brutas en intereses explícitos sobre posibilidades concretas de futuro (motivos-para)...**<sup>(28)</sup> (negrilla no es del original).

Se puede perfectamente suponer la creación de una primitiva y rudimentaria *teoría de la mente*, que permita representar las imágenes<sup>(29)</sup> principales para todo proceso de premio o castigo, obediencia o desobediencia, ingenio y creatividad,<sup>(30)</sup> a saber:

---

(28) LUCKMANN, Thomas, *op. cit.*, p. 93.

(29) ARCE ARENALES, Manuel. *Visitas al desván*. San José. Editores Alambique, 2002, p. 159.

(30) “La idea clave en la concepción psicológica de la creatividad ha sido la del pensamiento divergente. En las medidas estándar, se considera a las personas inteligentes como convergentes –personas que dados algunos datos o un problema, pueden encontrar la respuesta correcta (o, por lo menos, la convencional). En cambio cuando se da un estímulo o problema, las personas creativas tienden a hacer asociaciones diferentes, algunas de las cuales, al menos, son peculiares y posiblemente únicas...” GARDNER, Howard. *Mentes creativas*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. 1995, p. 38 (traducido del original en inglés *Creating minds. An anatomy of Creativity*. Basic Books, 1993).

- a) La imagen de uno mismo.
- b) La imagen que los otros tiene de uno.
- c) La imagen que uno cree que los otros tienen de uno.
- d) La imagen que los otros creen que uno tienen de sí mismo.

Es decir, todo individuo podría representarse el cumplimiento de dichas pautas, tanto para sí mismo, como para los demás. Y a su vez, recursivamente cada individuo podría representarse la representación que tienen de uno los otros, y hasta los otros pueden representarse la representación que tiene uno de sí mismo de ese cumplimiento (o no) de pautas de comportamiento. Es decir, se pueden generar ideas sobre lo que se hace (o por qué lo hace), tanto por uno mismo, como por los demás. Y a su vez, se pueden generar ideas sobre lo que uno cree que los demás piensan, y también lo que los otros creen que uno piensa o hace.

Tal prototeoría de la mente,<sup>(31)</sup> es absolutamente necesaria para entender las “comprensiones” y valoraciones que se hacen de las intenciones de los individuos. Ya que sin la existencia de ellas, no se podría generar ningún tipo de reproche.

Si un sujeto no tiene representación de lo que conoce, hace o quiere, no se le pueden señalar incumplimientos, culpas o responsabilidades. Aunque eso no pudiera ser conocido por los demás y prueba de ello fue como a lo largo de la historia muchos actos fueron considerados “malos”, sin conocer la ausencia de representaciones del sujeto de sus actos, por causa de enfermedades mentales u otros males. Se les castigaba como si “pensaran”.<sup>(32)</sup>

---

(31) “He defendido el punto de vista de que una vez que los niños comprenden la función representacional de los estados mentales, su comprensión de la mente merece llamarse “teoría de la mente”, porque disponen de cierta explicación (mecanismo mental) de la relación funcional de los estados mentales en el mundo...” PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1994, pp. 268 y también pp. 254 a 263 (traducido del original en inglés *Understanding the representational mind*. Massachussets, MIT Press, 1991).

(32) En el peor de los casos, la evolución (o involución) mental humana ha sido la historia de cómo la representación mental de uno pueda ser compatible con la representación mental de los demás. Así el problema no es que un sujeto se le castigue “como” si pensara, sino más bien se le castiga porque no piensa como piensan los demás. Ejemplo de ello, Sócrates, La Inquisición, Galileo, Copérnico, Darwin, OMC, TLC, etc.

Históricamente este mecanismo de espejos, reflejos y proyecciones fue posiblemente el insipientemente utilizado para coordinar las relaciones *intra-tropa* como *inter-tropa*. Con ello el *homo ergaster* inicialmente, y el *homo sapiens sapiens* posteriormente, aprendieron a “leer la mente” de los demás miembros de su grupo. Ello obviamente es un mecanismo de *control* que brinda una [falsa] seguridad, tranquilidad y estabilidad tanto al organismo, como al grupo.

Con este conjunto de creencias y el mecanismo que las genera, se amplifica el conocimiento del mundo: se sabe **más** que lo que permiten “ver” u “oír” los sentidos. Se cree saber más y hasta saberlo *todo*. No solo sé lo que pienso, sino que sé lo que piensan los demás; y por ello puedo *esperar* que los otros (con lo que sé que piensan) actúen de la manera que creo y hasta que quiero. Inclusive se “sabe” lo que [supuestamente] creen que los demás de uno, y los otros a su vez creen saber que saben lo que yo creo de mí mismo.<sup>(33)</sup> ¡Y lo mejor de ello es acertar! Es como un niño esperando que el mago saque el conejo del sombrero.<sup>(34)</sup>

Lamentablemente experimentaciones con *homo ergaster* actualmente son imposibles. Esta especie se extinguió hace aproximadamente 600.000 años, pero aún así se cree que estuvieron en el planeta alrededor de un millón de años. Tiempo posiblemente superior al que eventualmente dure nuestra especie, si continúa con el actual ritmo de “vida” [destrucción] que lleva.

## **2. *Homo sapiens sapiens***

En nuestra especie, es evidente la existencia del CID, dado que todos formamos parte de esta especie, y lo podemos atestiguar individualmente (por consenso intersubjetivo) al declarar honestamente que

---

(33) Para un interesantísimo texto sobre aplicaciones de lenguajes y meta-lenguajes en creencias y metacreencias ver SMULLYAN, Raimond, *Juegos por siempre misteriosos. Recorriendo los caminos abiertos por Gödel sobre la verdad y la probabilidad*, Barcelona, Gedisa editorial, 1995.

(34) Aunque no saca el conejo del sombrero sino de la manga del traje. Pero es como un acto de “magia”. El sentido mágico o místico de acertar, de jugar a adivinar. Una tendencia que subyace en todo espíritu creativo: asombrarse y asombrar a los demás.

en algún momento de la vida se ha tenido la intención de cometer una falta sea esta de índole moral, religiosa, legal, social, política,<sup>(35)</sup> etc.

Así el problema no es si existe esa intención en nuestra especie (como si es un problema imposible averiguar en el homo ergaster), sino más bien cómo se manifiesta. Es decir, ¿qué significa “delinquir”? ¿cómo se delinque?, ¿qué es delito o falta?

Efectivamente actos intencionales hay muchos, pero no es lo mismo el conocimiento y voluntad de dormir, comer, fumar o hacer el amor, a la intención de matar, violar, robar, dañar o estafar. Lo anterior, bajo nuestros propios y únicos parámetros mentales es “evidente”, dado que no tenemos otro cerebro u otra cabeza (eventualmente otra inteligencia) para analizarnos desde otra perspectiva que no sea nosotros mismos.<sup>(36)</sup> Eso actualmente no es posible.

De igual manera, sin entrar en consideraciones históricas, antropológicas, religiosas, culturales e inclusive ideológicas podemos “resumir”<sup>(37)</sup> el problema al mismo instrumento que nos brindó la capacidad de pensar más y mejor (o menos peor): el lenguaje.

---

(35) En cuanto a la política allí es difícil cometer alguna falta, dado que lo único incorrecto o malo en la política es perder.

(36) Véase DENNETT, Daniel, *La conciencia explicada*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995, p. 82-94 (traducido del original en inglés “Consciousness explained”, Little, Brown and Company, 1991) donde discute la posibilidad de la perspectiva de la tercera persona, el estudio de la actitud intencional y el método de la heterofenomenología.

(37) Lamentablemente no encuentro una expresión menos incómoda para trasladar el problema de la racionalidad de las creencias más que como un asunto acerca de la **fideliad de y hacia nuestro lenguaje**, ya que como bien señala NOZICK “...la racionalidad de una creencia está conectada con una densa red de razonamientos, evidencia y evaluación de evidencias en cadenas de enunciados que se solapan. La observación puede nutrir a esa red, pero a partir de cierto nivel de descripción el proceso es proposicional. Esto muestra que la racionalidad no es simplemente un tipo cualquiera de instrumentalidad. Requiere cierto tipo de instrumento, a saber: *razones y razonamientos*. Supongamos, pues, que un particular procedimiento es una vía fiable para llegar a una creencia verdadera. Si una acción o una creencia arrojada por tal procedimiento ha de ser racional, no sólo tiene el procedimiento que

“...es patente que cada lengua contiene formas (por ejemplo adjetivos) que son valorativas de por sí y que están montadas en escalas valorativas. Ya las divisiones del sopesamiento, longitud, peso, etc., que yacen antes de cada valoración y que parecen servir de unidades de medida neutrales, conllevan huellas de pre-sopesamiento (largo y corto, grande y pequeño, grueso y delgado). Tales pre-sopesamientos, no obstante, son captables bajo formas lingüísticas que están afinadas en el sector significativo del movimiento, gusto, olor, etc. (grosero, dulce, pestífero, insulso, amargo, fragante). La valoración es de lo más clara en las indicaciones sobre la intensidad de las impresiones y la corrección de la conducta (furioso, desenfrenado, sereno, autocontrolado, etc.). Muchas lenguas brindan formas comparativas y superlativas como medio de ayuda para la valoración (bueno, mejor, óptimo; tonto, más tonto, tontísimo). Todos estos medios lingüísticos ayudan en la “calibración” de las disposiciones relevantes para el acto, no sólo para el recuerdo de las valoraciones mutuas sobre disposiciones emprendidas tiempo atrás...” Luckmann, Thomas. *Op. cit.*, p. 95.

En este sentido la noción de “delito”, “falta”, “infracción”, “culpa”, “pecado”, siempre estará supeditada a la interpretación cultural que le dé una sociedad concreta en un lugar y tiempo determinado.

Si bien este es un tema sumamente interesante de abordar, este trabajo no tiene esa finalidad ni estas pretensiones. El estudio del dolo desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva, no es el estudio de la

---

entrañar una red de razones y razonamiento, sino que esto debe explicar (en parte) por qué el razonamiento es fiable...” NOZICK, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995, p. 106 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés “The nature of rationality”, New Jersey, Princeton University Press, 1993). También RESCHER Nicolas, *La Racionalidad*. Madrid. Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993, p. 223 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés “Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason”, Oxford University Press, 1988).

*diversidad o plasticidad*<sup>(38)</sup> del *homo sapiens sapiens* para determinar, discernir y discriminar qué es lo bueno de lo malo, qué es lo correcto de lo incorrecto, o lo moral de lo inmoral, dado que inicialmente ellos son contenidos semánticos sujetos a las variables y construcciones histórico-políticas vigentes en un lugar y tiempo determinados para una tropa específica.<sup>(39)</sup>

La finalidad de este trabajo va en otro sentido. Es analizar *heurísticamente* la viabilidad de las construcciones mentales que el mismo *homo sapiens sapiens* ha diseñado para determinar la existencia del CID, independientemente de las variables semánticas que tenga la palabra delinquir, o los contenidos culturalmente atribuidos a este proceder. Contestar preguntas relativas a: ¿cómo se puede saber el conocimiento que tiene el sujeto que delinque?, ¿cómo se sabe que el sujeto sabe que hace algo “malo”? ¿Bajo qué parámetros proyectamos y juzgamos las acciones de los otros? Estas preguntas trataremos de responderlas en las siguientes páginas.

¿Qué solución práctica se le ha dado a este inconveniente a lo largo de la historia? Veamos.

### **III. ANÁLISIS DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE CID A LO LARGO DE LA HISTORIA**

#### **1. Evolución de la conceptualización de CID**

Obviamente no es lo mismo el CID que el *concepto* de CID.<sup>(40)</sup> Una cosa es la cosa, y otra el concepto de la cosa. Una cosa es una silla

---

(38) BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu editores, cuarta edición en español, 1976, p. 69 (Traducción de Silvia Zuleta de la edición en inglés “The Social Construction of Reality”, New York, Doubleday & Company Inc., no indica año de publicación).

(39) Por demás, este tipo de temáticas precisamente forma el “grueso” de toda la literatura y bibliografía que diversas áreas del conocimiento enfocan desde múltiples perspectivas: el derecho, la historia, la sociología, la antropología, etc.

(40) “...Permítasenos primero discutir este punto del argumento: que una palabra no tiene significado si nada le corresponde a ella. Es importante

y otra el *concepto* de “silla”. Por lo mismo, es distinto el dolo (como comportamiento y voluntad reales) del concepto de dolo. Por lo anterior, es difícil, sino imposible determinar históricamente sobre la existencia de CID concretos, si precisamente ellas existieron en mentes humanas concretas que ya no existen.

Época	Conceptuación	CID
200.000 años a 1792 a.C.	Sin datos	Sin datos
Código de Hamurabi	La responsabilidad se define <b>por el resultado</b>	No se presume <sup>(42)</sup>
Ley Mosaica o Torá <sup>(43)</sup>	La responsabilidad se define <b>por el resultado</b>	No se presume <sup>(44)</sup>
Derecho romano	La responsabilidad se define <b>por la intención</b> , sin que para ello se produjera el resultado	Se presume <sup>(45)</sup>
Derecho germánico	La responsabilidad se define a partir del <b>resultado producido</b>	Se presume
Derecho canónico	Se castiga <b>la intención o voluntad</b> mala y no el resultado	No se presume <sup>(46)</sup>
Siglo XVI e inicio del s. XIX	Si <i>habría debido prever</i> las consecuencias de su acción se castiga la <b>intención</b>	Se presume <sup>(47)</sup>
Siglo XIX e inicio del s. XIX	La responsabilidad se define a partir del <b>resultado producido</b>	Se presume <sup>(48)</sup>
Actualidad <sup>(49)</sup>	La responsabilidad se define por la conjunción de CID y el resultado	No se presume <sup>(50)</sup>

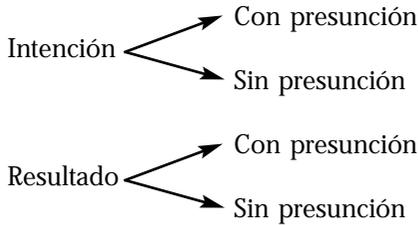
---

notar que la palabra “significado” ha sido usada ilícitamente si es usada para significar la cosa que le “corresponde” a la palabra. Esto es confundir el significado de un nombre con el portador del nombre. Cuando el “Sr. N.N.” muere, se dice que el portador del nombre murió, no que el significado murió. Y afirmar que el significado muere con la cosa que le “corresponde” puede ser un sinsentido, si el nombre cesa al morir su significado –la cosa– no podríamos decir que “Sr. N.N.” está muerto...” WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Cambridge, The Macmillan Company, 1953, p. 20 párrafo 40.

De lo que podemos tener referencia, es como los diversos sistemas de “organización social” trataron de conceptualizar este proceso. Por lo cual, con el siguiente cuadro comparativo observaremos algunas nociones que tomaron en cuenta para determinar la existencia del CID, a partir de las conceptualizaciones previas que se estipularon en diversos períodos.<sup>(41)</sup>

- 
- (41) Cuadro que sintetiza los señalamientos de GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco, *El dolo*, San José, Editorial Juritexto, 1999.
  - (42) Varias de las aproximadamente 300 leyes hacen expresa referencia a la necesidad de pruebas. Inclusive una de ellas señala lo siguiente: “Si un señor acusa a (otro) señor y presenta contra él denuncia de homicidio, pero no la puede probar, su acusador será castigado con la muerte.”
  - (43) Quinto libro del Pentateuco (de los 73 que forman La Biblia) para la tradición judeo-cristiana occidental.
  - (44) Por referencias como las siguientes: *Deuteronomio, capítulo 17, versículo 6*: “No se podrá ejecutar al reo de muerte más que por la declaración de dos o tres testigos; nadie será condenado a muerte por la declaración de un solo testigo.” Y más adelante en el *capítulo 19, versículo 15*: “Un solo testigo no basta para probar la culpabilidad de un hombre en cualquier clase de falta o delito que sea. La sentencia se apoyará en la declaración de dos o tres testigos, cualquiera que sea el delito.” Según se cree data de aproximadamente 1200 años antes de Cristo, donde inicialmente los procesos eran orales y luego escritos.
  - (45) Se castiga como homicida a quien con intención de robar, lleva consigo un arma capaz de producir la muerte, sin que sea excusa del delincuente que diga que era para infundir temor.
  - (46) Por ello la infinidad de juicios para obtener una confesión del infiel, hereje o pecador.
  - (47) Por interpretación y estudios de los glosadores y postglosadores italianos de los textos romanos, se vuelve al mecanismo romano.
  - (48) Por estudios de autores alemanes entre ellos Feuerbach, se vuelve al sistema germano.
  - (49) Respecto a sistemas euro-occidentales. Se desconoce normativa china, musulmana, africana.
  - (50) La no presunción del CID, en realidad no es tan cierta, como veremos posteriormente.

Así históricamente se observa que se han utilizado todas las combinaciones posibles:



Del anterior esbozo histórico, se pueden ver algunas circunstancias paradójicas, como las siguientes:

- a) Se puede decir que al inicio de los inicios de nuestra especie es completamente desconocido, el proceder sobre la importancia o no, del CID, para la posibilidad de juzgar a no a sus miembros. Es evidente que en un grupo donde la cooperación intratropa y la competencia intertropas (aparte de la organización jerárquica posiblemente existente), actos como el egoísmo, la traición, la desobediencia al líder, fueron el primer tipo de faltas surgidas (y también pensadas) por el homo sapiens sapiens. No se sabe si desde el inicio del surgimiento de la especie o bien mediante una evolución “cultural” posterior, se consideró necesario hacer procesos para juzgar dichas faltas; ni se sabe tampoco qué tipo de prueba se establecía para determinar la existencia del CID en el sujeto. Lo anterior tal vez, como una división del trabajo, dado que las tropas iban en creciente aumento.
  
- b) Lo que bien se empieza a observar, es que es hasta muy tarde en la historia, y en las primeras codificaciones que se tiene conocimiento, si se establecieron algunos mecanismo primitivos de juzgamiento, donde en particular, se solicitaba la prueba del CID. Lo anterior, es un evidente avance conceptual y hasta mental sobre la existencia y realidad de los hechos y eventos. Dado que si bien, tanto en esa época como ahora, un testigo puede mentir, era necesario probarlo.<sup>(51)</sup> Posiblemente producto del espíritu racionalizador que ha caracterizado a esta especie.<sup>(52)</sup>

---

(51) Sobre el particular véase el excelente ensayo de ARCE ARENALES, Manuel, “Recomendación, chisme, referencia, reputación”, en *De Leguas*

- c) Creo que este mismo espíritu “racionalizador”,<sup>(53)</sup> en exceso (considero yo) fue el que trató de imperar en los derechos *romano* y *germano*, al presuponer ellos, ciertas intenciones o eventuales actuaciones de sus miembros, en la realidad. Lo anterior, tal vez, tenía la finalidad de poder sobre-controlar u anticipar sus actos. Lo que da pie, eventualmente a crasos errores de interpretación, como puede ser que simples actos de preparación para cometer una falta, también pudieran ser actos sin ninguna intención ni finalidad, pero ambos igualmente “malos” eran punibles; o bien la idea reinante sobre el delincuente habitual o reincidente: “si lo hizo una vez, lo va a volver a hacer”. Típicos esquemas estigmatizadores de los individuos.
- d) En particular con el derecho germano, se da una doble circunstancia: se puede pensar que la idea de presuponer la existencia del CID, efectivamente surja de la idea correcta sobre la imposibilidad de conocer correcta y completamente las mentes ajenas. Por ello, se instaura su presuposición, ante la existencia de una acción específica. Pero la segunda situación vista, es que dicha imposibilidad instauró en este derecho, la idea de obligar al individuo a probar la no intención o responsabilidad del hecho. Es decir, se presume culpable hasta que demuestre su inocencia. La cual es una situación muy apremiante para el inculpado, dado que si no tiene medios para probar su inocencia, se le considera culpable. Aquí, por ende, no importa ni interesa lo que pensó el sujeto, sino si tiene pruebas para probar que no fue.

---

*y minutos*, San Jose, Editores Alambique, 2004, p. 33-38, donde bien señala: “Tres son las fuentes con las cuales los seres humanos construyen su imagen del mundo: el testimonio de sus sentidos, las arquitecturas lógicas dictadas por su razón y la información recabada o absorbida de otros humanos. De estas tres, con mucho, la más importante tanto por la latitud como por la profundidad de su incidencia es la última...”

- (52) Bueno, por lo menos, a algunos de sus miembros.
- (53) Es la tendencia a sobreestimar las funciones de la mente y sus resultados, como la adivinación (buena o mala de lo que va a pasar), la anticipación de los eventos, la sagacidad de presuponer mediante indicios lo que pasó o pasará, y otras ideas creadas o recreadas por la misma mente en conjunción con el lenguaje y hasta la inteligencia maquiavélica.

- e) Otro caso paradójico, y también extremo se observó con el Derecho canónico, donde para atribuir la responsabilidad era la intención, pero **no** se presuponía su existencia. Por lo que era menester, obtener una confesión para probarla fehacientemente. Los claros excesos en los mecanismos de obtención de esta intención son conocidos por todos, y los grandes yerros también cometidos: por los sufrimientos se obtenían confesiones de inocentes. Es paradójico este caso, porque realistamente hablando, el proceder del derecho canónico, si bien a veces brutal y despiadado, era técnicamente correcto. Lo relevante es el CID, pero no se presupone, sino que hay que verificarlo. El problema fue la forma de su verificación.
- f) Y posteriormente, desde el siglo XVI hasta el siglo veinte (por aproximadamente 500 años) se retomaron los esquemas anteriores: el romano y el germano. Por lo que las concepciones oscilan como el péndulo de un reloj: primero en buscar el objeto de interés: la intención o el resultado. Y segundo entre presuponer su existencia o no.
- g) Estas oscilaciones, casi puedo asegurar, no han tenido una justificación psicológica o eventualmente científica (más por las mismas épocas de surgimiento), sino por políticas procesales de los abogados: se escoge uno u otro sistema, por el facilismo probatorio de las responsabilidades.<sup>(54)</sup>

## **2. Análisis de las opciones históricamente sugeridas**

Como se aprecia históricamente, el ser humano ha barajado prácticamente todas las posibles combinaciones en la búsqueda del CID. Le ha dado relevancia a la intención y la ha presupuesto o bien ha solicitado su prueba. Igualmente le ha otorgado primacía al resultado, y de la misma manera ha presupuesto la existencia del CID, como bien lo ha solicitado probar expresamente.

---

(54) Un evidente principio de economía en ambos casos: a) presuponer la intención facilita atribuir la responsabilidad dado que basta tener objetos u hacer actos “dudosos” para tener un culpable, b) ante un resultado, presuponer el CID, delega el trabajo probatorio al inculpado, y el juez o jueza simplemente se limitan a oír las justificaciones o excusas, no tienen que buscar ninguna prueba para inculpar.

De igual manera los mismos sistemas, se han vuelto a repetir, una y otra vez, sin que se haya determinado el mecanismo correcto o adecuado para determinar la existencia del CID. ¿O bien será que tal vez, no exista un mecanismo correcto? Analicemos cada una de esas posibilidades.

Lo que primeramente destaca de esta pequeña y sucinta revisión,<sup>(55)</sup> es que siempre se hizo necesario “saber” (o creer que se sabía) lo que pensaba la persona infractora. Pero en la práctica, este tipo de conocimiento y su verdad o correspondencia con la realidad, no siempre fue decisivo para la decisión. Bien se aprecia ello, en los casos donde, por ejemplo, se presume el CID: como el derecho romano y el germano. Allí no había interés real o sincero de saber si hubo CID o bien si hubo una confusión, falsa creencia o fue un simple error. Lo que da pie a excesos en las creencias de las personas sobre un sujeto específico: sea bien para considerarlo culpable de un hecho que ni aún había empezado a cometer; o bien para considerarlo peligroso por sí mismo. Creencias adicionales formuladas y agregadas complementariamente a las ideas básicas que se puede tener sobre dicha persona.

Pero también, se aprecia que los sistemas donde no se presume el CID, su búsqueda se puede tornar extrema, como en el Derecho canónico, o bien absolutamente estéril,<sup>(56)</sup> en situaciones donde bien puede falsearse la verdad (¿lo mató en legítima defensa o no?, ¿cómo saberlo?), o hasta donde el CID reales sean ignorados por las otras personas.

Revisemos brevemente algunas de estas consecuencias.

### **a) Intención presupuesta sin resultado**

Cuando se presupone la intención, cualquier acción considerada dudosa, da pie para la creencia sobre la existencia del CID. Ello crea una situación de “hiper<sup>(57)</sup>-peligrosidad”, de gran sobre-aviso y un

---

(55) Por demás, evidentemente muy sesgada, dado que no se analizan otras culturas no eurooccidentales, como la china, la musulmana, las aborígenes americanas.

(56) Y como veremos más adelante, hasta completamente alejada de la realidad. Precisamente la pregunta clave es ¿la realidad de quién: el infractor o el juzgador?

(57) Amplificación tanto en la cantidad como en la calidad.

“siempre en alerta” tanto del sujeto eventualmente infractor, para evitar dar malas señales, como de las demás personas atendiendo conspicuamente cualquier (énfasis en esta última palabra) comportamiento.

Sus imágenes, representaciones y teorías de la mente, trabajan sobre estimulados ya que reaccionan ante cualquier mero indicio, y alienta las más disparatadas suposiciones y sospechas. Sobrecarga una visión de la realidad con estigmas sin fundamento y hasta falsas creencias de las personas. Casi se puede decir que reina el axioma de “Todas las personas son malas por naturaleza”, y hay que cuidarse de ellas.

Este caso particular de hiper-creencias, como señalé anteriormente, creo que es producto de un exceso en la tendencia abductiva y conjetural del ser humano, al tratar de maximizar el funcionamiento simbólico de cualquier acto. Por el peligro que siempre representa el otro, el mecanismo facilita su control, ya que el sujeto que no quiere ser infractor, pretenderá cuidarse de alzar sospechas infundadas. Se vive siempre en un peligro latente de ser considerado culpable, si no se restringen de manera considerable las acciones y hasta pensamientos del sujeto.

## **b) Intención no presupuesta sin resultado**

Este sistema es aparentemente el más realista, ya que parte de la imposibilidad de conocer directamente el CID del sujeto, pero por esa misma idea, es también el más cruel y hasta grotesco, ya que se debe someter a examen y extracción ese conocimiento. Lo cual eventualmente puede ser posible obtenerlo, siempre y cuando exista. Pero qué pasa si no existe. ¿Cómo se verifica la no existencia de algo? ¿Cuándo se tiene por acabado el examen? ¿Cuándo se sabe que no hay nada? Tal y como lo practicó el Derecho canónico, a ambos tipos de personas (infractores o no) se les hacía sufrir los mecanismos para obtener el CID. Y como se indicó, a veces, por librarse de la penuria y los dolores se “creaba” esa intención, como medio liberador de la tortura. Efectivamente no se puede presuponer la intención. El asunto es, más bien, ¿cómo obtenerla?

## **c) Resultado con presuposición de CID**

Este sistema aplicado en el derecho germánico y trasladado posteriormente a varias legislaciones, entre ellas la nuestra hasta 1941,

establecía que ante un resultado delictivo, el CID se presume. Esta concepción lo que hace es obviar el problema de la existencia real o no del CID. Lo que le interesa es la creencia contraria, es decir, el no CID.

Si la persona no sabía o no quería cometer la falta, que lo pruebe. Este sistema se dice que obvia y traslada el problema, por lo siguiente: si se cree que ante un hecho delictivo, presupone CID, esta concepción está precisamente creyendo que existe CID. Si ello fuera así, es decir, si cree apriorísticamente que existió, no debería solicitar prueba en contra de su existencia, ya que justamente de antemano cree en su existencia. Si se cree de antemano, no hay manera de cambiar esa creencia, a menos que realmente no se crea absolutamente en esa presunción. Es como decir que “creo en los triángulos, pero demuéstreme que no creo en los triángulos”. Es una contradicción.

Si se fuera estrictamente consecuente, para qué demostrar la inocencia, si ella no tiene cabida. Es como un asiento de un bus: pueden sentarse dos personas, Sr. Inocente o la Sra. Culpable, pero no los dos al mismo tiempo. Si se sentó la Sra. Culpable, ya el señor Inocente no puede ocupar ese lugar.

La única manera de entender esta concepción de modo sensato es considerar que la presunción no es absoluta, sino relativa o condicionada. Es decir, que la Sra. Culpable se sienta en el asiento mental, mientras no aparezca el Sr. Inocente. Pero con ello también deviene otra consecuencia: la existencia de CID también es condicionada. Esto quiere decir, que no es seguro que exista el CID, y precisamente se confirma esta incerteza con la prueba de inocencia.

El problema cognitivo surge cuando, no aparece el Sr. Inocencia. ¿Cómo y por qué la inseguridad de la existencia de CID, se vuelve certeza absoluta, por otra inexistencia: imposibilidad de ofrecer prueba liberadora de responsabilidad? Una incerteza se transforma en cierta, no por la prueba directa de su existencia, sino por la NO prueba de lo contrario. Evidente falacia de ignorancia: como se ignora prueba liberadora, por ende es culpable.

Nada tiene que ver la existencia o no de un estado mental, con la existencia contingente y aún permanencia de medios de prueba (testigos, documentos, facturas perdidas). Y más aún, que esa contingencia material y externa al sujeto, determine la existencia interna del estado mental.

Son evidentes en este caso también las consecuencias nefastas para el individuo, si no logra obtener testigos, peritos, documentos, exámenes u otro medio de prueba: será condenado, no por tener CID, sino por no ser hábil para encontrar prueba. Y lo inverso también acontece: el sujeto que tuvo el CID, provocó el resultado, pero fue hábil falseado la prueba, saldrá libre.

Por lo que otra paradoja aparece: la supuesta creencia de presumir el CID, aunque se vea como la más exigente para el sujeto, es en realidad, la más fácil de burlar. No le prueban su CID, pero eso significa que:

- Para el sujeto con CID, le da más opción de enfocarse en la falsificación de prueba.
- Para el sujeto sin CID, lo obliga a lo imposible, demostrar algo que no existe.

#### **d) Resultado sin presuposición de CID**

Este último sistema, fue posiblemente usado al inicio de las codificaciones de las faltas, y actualmente es uno de los que impera en muchas legislaciones eurooccidentales. Parece ser que es el mecanismo al cual se retornó, después de observar las ineficiencias de los anteriores. Ello no quiere decir, que sea el más bueno o el mejor. Todo lo contrario, es el menos peor.

Ante un resultado delictivo, hay que probar además que el sujeto tenía CID. Esto en la práctica se transforma en una serie de “no”, para conjeturar que existía CID. Así se empieza que “no estaba en estado de incapacidad”, “no estaba borracho”, “no estaba dormido”, “no es analfabeto”, “no desconocía la ley”, “no se estaba defendiendo”, “no fue un error” etc., etc., etc.; con lo cual se puede afirmar que “estaba en plenas capacidades”, “estaba sobrio”, “estaba despierto”, “sabía leer y escribir”, “conocía la ley”, “estaba agrediendo”, “jamás se equivocó”, para indicar que tenía conocimiento de lo que hacía. Y con ello, luego los actos externos le demuestran la voluntad de hacerlo.

En este sistema de igual manera el sujeto puede (si quiere) probar que no tuvo CID. Que lo que aconteció fue un error, o una necesidad, o una justificación legal que ameritó provocar el resultado, pero que no fue CID.

En realidad, con estas inferencias no se está conociendo directamente el CID, sino que se hace una representación o recreación de lo que pudo saber o pensar el sujeto.<sup>(58)</sup> Se efectúa un conocimiento indirecto. Pero ¿es posible conocerlo directamente?, y sobre todo, ¿qué tan confiable es?

#### IV. ANÁLISIS COGNOSCITIVO DEL CID

##### 1. Prolegómenos conceptuales: saber, creer, conocimiento

Es menester para continuar de modo preciso con el estudio del CVD detenerse brevemente en un punto semántico importante: ¿qué es conocimiento?, ¿qué significa saber?, ¿qué significa creer algo?<sup>(59)</sup> Pondré un ejemplo:

Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje. Al frente de su casa, está la casa de su vecino donde tienen amarrado un hermoso perro. Ana ve el perro y observa que empieza a mordisquear su correa hasta rasgarla y una vez rota, el perro sale corriendo para otro lugar.

Mi mismo caso: Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje, cuando de pronto ve al perro de su vecino pasar al frente de su casa con la correa amarrada a su cuello.

En el primer caso: Ana ¿cree que el perro se soltó o sabe que el perro se soltó? La respuesta sería que Ana sabe que se soltó. Sería extraño si ella manifestara que cree que el perro se soltó.

---

(58) Al respecto véase también Denett, Daniel, "True Believers: The Intentional Strategy and Why It Works" en ROSENTAL, David. *The Nature of Mind*. New York, Oxford University Press, 1991, pp. 339-353. En español, DENNETT, David, *La actitud intencional*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1998 (traducido del original en inglés *The Intentional Stance*, Massachusetts, MIT Press, 1987).

(59) Para un estudio más técnico y pormenorizado, que el presentado aquí véase DANCY, Jonathan, *Introducción a la epistemología contemporánea*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1993. También HINTIKKA Jaakko. *Saber y creer. Una introducción a la lógica de las dos nociones*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1979 (traducido del original en inglés "Knowledge and belief", Cornell University, 1962).

En el segundo caso: Ana ¿sabe que el perro se soltó o cree que el perro se soltó solo? La respuesta sería que cree que se soltó. Seriamente no podría ella afirmar que *sabe* que el perro se soltó.

En el primero sabe porque lo vio. En el segundo no lo vio, por eso no sabe, pero si puede creerlo, aunque pudo soltarse de otra manera (su dueño lo soltó).

En el saber hay una “certeza”, en la creencia hay una probabilidad. Ambas generan conocimiento, solo que de cierto tipo distinto. Con un grado mayor o menor de seguridad. Uno genera un conocimiento verdadero y justificado. El otro un conocimiento probable. Es decir, hay un grado y una intensidad de la certeza de ese conocimiento (y hasta del conocimiento mismo, que puede ser total o parcial, correcto o falseado, percibido, soñado, imaginado o esta inventado) que influye notoriamente en una sabiduría de una creencia.

Sin querer nuevamente entrar en detalles en temáticas que abarca bibliotecas enteras, como en este caso, está sencilla distinción nos permitirá tratar de entender el CID que puede o debe tener un sujeto. ¿Qué tipo de conocimiento tiene un sujeto que va a cometer una falta? ¿Conocimiento de qué: de los medios, los fines, la acción?

## **2. El CID del sujeto infractor**

Por ejemplo, Juan es químico especialista en hidróxido de potasio (potasa cáustica) y le da de tomar hidróxido de potasio a una persona. Esa persona muere.

Otro caso. Marco es un niño de 5 años y le da de tomar “burbujitas” (potasa) a su papá. Su papá muere.

¿Qué tipo de conocimiento supuestamente tiene Juan sobre la potasa y que conocimiento tiene Marco? Es casi un hecho que Juan sabe y sabe mucho más que muchas personas, por su propia profesión. Mientras que Marcos, no sabe mucho o nada sobre el KOH. ¿El tipo, grado e intensidad del conocimiento repercute en la valoración? Evidentemente sí. Aquí es menester volver al cuadro inicial de este trabajo para ir ponderar los diversos tipos de conocimiento y “querencias”.

**Tipo de conocimiento**

**Tipo de voluntad**

**Dolo en primer grado**

Saber el resultado

Querer el resultado

**Dolo en segundo grado**

Saber el resultado

Aceptar el resultado

**Dolo eventual**

Crear el resultado

Aceptar el resultado

**Culpa consciente**

Crear el resultado

No aceptar el resultado

**Culpa inconsciente**

No saber, ni creer el resultado

No aceptar el resultado

(pero existió una imprudencia, una negligencia o una impericia del sujeto)

**Accidente**

No sabe, ni cree, el resultado

No aceptar el resultado

(pero no hay negligencia, ni imprudencia, ni impericia del sujeto)

Aquí se da otra curiosidad metodológica, ya que si bien se puede tratar de especular que tipo de conocimiento es necesario para determinar el CID de un sujeto, y efectivamente alegar en las disputas por sanciones, qué tipo de conocimiento realmente se tenía o no (por ejemplo, “*Yo no sabía que fumar marihuana es prohibido*”), lo relevante en una tropa determinada, es que la otra persona que lo juzga supuestamente sepa que tipo de conocimiento tuvo el infractor a efectos de determinar una falta o delito.<sup>(60)</sup>

(60) Este tipo de conocimiento sí es relevante en las relaciones inter-tropas, como cuando se analizan los casos de aborígenes de Talamanca que desconocen, algunas pautas de comportamiento de la “sociedad costarricense”. O bien, cuando vienen miembros de pueblos extranjeros que por su formación y conformación cultural, desconocen (e inversamente desconocemos) sus creencias y comportamientos. Ello no excluye para nosotros la falta, pero sí disminuye considerablemente su reproche. En

Así el problema se traslada, no a la averiguación directa del tipo de conocimiento o voluntad, sino a determinar el tipo de conocimiento que tienen los sujetos sobre el CID del infractor. En resumen: actualmente lo importante es si los otros lo creen culpable o inocente, sin importar si el mismo infractor se cree o sabe que es culpable o no.<sup>(61)</sup>

### 3. El conocimiento del CID de un individuo. Conocer el conocimiento (y la voluntad) del otro

Churchland plantea muy bien el problema:

“...¿cómo puede alguien justificar su creencia en que las generalizaciones psicoconductuales correspondientes valen también para otras criaturas, cuando todo lo que es posible observar es sólo la mitad de la presunta conexión: la conducta de la criatura? Los estados mentales de la criatura, si efectivamente los tiene, sólo son observables directamente por ella misma. No los podemos observar. Y tampoco tenemos ninguna posibilidad de conseguir el apoyo empírico necesario. Evidentemente, entonces, no podemos tener ninguna justificación para

---

otros casos inclusive excusa y justifica su actuar, dado que “no sabía realmente” lo que hacía. Todo depende del otro simio que lo esté evaluando. Y aquí es precisamente donde radica el punto central de este trabajo.

- (61) Antiguamente por ello era importantísimo “sacarle” de alguna manera la confesión al reo, dado que era la forma por la cual, de forma directa, se podía saber si quiso hacerlo o no. Y para ello se diseñaron los más sofisticados mecanismos expiatorios, que casi literalmente exprimían al sujeto. De igual manera no hay que obviar los sentimientos de culpa que también podían desarrollarse dado que arcaicamente es muy posible suponer la **indefinición** de las faltas en sus diversos tipos y estratos (una masa indisoluble de aspectos grupales, con magia, derecho, moral, política y religión, que generaban remordimientos, y necesidades de castigo propios del infractor (“castígueme porque he pecado”) por miedo a perder la aceptación de la tropa, perder el amor del padre, o proyectivamente perder el afecto del líder del grupo, o la autoridad. Para un interesante enfoque sobre el surgimiento del sentimiento de culpa ver FREUD, Sigmund, *El malestar de la cultura*, México, Alianza Editorial Mexicana, 1989, pp. 64-74.

creer en esas generalizaciones psicoconductuales. Y en consecuencia, no podemos tener ninguna justificación para hacer inferencias acerca de la conducta de otra criatura, acerca de que posee estados mentales. Y esto equivale a decir que ¡no podemos tener ninguna justificación para creer que alguna otra criatura, salvo uno mismo, posea estados mentales!...”<sup>(62)</sup>

¿Es posible conocer el CID de una persona de modo directo?

Como aclara Schütz:

“...Por lo tanto, el postulado de que puedo observar las vivencias de otra persona exactamente de la misma manera en que es persona lo hace, es absurdo, pues presupone que yo mismo he vivenciado todos los estados conscientes y los actos intencionales dentro de los cuales se constituyó esa experiencia. Pero eso solo podría suceder dentro de mi propio vivenciar y en mis propios actos de atención a mi vivenciar. Y esas vivencias mías tendrían entonces que duplicar las del otro hasta sus mínimos detalles, incluidas las impresiones, sus zonas circundantes de protensión y retensión, los actos reflexivos, las fantasías, etcétera. Pero aún hay más: yo tendría que ser capaz de recordar todas las vivencias del otro y, por lo tanto, de haber vivenciado esas vivencias en el mismo orden en que él lo hizo; y finalmente debería haberle otorgado exactamente el mismo grado de atención que él les acordó. En síntesis, mi corriente de conciencia tendría que coincidir con la del otro, lo cual equivale a decir que yo tendría que ser la otra persona...al estar constituido dentro de la corriente única de conciencia de cada individuo, *es esencialmente inaccesible a todos los demás individuos*”.<sup>(63)</sup>

---

(62) CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1999, p. 108 (traducido del original en inglés “Matter and Consciousness”, Massachusetts, MIT Press, 1988).

(63) SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*. Barcelona, Editorial Paidós, 1993, p. 129.

No existe una forma directa de conocer las mentes de los otros individuos. Lo anterior, no quiere decir que no puedan existir comunicaciones o relaciones entre los individuos precisamente para conocer sus creencias, deseos, expectativas, sino todo lo contrario: es necesario para la supervivencia de una tropa es que la mente establezca precisamente instrumentos (el lenguaje) y condiciones mínimas e indispensables para establecer una relación comunicativa con los otros miembros de la tropa, como son:<sup>(64)</sup>

- a) Una recíproca atención.
- b) Una sincronización de las corrientes de consciencia de lo sujetos.
- c) Una reciprocidad de perspectivas, motivos.
- d) Una concordancia de sistemas de relevancia o preferencias.

Con estas condiciones, y el poderosísimo cerebro brindando la información y los instrumentos necesarios para realizar estos estados mentales (percepción, consciencia, memoria, lenguaje, emociones), es como se puede entablar esta relación. En este tipo de relación (denominadas “cara a cara”) la expresión misma del sujeto es “fiel” reflejo de lo que piensa (si está interrelación es honesta). Y si bien, en ese caso siempre se mantiene *el principio de la imposibilidad de acceso* a la mente del otro, la interpretación de su lenguaje y las manifestaciones expresas del sujeto nos permiten representarnos qué quiere, qué piensa o qué sabe, o bien, qué no quiere, no piensa o no sabe.<sup>(65)</sup>

El inconveniente surge cuando no se puede o no se quiere tener esas relaciones “cara a cara”, en las cuáles nunca se dispone de la

---

(64) LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social...* Op. cit., p. 120.

(65) Por eso la mayoría de los sistemas de administración de justicia donde se discuten bienes importantes como la vida, sus actos son orales. La recepción de los testigos es oral. Aunque sobre este punto es demoledor el texto de Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, Editoria Losada, 1953, que explica contundentemente cómo el mecanismo de averiguación de la verdad en un sistema judicial está plagado de defectos y hacen contracentífico dicha búsqueda. Sobre este punto regresaremos posteriormente en este trabajo. Pero igualmente, las evaluaciones pedagógicas que se lleven a cabo en la enseñanza primera, secundaria o universitaria, de manera oral, cumplen su máxima eficacia si se realizan de modo “cara a cara”. Así se sabe si el otro sabe o no sabe.

información suficiente o verdadera<sup>(66)</sup> para establecer la existencia de CID.<sup>(67)</sup>

¿Cómo se procede en este caso? Parece necesario admitir que se juzga a las personas por las intenciones que uno **cree**<sup>(68)</sup> que tuvo la persona en ese momento, si en primera instancia no se dispone de la información que nos brinde las intenciones del propio autor.

---

(66) Véase GOLEMAN, Daniel. *La Psicología del autoengaño*. Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1997, p. 292 (traducido del original en inglés "Vital lies, simple truths", 1985): "Existe un impulso casi gravitatorio que tiende a alejar de la mente las realidades desagradables. Nuestra capacidad colectiva para enfrentar hechos dolorosos no es mayor que la individual. Nos desconectamos, nos apartamos, eludimos la realidad, y finalmente olvidamos, y olvidamos que hemos olvidado. Una laguna mental oculta la dura realidad..."

(67) No se puede obviar que ella se puede falsear, y hasta sea absolutamente necesario para la supervivencia falsearla. En este sentido los desarrollos en la Inteligencia Maquiavélica pueden dar una pertinente referencia y explicación de esta situación.

(68) En este punto es importante hacer una importante digresión: en la administración de justicia, más que en cualquier otro tipo de instancias sociales, es donde más claramente se observa el uso necesario de la creencia y no de la sabiduría (conocimiento certero) de un caso. Primeramente, se ve en la persona que averigua los hechos, que es el juez. El juez o jueza no puede ni debe conocer directamente los hechos. Por el contrario, le está prohibido saber los hechos del caso, dado que si sabe que paso, debe fungir en realidad como un testigo y no como un juez; y porque ese saber (que cualquiera pensaría que es hasta mejor) perjudica su posición de persona imparcial, objetiva y neutral. Por lo que en realidad la pertinencia de la verdad se ve aquí menguada por un criterio de recto proceder. Pero entonces qué es más importante aquí ¿la verdad o la correctitud? En este sentido, el juez o jueza precisamente deben actuar como sujetos a-científicos: no conocer ni saber directamente los hechos, sino que se los den por referencia. Segundo, las referencias que usa un juez o jueza son conocimiento de segundo orden: el juez sabe lo que le dicen, pero no sabe si eso es cierto o no. Un testigo puede mentir y aún así el juez le cree. El juez o jueza no tiene conocimiento directo (porque no revisa directamente las experiencias ni la memoria del testigo), sino que revisa lo que le dicen, pudiendo ser esto cierto o falso, total o parcial, disminuido o amplificado, de diversos grados e intensidades, e inclusive lo que es científicamente peor, re-creado, inventado, modificado, perturbado y hasta olvidado. La memoria

“...En las acciones de todos los días, se **espera** que el individuo reconozca la situación social en que se encuentra y que sea capaz de juzgar sus acciones desde la perspectiva de la persona ofendida. Por ello, cuando un individuo actúa en lo social, se **espera** de él que valore correctamente la situación y que adecue y valore sus comportamientos a las perspectivas de los demás. “Los demás” pueden ser individuos concretos o un “otro” general, en aquellos valores que la sociedad considera dignos de protección y que solamente de manera mediata se acoplan con un individuo concreto. Cuando las acciones de alguien chocan con la *reciprocidad de las perspectivas* que requieren las acciones sociales de todos los días, es valorado negativamente, porque no vio, no fue capaz de ver, las perspectivas de las acciones sociales y si actuó intencionalmente, demuestra con sus acciones y por la orientación de su conducta, **que los demás no le interesan...**”<sup>(69)</sup> (negrilla no es del original).

Ese conocimiento es importante para establecer los diversos grados de responsabilidad legal. El juzgamiento de un homo sapiens sapiens adulto se efectúa por una **analogía o auto-interpretación** institucionalizada. A uno lo juzgan por las intenciones, que las otras personas creen que uno tuvo en ese momento y realmente no por las propias.<sup>(70)</sup>

---

no es una cosa inmóvil y estable, precisamente es todo lo contrario, es un proceso dinámico, cambiante, parcial y que da relevancia solo a ciertos aspectos. Y aquí viene la tercera gran consideración: el mismo testigo no es un observador científico, es un observador ocasional, oportunista, que no mide, ni cuenta, ni califica todo lo observado, sino solo una parte, y que además está expuesto a todos los vaivenes emocionales, experimentales y a las limitaciones intelectuales que sus capacidades perceptivas le proporcionan. En síntesis: es muy correcto decir que en la administración de justicia realmente no se sabe lo que pasó, y es porque está en **esencia** no saber la verdad, solo creerla.

(69) GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco, *El dolo*, San José, Editorial Juritexto, 1999, p. 21.

(70) “Sin embargo, si reflexionamos sobre lo que hipotéticamente tratan de explicar nuestras representaciones mentales –a saber, ciertos rasgos de

Pero más asombroso aún es como bien señala Arce Arenales, todas estas representaciones presentan serios inconvenientes cognitivos:

“...Por regla general, ninguna de estas imágenes coincide con ninguna otra, y ninguna coincide con aquello que pretende representar...”

Así las representaciones<sup>(71)</sup> que tienen los individuos, y las representaciones que se tiene de dichos individuos, remotamente serán iguales.<sup>(72)</sup> Y ello se puede probar en el siguiente cuadro comparativo:

<b>En uno mismo</b>	<b>En los otros</b>	<b>Coincidencia</b>
$\alpha$ : La imagen de uno mismo	No existe imagen $\alpha$	Ninguna
No existe imagen $\beta$	$\beta$ : La imagen que los otros tienen de uno	Ninguna
$\chi$ : La imagen que uno <b>cree</b> que los otros tienen de uno	No existe imagen $\chi$	Ninguna
No existe imagen $\delta$	$\delta$ : La imagen que los otros <b>creen</b> que uno tiene de sí mismo.	Ninguna

---

nuestras capacidades cognitivas-, podemos inferir de forma plausible que la semántica de nuestro sistema mental de representación debe tener ciertas características. Preteóricamente, las capacidades cognitivas humanas tienen las tres propiedades siguientes: 1. Cada capacidad es *intencional*, es decir, incluye estados que poseen contenido o versan “sobre” algo. 2. En principio, todas las capacidades pueden ser *pragmáticamente evaluadas*, es decir, pueden ejercitarse con diferentes grados de éxito. 3. La mayoría de las capacidades son productivas, es decir, una vez que la persona posee la capacidad en cuestión, por regla general, está en posición de poder manifestarla en un número prácticamente ilimitado de nuevas maneras...” *Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas*, op. cit., vol. II, p. 1117.

(71) “Las representaciones no sólo representan algo, sino que representan algo de una cierta manera. Expuse cuatro criterios más al especificar que

Como se desprende ninguna representación o imagen es coincidente con ninguna otra. Y además obsérvese inclusive, que en los casos  $\chi$  y  $\delta$  ambas son creencias y no saberes (es decir, no son conocimientos indubitables), sujetos a una eventual y muy baja probabilidad de acierto.

Así en la práctica se suele dar por lo menos dos posibles resultados:

Que exista una **coincidencia** entre el CID del infractor y del juzgador, o bien que exista una **divergencia** entre el CID del infractor con respecto al juzgador.

Y, si por lo menos son 6 los estos psíquicos relevantes hay una probabilidad de 1/6 de acertar, es decir, 16.6%, y una probabilidad de 5/6 de fallar, es decir, 83.3%.<sup>(73)</sup>

Por lo anterior, además de que muchas, por no decir todas de nuestras representaciones tanto individuales como sociales, sobre las otras personas suelen ser falsas, porque son fantasías o ficciones proyectadas (de nosotros) sobre lo que creemos de los otros individuos, además hay un alto grado de probabilidad de fallar.

Por todo lo anterior, los resultados de estos malabares, cognitivamente hablando nunca tendrán, ni podrán tener jamás un sustrato veritativo real, de la manera como actualmente se siguen aplicando, ya que son muchas veces resultado de la mera casualidad,<sup>(74)</sup> o bien basado en la “psicología popular” de la mente.<sup>(75)</sup>

---

la relación de representación es asimétrica, singular, permite la representación errónea y capacita para la representación de entes inexistentes...” PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional...* op. cit., p. 54.

(72) “...más bien, la cuestión reside en que el significado que doy a las vivencias de otro no puede ser exactamente el mismo significado que les da el otro cuando proceso a interpretarlas...” SCHÜTZ, Alfred. *Op. cit.*, p. 129.

(73) Es como tirar exactamente un dado.

(74) Además la situación no se vislumbra prometedor dada otra particular peculiaridad cognoscitiva que presenta el campo jurídico: el problema que presenta dicho campo de estudio es la dicotomía que existe entre la **validez lógica** respecto de la validez jurídica, dado que puede darse

#### 4. La valoración de la prueba

A lo anterior se agrega una curiosidad de los procesos de juzgamiento y que es la forma de valorar la **prueba**<sup>(76)</sup> del CID. Ya que además, no siempre la mente se comportaba de la misma manera, ante los “hechos” de un caso. Suena extraño lo indicado últimamente, pero fue cierto en la práctica. Y observémoslo un ejemplo: “una persona mata a otra”.

la posibilidad de que NO exista la validez lógica pero si la **validez jurídica** en una decisión. ¿Cómo es posible ello? Esto es posible dado que la juridicidad de una decisión, no solamente la otorga la vinculación de las palabras, sino también elementos externos a la lógica como son la autoridad (socialmente constituida) y las formalidades de presentación de las decisiones, que permiten la existencia y consolidación de decisiones que pueden ser abiertamente ilógicas pero jurídicamente aplicables. Así en la relación de la lógica y el Derecho pueden darse cuatro tipos de resultados fruto de la coincidencia o no de la validez en cada uno de dichos campos, a saber:

1) validez lógica y validez jurídica	Coincidencia entre ambas
2) invalidez lógica e invalidez jurídica	Coincidencia entre ambas
3) validez lógica e invalidez jurídica	Incongruencia
4) invalidez lógica y validez jurídica	Incongruencia

Como se observa, en el campo jurídico se pueden dar dos posibles opciones [3) y 4)] que son abiertamente irracionales, pero jurídicamente posibles. Lo cual ha motivado, aunque parezca mentira, el descrédito de la Lógica en el campo jurídico, ya que se cree que la lógica falló o no se aplica, o que cuando se aplica no funciona en el Derecho. ¡Tal vez, haya que analizar inversamente el asunto y entender que puede ser el Derecho [concretamente los abogados] los que no saben, no sirven o no les gusta la lógica! Bien que mal, ello no quiere decir que porque no exista congruencia entre la lógica y el Derecho en el **50%** de los casos posibles, se tenga que dejar de lado el otro **50%** de los casos donde sí hay congruencia entre ellos, ya que precisamente son la mitad de las situaciones. Pero bueno, qué diferencia hay entre este resultado y arrojar una moneda al aire, para determinar quién ganó la apuesta.

(75) CHURCHLAND, Paul M., Op. cit. p. 113-114, explica la viabilidad de una construcción de teorías de la mente, mientras cumplan las funciones de predecir y explicar.

(76) La prueba es la información que corrobora la existencia de un hecho. No es el hecho mismo, sino datos que hacen referencia a ellos. Los vehículos que transmiten esa prueba se llaman medios de prueba. Así no es lo mismo un testigo que el testimonio de ese testigo.

<b>Tipo de CID</b>	<b>¿Quién prueba?</b>	<b>¿Qué prueba?</b>	<b>Prueba</b>
Intención presupuesta sin resultado	Acusado	Que no tuvo la intención	Confesión
Intención sin presuposición sin resultado	Acusador	Que tuvo la intención	Confesión
Resultado e intención presupuesta	Acusado	Que no lo hizo	Confesión y otras pruebas
Resultado e intención sin presuponer	Acusador	Que lo hizo	Confesión y otras pruebas

Ahora bien, piénsese que se agrega una quinta columna a este cuadro, donde se establece cómo se valora la prueba, así:

<b>Tipo de CID</b>	<b>¿Quién prueba?</b>	<b>¿Qué prueba?</b>	<b>Prueba</b>	<b>Valoración de la prueba</b>
Intención presupuesta sin resultado	Acusado	Que no tuvo la intención	Confesión (testigos accesoriamente)	<b>PROBADO</b> <b>NO PROBADO</b>
Intención sin presuposición sin resultado	Acusador	Que tuvo la intención	Confesión (testigos accesoriamente)	
Resultado e intención presupuesta	Acusado	Que no lo hizo	Confesión y otras pruebas	
Resultado e intención sin presuponer	Acusador	Que lo hizo	Confesión y otras pruebas	

Esta quinta columna lo que establece es el resultado de **probado** o bien **no probado** (la intención o resultado).

Cualquiera pensaría que ello es sencillo si se presenta la existencia de la prueba. Es decir, si en la primera fila, el acusado mediante una confesión expresa que no tuvo la intención de matar la persona, ello daría por resultado su inocencia, dado que hubo una confesión y así se “probó”. Pero ello no es cierto.

En este y en todos los demás casos, el juez o jueza tiene la posibilidad de considerar que ello no es suficiente. Y las razones por las cuales no se da ese *criterio de suficiencia*, son precisamente las que se establecen en los mismos sistemas legales cómo la manera por la cual debe valorarse las pruebas, como explicaremos a continuación.

Siguiendo con nuestro ejemplo, y para introducir la primera forma de valorar la prueba; en este primer caso donde ya el acusado confesó que no tuvo la intención de matar, el juez o jueza pudo señalar que su conciencia le dice que no es cierto lo dicho por el acusado, o bien, que su conciencia le dice que es culpable, o bien, que su conciencia le dice que el acusado miente.

Así en este primer sistema de valoración de la prueba denominado “*de conciencia*”, no era suficiente (de allí el criterio de suficiencia) la presentación o existencia del *medio de prueba*, sino que además había que agregarle el elemento de la convicción del juez, en razón de que su conciencia le dictaba que era lo que debía creer y lo que debía hacer.<sup>(77)</sup>

Evidentemente este sistema es muy subjetivo, en el sentido de dejar al mero arbitrio del juez o jueza (no la existencia de la prueba) sino su validez como prueba (lo que eventualmente redundaría en su “existencia legal” que no es lo mismo que su existencia física).

De igual manera se podía solicitar no tanto la valoración de la prueba a conciencia, sino la existencia de una cierta cantidad de testigos

---

(77) Existencia física es que existe, como por ejemplo un testigo. Pero existencia legal, es el reconocimiento que un juez o jueza le da en un proceso para probar un hecho. Así puede existir un testigo (físicamente existente), pero si no se presenta o no llega, no existe legalmente.

o medios de prueba.<sup>(78)</sup> Aquí no importaba si el juez o jueza creía o no lo dicho por los testigos, era suficiente la existencia de una cierta cantidad de testigos para probar el hecho. Era un cálculo matemático. No se permitía dudar de ellos, porque el sistema no es de conciencia, sino de sumatoria.<sup>(79)</sup>

Evidentemente en este sistema, gana quien consiga más testigos, no si estos dicen la verdad o no, y peor aún, no interesa si el mismo juez les cree o no. Dada la presencia de una cantidad de prueba, se probaba el hecho. Este sistema se llama de ***prueba tasada***.

Surge también históricamente un tercer sistema denominado ***sana crítica***. Que es el uso de la reglas de la experiencia, lógica y psicología. No es la valoración a conciencia, ni el sistema de prueba tasada, sino que hay ciertas reglas del sentido común, que enseña la experiencia, la lógica y la psicología, para dar por probado un hecho.

El inconveniente que tiene un sistema así, es la definición misma de dichas reglas: ¿cuál experiencia?, ¿cuál lógica?, ¿cuál psicología?, o si el juez o jueza tendrán experiencia, o conocimientos en lógica o

---

(78) Reitero normas del *Deuteronomio, capítulo 17, versículo 6*: “No se podrá ejecutar al reo de muerte más que por la declaración de dos o tres testigos; nadie será condenado a muerte por la declaración de un solo testigo.” Y más adelante en el capítulo 19, versículo 15: “Un solo testigo no basta para probar la culpabilidad de un hombre en cualquier clase de falta o delito que sea. La sentencia se apoyará en la declaración de dos o tres testigos, cualquiera que sea el delito.”

(79) Así actualmente en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 351 del *Código Procesal Civil* establece:

“Artículo 351. Admisibilidad. No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación. En tal caso toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado...”

Lo anterior significa que si yo hice un contrato por un valor de 10.000 dólares, y la suma mínima del recurso de casación es de 1.000 dólares, mis testigos solamente podrán probar hasta 100 dólares la existencia del contrato. Más de 100 dólares debo probarlo por un documento público o privado. Aunque tenga cien testigos del acto, todos y cada uno de ellos solamente tienen la potencia de probar 100 dólares.

psicología. Sobre estas reglas no hay un conocimiento intersubjetivo, ni precisión, ni rigurosidad. Hay un entendimiento del sentido común, muy vago y ambiguo; que si bien no raya con la absoluta arbitrariedad del sistema de conciencia, ni con el rigor matemático del sistema de la prueba tasada, si se nutre de las vaguedades y discrecionalidades interpretativas de tiene proceso semiótico. Y para ello se somete a los cinco son los principios que rigen toda interpretación jurídica:<sup>(80)</sup> el principio de multiplicidad, independencia, impermanencia, imposibilidad y el principio de selección. Todos ellos muestran que una norma (o cualquier texto o palabra en general) tiene básicamente tres posibles intenciones: la del autor, la del lector y la del “texto”.

Estas tres “lecturas” pueden ser idénticas y coincidir, o bien ser divergentes y hasta contradictorias. Como puede darse hasta un total de ocho posibles interpretaciones, esto evidencia una *multiplicidad* de sentidos. Ninguna de ellas depende de las otras para ser correcta o válida, por lo que son independientes entre sí. También históricamente se sabe que pueden variar [y de hecho varían!] con el paso del tiempo. Cada interpretación no es un objeto o cosa física, sino un producto del cerebro humano, una función mental y como tal, sometida a los cambios que sufre la mente humana, como variaciones en la forma de pensar, nuevos conocimientos adquiridos, exámenes más evolucionados y precisos, renovadas consideraciones y experiencias, etc. Ninguna de ellas permanece fija e inmutable. Por lo cual, las interpretaciones tampoco son *permanentes*. Así que realísticamente hablando, no es posible que ante tantos lectores como jueces, abogados, diputados, políticos, etc., se dé un único y verdadero significado, sino que se corrobora el principio de la *imposibilidad* de una única interpretación jurídica.

---

(80) GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. *Mitos y manías de la interpretación jurídica* en Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, N. 106, 2005.

## **CONCLUSIONES**

El juzgamiento de las acciones de las personas se efectúa de conformidad con las siguientes consideraciones:

- 1) El CID es esencialmente inaccesible por métodos directos de conocimiento.
- 2) Su existencia se evidencia por manifestaciones directas verbales o conductuales del sujeto, que no tienen que necesariamente corresponder con la realidad pensada.
- 3) Las manifestaciones externas del CID pueden ser ocultadas, disimuladas o tergiversadas.
- 4) Ante la actual imposibilidad de indagar las mentes de las otras personas, se inventa la creencia (ficticia) de presuponer el CID de un sujeto específico y su correcto conocimiento por parte de cualquier otra persona.
- 5) Dicha ficción no tiene otro objetivo que obligar a pensar y actuar a los individuos de una manera específica con lo cual se estandariza un solo tipo de pensamiento y comportamiento grupal que deben tener las personas, si quieren convivir en la tropa.
- 6) Este pensamiento generalizado cuando es incumplido, es impuesto por la persona juzgadora, con las ausencias científicas de corroboración de su existencia, y con la ayuda de los mecanismos grupales impuestos: esto es las presunciones o no del CID, creencia y no sabiduría de los hechos, las limitaciones de los medios de prueba, el posible acierto o error sobre la existencia del CID y la ponderación de la prueba misma del CID.
- 7) Este “pensamiento generalizado” tiene una función pedagógica y grupal, ya que organiza la convivencia en la tropa y disimula la preocupación real de nunca saber realmente cuál fue el o los estados mentales reales que tuvo el autor de un delito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Diccionarios**

*Diccionario Oxford de la mente*, dirigido por RICHARD L. GREGORY, Madrid, Alianza Editorial, 1995 (traducido del original en inglés *The Oxford Companion to the Mind*, Oxford University Press, 1987).

*Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas*, editores ROBERT A. WILSON Y FRANK C. KEIL, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2002, Volumen I (traducido del original en inglés *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Massachusetts Institute of Technology, 1999).

*Dictionary of Cognitive Science*, editor OLIVIER HOUDÉ, New York, Psychology Prees, LTD, 2004.

### **Libros**

ARCE ARENALES, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004.

\_\_\_\_\_. *Visitas al desván*. San José. Editores Alambique, 2002.

BENJAMIN MARTIN BLY AND DAVID E. RUMELHART (ed.) *Cognitive Science*, California. Academic Press, 1999.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu editores, cuarta edición en español, 1976 (Traducción de Silvia Zuleta de la edición en inglés "The Social Construction of Reality", New York, Doubleday & Company Inc., no indica año de publicación).

CALVIN, William. *A brief History of the Mind. From Apes to Intellect and Beyond*, Oxford, University Press, 2004.

CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1999 (traducido del original en inglés "Matter and Consciousness", Massachusetts, MIT Press, 1988).

DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1993.

DENNETT, Daniel. *La conciencia explicada*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995 (traducido del original en inglés "Consciousness explained", Little, Brown and Company, 1991).

- \_\_\_\_\_. *La actitud intencional*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998 (traducido del original en inglés *The Intencional Stance*, Massachusetts, MIT Press, 1987).
- ECO, Umberto. *Tratado General de Semiótica*. Barcelona, Editorial Lumen, 1977. También *Kant y el Ornitorrinco*, Barcelona, Editorial Lumen, 1997.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1953
- FREUD, Sigmund. *El malestar de la cultura*. México, Alianza Editorial Mexicana, 1989.
- GARDNER, Howard. *La nueva ciencia de la mente*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1987 (traducido del original en inglés *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books Inc., 1985).
- \_\_\_\_\_. *Mentes creativas*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. 1995 (traducido del original en inglés *Creating minds. An anatomy of Creativity*. Basic Books, 1993).
- \_\_\_\_\_ and Laskin Emma. *Mentes líderes*. Una anatomía del liderazgo. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998 (traducido del original en inglés *Leading Minds. An Anatomy of Leadership*, Basic Books, 1995).
- GLYNN Ian. *An Anatomy of Thought. The Origin and Machinery of the Mind*. New York, Oxford University Press. 1999.
- GOLEMAN, Daniel. *La Psicología del autoengaño*. Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1997 (traducido del original en inglés "Vital lies, simple truths", 1985).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco. *El dolo*. San José, Editorial Juritexto, 1999.
- GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. *Lógica jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003.
- HINTIKKA Jaakko. Saber y creer. *Una introducción a la lógica de las dos nociones*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1979 (traducido del original en inglés "Knowledge and belief", Cornell University, 1962).
- LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1996 (Traducción de Francese Ballesteros del original en alemán *Theorie des sozialen Handelns*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1992).

- MC CAWLEY, James. *Everything that Linguists have Always Wanted to Know about Logic\* but were ashamed to ask*. Chicago and London. The University of Chicago Press, 2nd ed., 1993.
- MICHELLE, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá. Editorial Temis. 1989.
- NOZICK (Robert). *La naturaleza de la racionalidad*. Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés "The nature of rationality", New Jersey, Princeton University Press, 1993).
- PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1994 (traducido del original en inglés Understanding the representational mind. Massachussets, MIT Press, 1991).
- RESCHER Nicolas. *La Racionalidad*. Madrid. Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés "Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason", Oxford University Press, 1988).
- ROSENTAL, David. *The Nature of Mind*. New York, Oxford University Press, 1991.
- SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*. Barcelona, Editorial Paidós, 1993.
- SMITH, Edward E. Concepts and Categorization in *An Invitation to Cognitive Science*, edited by Daniel N. Osherson and Edward E. Smith, Massachusetts, MIT, Vol. 3.
- SMULLYAN, Raimond. *Juegos por siempre misteriosos. Recorriendo los caminos abiertos por Gödel sobre la verdad y la probabilidad*, Barcelona, Gedisa editorial, 1995.
- STERNBERG, Robert J. *The Nature of Cognition*, edited by Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1999.
- THAGARD, Paul. *Mind. Introduction to Cognitive Science*. Massachussets, MIT Press, 1996.
- VON ECKARDT, Barbara. *What Is Cognitive Science?* Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1993.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigation*. Cambridge, The Macmillan Company, 1953.