



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Manrique, María Laura

Ignorancia deliberada y responsabilidad penal

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 40, 2014, pp. 163-195

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363633430008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

IGNORANCIA DELIBERADA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Willful Blindness and Criminal Responsibility

María Laura Manrique*

Resumen

En este trabajo pretendo mostrar que el derecho penal contemporáneo no ha encontrado todavía buenas soluciones a las dificultades conceptuales y normativas planteadas por los casos de ignorancia deliberada. Las dificultades surgen, en buena medida, al tratar de resolver estas situaciones mediante una herramienta equivocada: ampliando el concepto de dolo eventual. Este recurso conceptual intenta encontrar justificación para un castigo severo –el tipo de castigo paradigmáticamente ligado a los delitos intencionales–pero fracasa porque el dolo eventual requiere que exista conocimiento. En contraste con ello, sugiero que la ignorancia deliberada puede ser vista, en algunas situaciones, como una especificación del fraude de ley. Esta sería la razón por la que esta figura puede algunas veces parecer más grave que la imprudencia.

Palabras clave

ignorancia deliberada, error, imprudencia, dolo

Abstract

In this paper I show that contemporary criminal law has not yet found an adequate response to the normative and conceptual difficulties raised by willful blindness. In general, these problems stem from the use of a mistaken strategy: to analyze willful blindness in terms of *dolus eventualis*. This conceptual resource attempts to provide a justification for a severe punishment; a type of punishment paradigmatically attached to intentional crimes. However, this strategy fails because *dolus eventualis* mainly requires knowledge. For this reason, I suggest that, sometimes, willful blindness could be better understood as a specification of legal fraud. In these occasions, willful blindness is rightly seen as something more serious than mere negligence.

María Laura Manrique, CONICET (Argentina). Correspondencia: Rodríguez del Busto, 3410 Bº Alto Verde, 5009, Córdoba, Argentina. laura.manrique@conicet.gov.ar

* Agradezco a dos evaluadores anónimos, a Gabriel Pérez Barberá, a Hernán Bouvier, a Pablo Navarro y a los asistentes al Seminario de Filosofía Práctica del Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) por los comentarios a una versión anterior de este trabajo.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 163-195

Keywords

willful blindness, mistake, negligence, dolus

I. Introducción

La atribución de responsabilidad por ignorancia es un tema tradicional en filosofía jurídica y moral. En cierta medida, su atractivo filosófico deriva de la multiplicidad de aspectos que se entrecruzan en su análisis. Así, por ejemplo, podemos encontrar cuestiones conceptuales vinculadas con la determinación de los aspectos característicos del conocimiento y la ignorancia, como también cuestiones normativas ligadas al tipo y grado de reproche para el agente que obra con ignorancia o desconocimiento. En el plano conceptual, ya desde Aristóteles es usual distinguir entre diversos estados de cosas que pueden ser calificados como ignorancia.¹ En este sentido, la reconstrucción conceptual de la ignorancia tiene que analizar las conexiones y diferencias entre familias de situaciones como, por ejemplo, (a) hacer algo por ignorancia e ignorar lo que se hace, (b) creer equivocadamente que una proposición es falsa (o verdadera) y desconocer una proposición (Peels, 2011, pp. 349-351), etcétera.

A su vez, en el ámbito jurídico y moral es usual abordar los aspectos normativos vinculados a la ignorancia ya que existen categorías específicas –como la imprudencia inconsciente o el error– que influyen en la responsabilidad del agente por aquellas consecuencias que él no tuvo en cuenta. En estos casos, normalmente no existen dudas acerca de lo que el agente hace, pero encontramos razones en conflicto para evaluar su grado de responsabilidad.

La novedad en el campo del derecho penal es la creciente atención que los juristas dedican a una clase de situaciones que es genéricamen-

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro III Capítulo II. En cuanto a la discusión contemporánea tampoco es un tema novedoso. En el ámbito de la filosofía moral, autores de la talla de G. E. M. Anscombe o Michael Zimmerman han escrito importantes artículos dedicados a la ignorancia. Véase, por ejemplo, Zimmerman, 2008; 2002, pp. 483-490; 1997, pp. 410-426; Anscombe, 1963, pp. 393-401.

te denominada “ignorancia deliberada”.² Como ejemplo paradigmático de estos casos es usual mencionar a una persona A que traslada una maleta a cambio de dinero y cuando A pregunta cuál es el contenido de la maleta se conforma con la respuesta “mejor no lo sepas”, o directamente evita preguntar qué es lo que está transportando. Esta situación adquiere relevancia penal cuando descubrimos que A transporta una sustancia ilegal (estupefacientes, material radiactivo, dinero, bienes arqueológicos, etc.). La característica central de esta situación es la combinación de desconocimiento e intencionalidad.

Además, en la jurisprudencia y en la dogmática contemporánea existe una viva controversia sobre si la expectativa de obtener un beneficio económico es una característica constitutiva de la ignorancia que se pretende reprochar en el ámbito del derecho penal. Del mismo modo, también hay discrepancias sobre, entre otras cuestiones, el papel que juegan el grado de desconocimiento o los motivos para sospechar de la naturaleza ilícita de su acción. Más allá de estas discusiones acerca de las características definitorias de la ignorancia deliberada, las preguntas centrales en el plano normativo son:

a) ¿Debe responsabilizarse por dolo al agente que se puso voluntariamente en una situación de ignorancia para con ello sacar provecho de su desconocimiento, e.g., para esgrimir una excusa y así disminuir o evitar su responsabilidad?

b) Si la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, ¿cuál es el mejor modo de explicar que las situaciones de ignorancia deliberada merezcan la forma más grave de reproche, i.e., el reproche por dolo?

La respuesta más simple a estos interrogantes es atribuir responsabilidad a título de imprudencia. Después de todo, el agente no conoce (los aspectos penalmente relevantes de) qué es lo que está haciendo y,

² El tema ha cobrado impacto e importancia en la actualidad, sin embargo sus orígenes se remontan a 1861 en Inglaterra (*Regina v. Sleep*). Allí se acusaba al Sr. Sleep de una malversación de bienes de dominio público y aunque el desarrollo de esta figura se originó en el ámbito penal, actualmente se ha extendido su alcance a otras ramas del derecho, e.g., el derecho civil. Véase, por ejemplo, *Global-Tech Appliances vs. SEB S.A.* 131 S. Ct. 2060, 2072 (2011). Aquí la controversia era acerca de patentes mercantiles y en ella se afirmó que el demandante no tenía que probar que el demandado poseía algún conocimiento efectivo acerca de la infracción de la patente. Para un resumen y comentario de este caso, véase Walsh, 2011.

por ello, no es posible describir y explicar su acción a tenor de los elementos relevantes para la imputación penal.³ Sin embargo, existe una amplia gama de fenómenos en los que la ignorancia deliberada juega un papel fundamental y hay un creciente consenso –a nivel dogmático y jurisprudencial– en que es más importante subrayar el papel de la intencionalidad que el de la ignorancia. Así, en el derecho penal contemporáneo se pone especial énfasis en los casos de blanqueo de dinero, narcotráfico, evasión tributaria, daños al medio ambiente, violación de *copyright* a través de páginas de descarga de internet, terrorismo, participación criminal, etc. Con frecuencia, en estos casos, los imputados niegan su responsabilidad señalando que ellos desconocen lo que ocurre y alegan que prestan cooperación solo para acciones irreprochables. Por ejemplo, el propietario del sitio de internet señala que solo ofrece enlaces pero que no tiene control de los contenidos que se descargan e intercambian a través de su página.

La manera típica de descartar esta defensa es negar la supuesta ignorancia y, en general, ello significa asumir una regla probatoria sobre el dolo del agente, es decir, asumir que –a la luz de los beneficios que obtiene, la facilidad para informarse sobre los hechos relevantes, etc.– el agente *en verdad* conocía lo que se le reprocha. Por tanto, la razón para castigarlo a título de dolo es que se supone que el agente no está diciendo la verdad. Sin embargo, esta estrategia es incompatible con los fundamentos liberales del derecho (procesal) penal contemporáneo. De acuerdo con las reglas del debido proceso, el dolo es un fenómeno que tiene que ser probado y no puede ser asumido en contra del imputado. Por ello, la dogmática y la jurisprudencia se han visto en la necesidad de revisar los fundamentos de atribución de responsabilidad en casos de ignorancia deliberada. En lo sucesivo, daré por supuesto que en casos de ignorancia deliberada, el agente no miente acerca de su descubrimiento y, por esa razón, es necesario analizar qué tipo y grado de responsabilidad le corresponde.

³ Existe una enorme discusión sobre la naturaleza de la explicación de la acción. Sin embargo, hay un acuerdo generalizado en que para que una acción sea intencional lo debe ser al menos a tenor de alguna descripción (Davidson, 1976, pp. 118 y ss).

La estrategia más directa para resolver este problema es la reformulación de la noción de dolo. Esta solución es bien conocida ya que, con frecuencia, los dogmáticos revisan su(s) concepto(s) de dolo a efectos de proporcionar una justificación adecuada a situaciones que ellos consideran desafiantes. La revisión más importante se refiere al dolo eventual. Así, el ‘mal sabor de boca’ que provocan ciertas situaciones en las que el sujeto no intenta directamente producir el resultado típico llevó a que los dogmáticos expandieran el concepto de dolo para reprochar del modo más grave casos en los que el sujeto conocía la probabilidad de que su conducta ocasionase consecuencias disvaliosas. Finalmente, en la actualidad, conductas como la de quien no quiere saber cuál es el contenido de una maleta y, de hecho, desconoce su contenido, impulsa a los juristas a remodelar nuevamente el concepto de dolo, despojándolo de sus tradicionales elementos epistémicos y volitivos. En breve: tradicionalmente el dolo era concebido en términos de conocimiento y voluntad; luego, a los efectos de generalizar su aplicación, fue entendido como conocimiento; y en la actualidad el dolo no sería ni conocimiento ni voluntad.⁴

Esta perspectiva sobre el dolo abre numerosos interrogantes y desafíos que no pueden ser abordados en este trabajo y, por ello, me limitaré solo a la discusión de sus consecuencias para el problema de la ignorancia deliberada.⁵ En lo sucesivo abordaré dos clases de interrogantes. El primero es acerca de la *adecuación interna* de la idea de ignorancia deliberada y se refleja en preguntas como las siguientes: ¿hay diferentes tipos de ignorancia?, ¿en qué sentido la ignorancia deliberada es relevante para el derecho penal?, ¿de qué modo la ignorancia deliberada impacta en figuras como el error o la imprudencia? La otra clase de in-

⁴ Para una defensa expresa de que el dolo no es ni conocimiento ni voluntad véase: Pérez Barberá, 2011. Para un resumen de los puntos centrales de su trabajo, además de algunas críticas, véase Ragués, 2012.

⁵ Cuando sea necesario una referencia puntual a una teoría que reprocha gravemente la ignorancia deliberada más allá del conocimiento del agente utilizaré el trabajo, relativamente reciente, de Ramón Ragués *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Para Ragués, es preciso reprochar los casos de ignorancia deliberada a título de dolo y esa opción se justifica, básicamente, por la indiferencia grave a las normas del ordenamiento jurídico penal (Ragués, 2007, p. 193). Este excelente libro da un panorama general del estado de la discusión penal contemporánea sobre ese tema tanto en el ámbito continental como en el anglosajón.

terrogantes se refiere a la *adecuación externa* o justificación para reprochar la ignorancia deliberada como dolosa. Aquí surgen preguntas como: ¿cuál es el fundamento para reprochar del modo más grave estas situaciones?, ¿está justificado el reproche a título de ignorancia deliberada en un esquema liberal?, ¿qué papel desempeña la dogmática en la justificación de nuestros cambios normativos y jurisprudenciales? Estos interrogantes son de naturaleza heterogénea y aquí no intentaré dar una respuesta acabada a cada uno de ellos. Más bien, mi propósito es mostrar que hasta ahora no hemos encontrado buenas soluciones a las dificultades conceptuales y normativas que se presentan en los casos de ignorancia deliberada. En mi opinión, las dificultades surgen, en buena medida, de un error de enfoque, al tratar de resolver estas situaciones mediante herramientas equivocadas: ampliando el concepto de dolo. Por el contrario, defenderé que, en ciertas circunstancias, la ignorancia deliberada puede ser vista como una especificación del fraude de ley. Esta sería la razón por la que la ignorancia deliberada, en ciertas situaciones, parece más grave que la imprudencia y, adicionalmente, también ayuda a comprender dos cosas. Por una parte, que sin una reforma legislativa que regule expresamente el fraude de ley (o la ignorancia deliberada) no se pueden reprochar los casos de ignorancia deliberada de manera diferente a la imprudencia. Y, por otra parte, que aun si se equiparase expresamente el fraude de ley al dolo, en ciertas situaciones todavía contaríamos con buenas razones para reprochar a título de imprudencia en aquellos casos en los que el motivo para ignorar la naturaleza disvaliosa de la conducta no fuese el deseo de librarse del castigo.

II. Dolo, indiferencia e imprudencia

Antes de comenzar con el planteamiento específico sobre ignorancia y responsabilidad, es importante especificar tanto qué distingue al dolo de la imprudencia como también cuáles son las razones que justifican en el derecho penal contemporáneo el mayor grado del reproche del primero con respecto a la segunda. Este paso previo en el análisis tiene una indudable relevancia ya que ayuda a explicitar las razones que

tenemos para reprochar *penalmente* las conductas imprudentes (y no solo para obligar a reparar en el ámbito civil los daños causados). Además, si las razones para reprochar por imprudencia fuesen similares a las que tenemos para reprochar por ignorancia deliberada, se seguiría que no está justificado atribuir a esa forma de ignorancia el reproche más grave.⁶

a) *Imprudencia y dolo*

A pesar de la importancia de estos temas, la dogmática no ha llegado aún a acuerdos definitivos. Así, para Jescheck (1993, p. 264) el mayor reproche se da por la voluntad de realización presente en los delitos dolosos y no en los imprudentes. De modo similar, Roxin (1997, p. 425) afirma que lo que fundamenta la diferencia es que en un caso el agente se *decide* a actuar contra el bien jurídico y esto no ocurre en los delitos imprudentes.⁷ En síntesis, para estos autores la responsabilidad de la persona que comete un delito doloso es mayor que la que comete un delito imprudente porque la actitud interna que posee el sujeto con respecto al estado de cosas provocado es diferente (Díaz Pita, 1994, p. 301).

A diferencia de todos ellos, Ragués, siguiendo a Jakobs, entiende que el mayor reproche de las conductas cometidas con dolo se justifica por el diferente contenido expresivo que poseen los diferentes tipos de acciones (Jakobs, 1995, p. 313).⁸ Así, quien actúa con dolo expresa –mediante su acción– la negación de determinados valores que se comparten en una sociedad a través de las normas jurídicas. Por el contra-

⁶ Llama la atención una cierta asimetría en la discusión en filosofía moral y dogmática penal. Por ejemplo, mientras filósofos como Anscombe y Zimmerman están principalmente interesados en si está justificado reprochar las conductas de quien ignora lo que está haciendo, en la dogmática penal se asume que la conducta debe ser reprochada y se pretende atribuir responsabilidad del modo más grave.

⁷ También Stratenwerth, 1982, p. 94. Hay otra gran variedad de concepciones que intentan diferenciar el dolo de la imprudencia con diferentes características. No nos detendremos aquí en este análisis. Para un repaso de las teorías véase, por ejemplo, Puppe, 2010.

⁸ Para otras concepciones sobre la función de la pena y su relación con los elementos del delito véase, por ejemplo, Gardner, 2012; Peralta, 2012.

rio, el sujeto que actúa con imprudencia muestra su fracaso en la planificación de su vida. En el caso doloso hay una expresión de hostilidad o contrariedad al valor protegido, mientras que en el actuar imprudente no hay “rebeldía” o una negación de ningún valor. En los actos imprudentes el agente normalmente se pone en riesgo a sí mismo; por ello, está expuesto a sufrir una *poena naturalis* por su comportamiento y ello hace menos necesaria la imposición de una sanción jurídica.⁹

La noción de *hostilidad* como característica distintiva del dolo, sin embargo, es insuficiente para explicar por qué es plausible reprochar de manera grave a ciertas situaciones en las que, por ejemplo, el agente simplemente acepta las consecuencias previstas de su acción, sin intentarlas directamente (i.e., dolo eventual). Para ello, la dogmática penal complementa la idea de hostilidad con la de *indiferencia* ante los valores consagrados por la norma jurídica.¹⁰ Sin embargo, dado que la indiferencia admite distintos grados parece sensato distinguir el desafío a los valores protegidos por las normas jurídicas que representan los casos de *indiferencia leve* y los casos de *indiferencia grave*. Por ello, Ragués (2007, p. 179) correlaciona la indiferencia grave con el dolo y la indiferencia leve con la imprudencia.¹¹ En general, los casos de indiferencia grave son identificados a partir de determinados datos empíricos como el conocimiento u otros estados mentales del agente. Por ejemplo, habría indiferencia grave cuando el sujeto actúa a pesar de que tuvo una adecuada representación de que su conducta podía lesionar determinado bien jurídico. Por el contrario, habría indiferencia leve

⁹ En general, se considera que la pena también es un acto comunicativo, el cual es una reafirmación simbólica por parte del Estado de los valores o normas jurídicas infringidos por el agente (por ejemplo, Jakobs, 1995, p. 313; Jakobs, 1997, pp. 116 y ss.).

¹⁰ La noción de indiferencia ha ocupado un lugar importante en la dogmática. En particular Engisch desarrolló “la teoría de la indiferencia” para identificar los casos de dolo eventual (Roxin, 1997, p. 432). En la actualidad, por ejemplo, Jakobs identifica a la indiferencia como algo propio de la denominada “imprudencia dirigida” y, más tarde, lo identifica claramente como dolo. Aunque las situaciones de ceguera ante los hechos siempre le han parecido más graves que las situaciones típicamente imprudentes este autor ha modificado su percepción acerca de si el Código penal alemán limitaba o no la posibilidad de interpretar estas situaciones como dolosas. En un primer momento afirmaba que de *lege lata* seguía siendo imprudencia y en la actualidad los artículos que se refieren al error le parecen una dificultad “menor” para poder interpretar esas situaciones como dolosas (véase Jakobs, 1997; Jakobs, 2004).

¹¹ No analizaré en este trabajo si esta es una tesis mayoritaria o si, por el contrario, Ragués se aparta de las corrientes tradicionales.

cuando el sujeto no tuvo una representación correcta de la posibilidad –o ni siquiera se le ocurrió la posibilidad– de producir esa lesión.

Sin embargo, la explicación tradicional del dolo a partir de los componentes epistémicos y volitivos de la acción (conocimiento y voluntad) parece descartar que los casos de ignorancia deliberada puedan ser reprochados a título de dolo. Si la ignorancia (deliberada o no) excluye el conocimiento, entonces en los casos de ignorancia deliberada no está presente el elemento subjetivo paradigmático de las conductas dolosas.

Para evitar esta consecuencia Ragués desconecta los estados mentales de la definición del dolo. En su opinión:

...doctrina y jurisprudencia han optado por trazar el límite entre ambas situaciones...recurriendo a determinados datos psíquicos: ya sea una especial actitud interna (aceptación, conformidad) en el caso de las teorías volitivas o bien a un nivel cualificado de conocimientos, en el caso de las teorías cognitivas del dolo. Pese a ello, no cabe descartar que ciertos supuestos en los que no concurren los 'hechos psíquicos' tradicionalmente exigidos para el dolo *puedan ser valorados como la expresión de un grado equivalente de indiferencia*, como posiblemente sucede en algunos casos de ignorancia deliberada (Ragués, 2007, pp. 175-176).

A diferencia de las teorías tradicionales –que explicaban el dolo a partir de los elementos epistémicos y volitivos característicos de la acción– la propuesta de Ragués valora los estados mentales como un mero *indicio* para determinar el dolo ya que, en definitiva, lo relevante para la clasificación es la indiferencia de los agentes.

Es conveniente hacer un breve comentario sobre esta idea ya que los criterios para distinguir entre dolo e imprudencia se trasladarán luego al momento de incluir o descartar a la ignorancia deliberada como una forma de dolo.

Si la indiferencia es algo que puede estar presente tanto en situaciones dolosas como imprudentes y si los estados mentales no determinan cuándo y en qué medida se actúa bajo dolo o imprudencia, entonces: ¿cuál es, en verdad, el criterio propuesto? ¿De qué manera podemos constatar la indiferencia (leve o grave) si no es a partir de los estados

mentales del agente? Si estos estados mentales son solo *indicios*, nada impide que otros indicios inclinen en una dirección opuesta la balanza clasificatoria. Consideremos, por ejemplo, el caso de unos amigos que van en automóvil en una autopista a 110 km. por hora, aproximadamente. En un cierto momento, se produce una discusión y una de las mujeres, Yolanda, que está en los asientos traseros, grita: "ahora vais a morir todos". Se incorpora y gira el volante logrando que el conductor pierda el control del vehículo y se estrelle. Con estos datos, el fiscal solicita la condena de esa mujer por tentativa de homicidio. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona en su recurso de apelación (105/2005) señaló que

No consta acreditado que el volantazo efectuado por Yolanda estuviera presidido por el dolo de matar, ni siquiera por dolo eventual, sino por la culpa consciente... Si bien es cierto que profirió la frase "ahora vais a morir todos" realmente no se infiere que se planteara tal resultado, ni siquiera como posible, pues en esta frase no evaluó el hecho de que ella misma pudiese haber perecido en la maniobra.

El interés de este argumento radica en mostrar las dificultades que encierra la falta de criterios claros para clasificar los casos y la idea de que los estados mentales son apenas un indicio del modo en que hay que calificar la conducta. En este caso el dato que inclina la balanza para clasificarlo como imprudente es el peligro que corría para sí misma Yolanda al ejecutar tal acción. Para el tribunal, las expresiones del agente, que manifestaba sus deseos, junto con una conducta que era genéricamente idónea para lograr el resultado deseado, no constituyen una prueba suficiente de lo que se intentaba hacer. En breve, dado que (i) la indiferencia puede encontrarse tanto en situaciones dolosas como imprudentes y (ii) que los estados mentales son solo un indicio para calificar las conductas, todavía no contamos con un *criterio* para distinguir cuándo estamos frente a un comportamiento imprudente y cuándo frente a uno doloso.

b) Justificación del diferente reproche

Sin dudas, el análisis de la distinción entre dolo e imprudencia también exige explicar la razón por la cual merece mayor reproche la primera situación que la segunda. Una manera de abordar esta cuestión es mediante el análisis de la función que tiene el castigo en derecho penal.¹² Este tema es uno de los más complejos y ricos de la dogmática penal y no es posible introducirlo aquí ni tan siquiera de manera esquemática. El único modo plausible de abordarlo dentro de los límites que impone un breve ensayo es a partir de las ideas específicas de diferentes autores. Por ello, a efectos de mantener acotado el análisis sólo examinaré la propuesta de Ragués ya que ella resulta necesaria para comprender por qué –en su opinión– la ignorancia deliberada tiene que ser reprochada a título de dolo.

Ragués señala que las personas pueden ser consideradas en una doble faceta: primero como potencial infractor y, segundo, como persona que reclama protección. Así, el mensaje de la pena también es doble. Por un lado se dirige a quienes reclaman protección, ya que la pena contribuye a la pacificación social restaurando la vigencia de los valores que son puestos en duda por el agente al cometer el delito. Por otro lado, transmite el mensaje a quien infringe la norma de que utilizar medios ilícitos para conseguir sus objetivos está condenado al fracaso (Ragués, 2007, pp. 179-180).

De manera correlativa, las razones que justifican la diferencia de reproche entre dolo e imprudencia también son dos (Ragués, 2007, pp. 180-181). Primero, para que la sanción pueda reafirmar los valores en cuestión y contribuir a la pacificación del grupo social es necesario que se responda más severamente frente a la hostilidad que ante la mera indiferencia. Segundo, si la pena se dirige a frustrar al infractor, entonces es necesario aplicar consecuencias más graves sobre la persona que ha conseguido su objetivo ilícito. Así, quien actúa con dolo directo debe ser castigado de mayor manera que quien simplemente dañó un interés

¹² La discusión sobre las teorías del castigo es copiosa. Entre muchos otros, para una aproximación a las teorías sobre el castigo, véase, por ejemplo, Hart, 1968; Nino, 1980; Jakobs, 1997, pp. 3-77, Gardner, 2012, pp. 221-233; Husak, 2008; Hassemer, 1984.

protegido como consecuencia de su comportamiento, i.e., dolo eventual o imprudencia.¹³ De esto se sigue que los actos que reflejan indiferencia deben ser castigados de manera más leve que los actos que reflejan hostilidad.

De esta manera, la indiferencia no solo juega un papel determinante para comprender en qué se distingue el dolo de la imprudencia sino que también es esgrimido como una justificación del mayor reproche en casos de delitos dolosos. Por ello, no debe sorprender que Ragués, por ejemplo, admita que los casos de indiferencia grave tienen que ser castigados también de forma grave, i.e., los casos que caen bajo el rótulo de dolo eventual son castigados como casos de hostilidad (Ragués, 2007, p. 182).

Sin embargo, esta reconstrucción genera dos tipos de problemas. El primero es que la imprudencia consciente queda abarcada por los casos de indiferencia grave.¹⁴ El segundo es que la ignorancia deliberada tiene que ser vista como una excepción a la caracterización del dolo. Por ello dice Ragués:

Aunque la equiparación entre conocimiento e indiferencia grave puede ser válida en la gran mayoría de casos *cabe plantearse la posibilidad de que tal regla esté sujeta a excepciones y que determinados supuestos de falta de representación susciten, sin embargo, la misma necesidad de pena que los supuestos más clásicos de dolo eventual, precisamente porque en ellos se expresa un grado de indiferencia equiparable al que se observa en esta modalidad de dolo.* (Ragués, 2007, pp. 182-183)

En otras palabras, la regla “dolo=conocimiento” necesita una modificación para capturar la ignorancia deliberada. Sin duda, una regla puede tener excepciones, pero tampoco resulta controvertible que las excepciones dependen conceptualmente de las reglas. Si no hay reglas, entonces no tiene sentido preguntarse por sus excepciones. Las reglas

¹³ Un problema de esta fundamentación es que no explica por qué motivo castigamos en general los casos de tentativa, donde el sujeto no consiguió su objetivo ilícito, de modo más grave que los casos de su equivalente consumado imprudente.

¹⁴ Son casos donde el sujeto se representa adecuadamente el peligro o consecuencia dañina. No me detendré aquí en este punto.

conceptuales permiten correlacionar dos fenómenos (casos) y, al igual que otras reglas, ellas son *opacas* frente a sus razones subyacentes. Ello implica que la correlación que establece la regla no puede ser dejada de lado cada vez que las razones subyacentes inclinan la balanza en otra dirección. Si todas esas situaciones fuesen consideradas como “excepciones”, entonces en verdad, no habría una regla (Schauer, 1992). En definitiva, no se trata de si las reglas pueden tener excepciones sino de en qué medida contamos con una *regla* para distinguir entre imprudencia y dolo.

Una manera de mitigar el impacto de esta crítica sería estrechar la analogía entre indiferencia grave, ignorancia deliberada y dolo eventual. Así, el reproche a título de dolo por ignorancia deliberada no sería “tan excepcional” (i.e., no requiere introducir una excepción) ya que –bien mirado– esa forma de ignorancia sería como el dolo eventual. Para Ragués la indiferencia grave no requiere un conocimiento preciso de aquello frente a lo que uno se muestra indiferente. La indiferencia está ligada al desinterés del agente y una de las formas de mostrar desinterés frente a alguna circunstancia es ignorándola. Por ello, es crucial analizar si en los casos de ignorancia deliberada se puede encontrar el mismo grado de indiferencia, aunque no haya conocimiento, que en los casos de dolo eventual (Ragués, 2007, pp. 183-184).¹⁵

Sin embargo, la equiparación entre ignorancia deliberada y los casos de dolo eventual no está exenta de complicaciones. Aquí solo me interesa subrayar dos cuestiones. En primer lugar, y si se da por supuesto que tanto la ignorancia deliberada como el dolo eventual poseen la misma estructura, el argumento de que la ignorancia deliberada es asimilable al dolo eventual resulta un aliado débil para fundamentar la equiparación del reproche ya que, precisamente, en la dogmática existe cierta discusión sobre si el dolo eventual merece ser reprochado del

¹⁵ Es cierto que para Ragués no todo tipo de ignorancia deliberada merece ser reprochado como doloso. Sólo las situaciones más graves lo merecen. Para ello es necesario que exista: sospecha previa, persistencia de la decisión de desconocer, persecución de beneficios sin asumir riesgos propios y evitación de la responsabilidad (Ragués, 2007, p. 187). De todas maneras, la crítica se aplica a este tipo de casos. Este punto fue resaltado por un evaluador anónimo a quien agradezco el comentario.

mismo modo que los otros tipos de dolo.¹⁶ Es decir, se podría asumir que ignorancia deliberada y dolo eventual son estructuralmente similares y continuar sosteniendo que ambos merecen un reproche disminuido.

En segundo lugar, estas dos figuras se refieren a etapas o momentos diferentes en la estructura de la acción humana. En los casos del dolo eventual el sujeto sabe exactamente aquello que hace y de hecho quiere hacer lo que está haciendo, pero entiende que de esa acción es probable que se generen determinadas consecuencias dañinas que no desea. No hay ningún error de comprensión y la posibilidad de que una consecuencia dañina se produzca depende de cómo es el mundo y sus relaciones causales. Por otro lado, en los casos de ignorancia deliberada el agente no sabe si está realizando determinada conducta porque carece de información completa para saber y comprender aquello que está haciendo. Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de desconocimiento. Un ejemplo puede ayudar a aclarar la idea. María, que por ciertos motivos quiere mantener oculto el hecho de que acaba de dar a luz, pone a su hijo recién nacido en un armario y lo tapa con toallas para que sus padres –que imprevistamente llegan a visitarla- no escuchen el llanto de su hijo. Ella sabe que como consecuencia de ello su hijo puede fallecer. Finalmente, el niño fallece como consecuencia de ello. Para la dogmática este es un caso claro de dolo eventual.¹⁷ María sabe lo que está haciendo y quiere poner a su hijo en un armario, pero no quería que este se muriera. Supongamos ahora que María pone a su hijo en un bolso y se lo da a su amiga Ana para que ella lo guarde en un armario. Ante la pregunta de su amiga, María responde que es mejor que no lo sepa. La amiga sospecha que algo no va bien porque la ve muy nerviosa pero accede a “guardar el bolso”. Si eliminamos la consecuencia desagradable, ¿qué datos poseemos para identificar una acción diferente a guardar un bolso? Podría darse una inmensa cantidad de posibilidades y estamos incapacitados para identificar una acción de manera clara. Podría ser la de esconder un niño, la de esconder algún animal, la de guardar dinero, joyas o esconder droga, o, simplemente, la de guardar un bolso. En este caso Ana desconoce exacta-

¹⁶ Por ejemplo, Bustos Ramírez sostiene que el dolo eventual merece un reproche menor que otras formas de dolo (Bustos Ramírez, 1984, p. 44). Al respecto, véase también Manrique, 2012.

¹⁷ Ésta es una reformulación de un ejemplo tomado de Díaz Pita, 1994, p. 42.

mente aquello que está haciendo. Por supuesto, ello también la lleva a desconocer las consecuencias de lo que hace. A su vez, si suprimimos la consecuencia dañina puede que incluso en el caso del dolo eventual entendamos que María puso en riesgo a su hijo. Pero, si suprimimos las consecuencias en el accionar de Ana no tenemos ningún rasgo que se pueda utilizar para atribuir responsabilidad. Por decirlo de otro modo, sin las consecuencias no hay acción que se pueda reprochar. Ello, aparte de tornar imposible la figura de la tentativa en estos casos, es una muestra de que habría una cierta disposición a reprochar objetivamente (o por las consecuencias) cierto tipo de sucesos.

III. El concepto de ignorancia deliberada

En la sección anterior he tratado de mostrar las dificultades para clasificar a la ignorancia deliberada en las categorías de dolo o imprudencia. En parte estas dificultades surgen de la heterogeneidad de situaciones a las que aplicamos el rótulo ‘ignorancia deliberada’. Sería prudente no asumir que todas ellas puedan ser clasificadas siempre dentro de la misma categoría, e.g. como dolo. Hay una gran variedad de definiciones de ignorancia deliberada que han sido propuestas por diferentes autores y cada una de estas concepciones subraya distintos aspectos de los casos paradigmáticos como claves o decisivos para la explicación del concepto. Por ejemplo, para Jakobs,

Imprudencia dirigida a un fin es aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo, porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él (Jakobs, 1997, p. 138).

A su vez, la propuesta de Ragués se diferencia en parte de la denominada “ceguera ante los hechos” porque en esta última situación el agente solo desconoce por ignorante o desconsiderado, etc., pero no porque intencionalmente quiera quedar impune. Para este autor, los casos de ignorancia deliberada que merecen la misma respuesta que los casos cometidos con dolo eventual son aquellos en que el agente:

...realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades... (Ragués, 2007, pp. 192-193)

Así, podría sostenerse que está justificado reprochar la ignorancia deliberada de la misma forma que los casos de indiferencia grave a quienes se encuentren en las siguientes situaciones: (i) hubiesen tenido sospecha previa acerca de la naturaleza ilícita de la conducta, (ii) hubiesen persistido a lo largo del tiempo en su decisión de desconocer los hechos, (iii) hubiesen pretendido evitar a partir de su desconocimiento la atribución de responsabilidad y (iv) hubiesen pretendido obtener beneficios sin asunción de riesgos propios (Ragués, 2007, pp. 184-192).

Sin duda, esta reconstrucción captura casos paradigmáticos reprochados como ignorancia deliberada. Sin embargo, las notas características de este concepto están abiertas a debate en la teoría penal contemporánea. Y, aunque existe una gran variedad de caracterizaciones sobre qué es ignorancia deliberada, puede ser útil dividir estas concepciones en dos tipos básicos: entre aquellas concepciones que dan relevancia a los motivos y aquellos que niegan importancia a la razón de la ignorancia. El caso *United States vs. Heredia* ejemplifica la utilidad de la distinción.¹⁸

Heredia había accedido a llevar en el coche a su madre y su tía junto con sus dos hijos. El coche era de la tía. Al entrar al vehículo Heredia percibe un fuerte olor a detergente y su tía le dice que el olor es porque se le volcó desinfectante unos días atrás. La explicación no le pareció convincente a Heredia. Mientras iba conduciendo Heredia notaba que tanto su madre como su tía actuaban de modo extraño. Heredia sabía que el novio de su madre consumía drogas y que ellas, en ocasiones, poseían

¹⁸ La siguiente reconstrucción sigue al análisis aparecido en la revista *Harvard Law Review*, 2011, pp. 1245-1252, en la sección “Recent Cases” en un comentario sin firmar. Por tanto, en adelante, las referencias a este trabajo serán del siguiente tipo: (Recent Cases, 2008, p. 1246).

grandes cantidades de dinero en efectivo. En ese momento Heredia comenzó a sospechar que había drogas ilegales en el coche. En un puesto de control los agentes alertados por el olor a detergente encontraron 350 kilos de marihuana en el maletero. Heredia fue detenida y acusada de poseer, a sabiendas, sustancias de contrabando con intención de vender. Heredia es condenada y recurre la decisión del jurado por entender que había un vicio en la instrucción que se le dio a los mismos al momento de decidir su situación. La instrucción era que debían condenar si encontraban que la imputada era consciente de la alta probabilidad de que hubiese drogas en el vehículo y deliberadamente evitó averiguar la verdad (Recent Cases, 2008, p. 1246).¹⁹

El caso *Heredia* es importante en la jurisprudencia norteamericana porque marca un cambio en los requisitos necesarios para aplicar la ignorancia deliberada. Este caso, sin embargo, no posee interés solo para la cultura jurídica de ese país sino que refleja con claridad aspectos centrales de la discusión sobre la ignorancia deliberada, que no han pasado desapercibidos para la dogmática continental. El caso *Heredia* también es útil para comprender cuestiones relativas a las prácticas procesales e interpretativas norteamericanas, pero en lo sucesivo limitaré mis comentarios únicamente a los aspectos conceptuales de la discusión.

Hasta el 2007, en general, los tribunales seguían los lineamientos establecidos por el caso *United States vs. Jewell*.²⁰ Los requisitos establecidos por la decisión de la mayoría en *Jewell* para aplicar la figura de la ignorancia deliberada eran: (a) sospecha de la alta probabilidad de que el agente estuviese cometiendo un delito, (b) evitar deliberadamente confirmar la sospecha y (c) que la ignorancia deliberada estuviese motivada por el deseo de evitar la responsabilidad penal.²¹ A partir de 2007 en *Heredia* se anula el requisito (c), i.e. que el motivo para

¹⁹ El caso *United States v. Heredia* llega al 9º Circuito en dos ocasiones. En 2005 los magistrados fallan a favor de la imputada y en el 2007 vuelven a analizar el caso *en banc*, pero resuelven en esta ocasión en contra de la imputada.

²⁰ 532 F.2d 697, 9º Circ. 1976, *en banc*.

²¹ A pesar de que en general los tribunales afirmaban seguir el precedente establecido en *Jewell* había diferencias de interpretación sobre los lineamientos establecidos en ese caso, especialmente se discrepaba acerca de si ese precedente incluía o no la necesidad de tener en cuenta los motivos por los cuales el agente permaneció en ignorancia.

permanecer en ignorancia sea el de evitar la responsabilidad penal (en adelante, por razones de simplicidad, “el requisito de los motivos”). Es fácil advertir que la diferencia en la decisión de *Heredia* (absolución en el 2005 y condena en el 2007) está directamente vinculada a la relevancia de los motivos para la ignorancia.

En mi opinión, la decisión final en el caso *Heredia* (2007) es censurable. Si se elimina el requisito de los motivos, entonces una gran variedad de casos que son intuitivamente diferentes quedan incluidos en la misma categoría, perdiendo sensibilidad en nuestro análisis. En otras palabras, al no tenerse en cuenta los motivos, las razones para el reproche parecen fragmentarse en las siguientes opciones: (a) la equiparación de la ignorancia voluntaria con el dolo, ya sea porque se expande el concepto de dolo para incluir la ignorancia deliberada, o bien porque se atribuyen a ambos fenómenos las mismas consecuencias;²² (b) la equiparación de la ignorancia deliberada con la imprudencia ya que el agente desconoce los aspectos relevantes de su conducta. Sin embargo, como he señalado anteriormente, estas opciones parecen insuficientes para dar cuenta de manera razonable de todas las situaciones de ignorancia deliberada. Sencillamente, no parece adecuado resolver este problema a “todo o nada”: *algunos* casos de ignorancia son evidentemente similares a complejas acciones dolosas mientras que *algunos otros* casos tienen una indudable semejanza con la imprudencia.

Un punto de partida diferente es recuperar la relevancia de los motivos. Ésta es la alternativa seguida por David Luban (1999). Para él, los motivos poseen una gran relevancia práctica y por ello hay situaciones donde el ignorante deliberado debe ser reprochado del mismo modo que quien conoce, otras veces de modo más grave (i.e., como si lo hubiera intentado) y, por último, hay situaciones donde el agente merece menor reproche que quien conoce.

Luban caracteriza estas situaciones de un modo gráfico, diferenciando entre los comportamientos similares a los de zorros y avestruces. En

²² Con frecuencia, los sistemas jurídicos introducen una amplia variedad de técnicas para asimilar situaciones diferentes. Así, las definiciones legislativas y jurisprudencias, las presunciones y las ficciones jurídicas cumplen con este papel. Para la relevancia de estas técnicas en el derecho, véase: Mendonca, 2002, pp. 399-412; 2003; Alchourrón *et al.*, 1991, pp. 439-464.

el primer caso, el agente (los zorros) se guía por decisiones estratégicas, manipulando el contexto para evitar en la mayor medida posible la atribución de responsabilidad. Por el contrario, otros agentes –por miedo o debilidad de la voluntad– prefieren no enfrentarse a situaciones difíciles (el aveSTRUZ). En su opinión, un análisis completo de estos comportamientos (zorros y aveSTRUZES) requiere desdoblar a la ignorancia deliberada en dos momentos. En primer lugar, cuando el agente realiza maniobras para evitar conocer aquellas circunstancias que no desea (*screening actions*) y, en segundo lugar, acciones de las que el agente no sería penalmente responsable en caso de haber sido legítimamente ignorante (*unwitting misdeed*) (Luban, 1999, pp. 969-970). El defecto de los enfoques usuales es precisamente que suprime del análisis el primer grupo de acciones y, por consiguiente, no pueden distinguir entre zorros y aveSTRUZES.

La plausibilidad de este enfoque queda de manifiesto en situaciones en las que el agente cuenta con una legítima razón para la ignorancia. Por ejemplo, supongamos que a un individuo X le exigen transportar una maleta y lo amenazan con dañar seriamente a su familia en caso de que la abriese. ¿No sería plausible sostener que X no debe ser castigado? En este caso, X desconoce el contenido de la maleta y sus sospechas acerca del eventual contenido ilícito que transporta son insuficientes para atribuirle responsabilidad ya que la amenaza grave y probable que enfrenta constituye una defensa (excusa, justificación, etc.) jurídicamente admisible. En otras palabras, sus *motivos* –el propósito de evitar un grave daño a su familia– ofrecen razones legítimas para evitar la responsabilidad.

De manera similar, los motivos también son relevantes para determinar el diferente grado de reproche en situaciones donde el agente no puede evitar su responsabilidad. Así, si los motivos son determinantes para excluir completamente la responsabilidad, no hay inconveniente en que, en algunas situaciones, ellos sean relevantes para disminuir el reproche. Por ejemplo, la razón que invoca Heredia para descartar su ignorancia es que se encontraba transitando por una autopista en la que no había razonables garantías para detenerse. En otras palabras, Heredia no revisa el auto para colocarse en una situación jurídicamente ven-

tajosa sino porque teme por su seguridad personal. Probablemente, los argumentos de Heredia no fuesen convincentes, y por consiguiente, el jurado descartase esa defensa. En este caso, la lógica de la situación parece implícitamente respaldar la relevancia de los motivos: si el jurado *hubiese* creído en las razones invocadas por Heredia es plausible suponer que no *hubiesen* decidido en su contra.

Sin embargo, podría señalarse que el centro del debate no gira en torno a la verosimilitud de la declaración de Heredia sino acerca de qué podía tener en cuenta el jurado para su decisión. En otras palabras, ¿podían valorar los motivos que Heredia tenía para su ignorancia deliberada? O, por el contrario, ¿era suficiente que se acreditase la ignorancia deliberada? Estos interrogantes reproducen el problema central: la relevancia de los motivos.

Dejando de lado la cuestión acerca de si existe o no una disposición jurídica específica que imponga o excluya la necesidad de tener en cuenta los motivos para la ignorancia deliberada, es conveniente analizar qué justificación podría invocarse para descartar a esos motivos. Sin dudas, la persecución penal sería más simple si el Estado no tuviese que probar un estado mental específico para obtener una condena en virtud de la ignorancia deliberada. Sin embargo, ello sería similar a sostener que el Estado, en virtud de exigencias de simplicidad probatoria, no tiene necesidad de probar la voluntad de ejecutar (o el conocimiento de la probable realización) del resultado típico. Por supuesto, que el Estado *debe probar* que la ignorancia fue *deliberada* y, por esa razón, podría generarse la ilusión de que la persecución penal no se desentiende de la prueba de los estados mentales. Pero, parece incoherente que estos estados sean relevantes para calificar la ignorancia y, al mismo tiempo, negarle relevancia para determinar el grado de responsabilidad. Más aún, en un discurso moral pleno -es decir, que no se encuentre limitado por razones jurídicas formales y sustanciales- no parece adecuado excluir de antemano razones que pueden inclinar la balanza del mérito o el reproche. Así, ¿por qué razones intuitivamente valiosas -y por ello reconocidas ampliamente en el ordenamiento jurídico-, como la seguridad personal, no cuentan para graduar el reproche por ignorancia deliberada?

En definitiva, como ocurre con muchos otros conceptos de nuestras redes teóricas, la ignorancia deliberada puede ser *modelada* (Von Wright, 1963, p. 4) de diversas maneras. Mientras las propuestas tradicionales (e.g., Ragués, Jakobs) tratan de delinear un concepto útil para reprochar de manera similar al dolo, he tratado de mostrar, en cambio, que es preferible un concepto de ignorancia deliberada que no nos obligue a resolver estas situaciones como si todas fuesen casos de comportamientos dolosos. En particular, he argumentado que los motivos para la ignorancia deliberada –ya sea que formen parte o no de las características definitorias del concepto– tienen que ser tenidos en cuenta para determinar el grado de responsabilidad de los agentes.

IV. La ignorancia deliberada y su adecuación a los sistemas jurídicos particulares

En las secciones anteriores he analizado en qué medida la noción de indiferencia sirve para (i) distinguir entre dolo e imprudencia y (ii) caracterizar a la ignorancia deliberada. En general, he señalado que la clave para comprender este último fenómeno radica tanto en advertir que no estamos frente a un único problema como también en enfatizar la importancia de las motivaciones de los agentes para colocarse deliberadamente en situación de ignorancia. En este sentido, mi análisis ha permanecido principalmente en un plano conceptual. Sin embargo, también es importante esclarecer en qué medida nuestros conceptos de ignorancia deliberada encuentran fundamento en los sistemas jurídicos contemporáneos. Al igual que en las secciones anteriores, en lo que resta de este trabajo utilizaré el análisis de Ramon Ragués como eje de la discusión.

La imputación subjetiva de la conducta en derecho penal está estructurada, en códigos como el español o el argentino, en función de dos conceptos: dolo y error. Siguiendo esta estructura debe analizarse, por un lado, si quien actúa con ignorancia deliberada actúa dolosamente según el Código penal español y por otro lado debe analizarse si quien actúa con ignorancia deliberada actúa de manera errónea o equivocada. Dado que dolo y error son mutuamente excluyentes, si la ignorancia

deliberada fuese una forma de error entonces esa forma de ignorancia sería también incompatible con el dolo.

a) El error

La noción de error en derecho penal guarda relación con el significado ordinario de ese vocablo que se refiere al “concepto equivocado o juicio falso”, “acción desacertada o equivocada” y “cosa hecha erradamente”. En general el término “equivocar” significa “tener o tomar algo por otra cosa, juzgando u obrando desacertadamente” y, por último “falso” es “aquello incierto o contrario a la verdad”. Para Ragués, estas definiciones no se oponen a que se entienda que en los casos de ignorancia deliberada no hay error y su principal argumento pareciera ser que *no puede errar aquel que no tiene interés en conocer*. Por consiguiente, el agente que no pretende conocer no puede equivocarse con su ignorancia ni emite un juicio falso puesto que no intenta realizar juicio alguno (Ragués, 2007, p. 197). Ello muestra que

...no ha de existir ningún impedimento insuperable en la vigente letra de la ley para diferenciar entre ignorancia y error y que, por supuesto, no existe problema de ningún tipo en tratar, como aquí se propone, estos dos conceptos como realidades distintas que, según los casos, pueden acarrear consecuencias jurídicas diferenciadas (Ragués, 2007, p. 198).

No es posible abordar aquí detalladamente las teorías del error en derecho penal.²³ De todos modos, supongamos la siguiente situación: Juan se acerca a Hugo y le ofrece cierta cantidad de dinero para trasladar una maleta. Hugo sospecha que hay algo raro en la situación. Dado que él conoce a Juan, piensa que puede ser droga, pero finalmente descarta esa idea. Hugo es interceptado por la policía y cuando le preguntan qué hay en la maleta dice: “En verdad, tuve la sospecha de que era droga pero *realmente no lo sabía*”. Al abrirla se encuentran con que era una estatuilla de alto valor arqueológico y económico. ¿Conocía Hugo el contenido de la maleta? Claro que no ¿Estaba en error sobre esa si-

²³ Para una aproximación general a las cuestiones de error, véase, por ejemplo: Frisch *et al.*, 1999; Manso Porto, 1999, pp. 47-79.

tuación? La respuesta es afirmativa ya que tenía una creencia falsa sobre el contenido de la maleta. Puede ser que el error sea injustificable, ya sea porque era muy fácil detectarlo o porque le convenía mantenerse en ese estado (i.e., en ignorancia), pero esto todavía es compatible con estar equivocado acerca de la situación. Tal vez, el agente *debería* haberse informado del contenido de la maleta antes de aceptar el encargo, pero ello no dice nada acerca de la relación entre ignorancia y error. Brevemente, es posible que ciertas formas de ignorancia no sean una forma de error, pero todo el que yerra sobre la verdad de una proposición ignora cuál es la situación correcta. Por ejemplo, un agente puede ignorar completamente qué es lo que dice la “conjetura de Goldbach” y, por ello, carece de opinión acerca de su verdad o falsedad. En este caso, el agente ignora pero no yerra. Si todos los casos de ignorancia deliberada fuesen como este, entonces el argumento de Ragués tendría mayor impacto. Pero, como muestra el contra ejemplo arriba mencionado, en otras situaciones es posible ignorar deliberadamente y, al mismo tiempo, equivocarse sobre la situación.

En esta sección he intentado mostrar que ignorancia y error no son incompatibles, pero de ello nada se sigue acerca de la responsabilidad del agente que ignora deliberadamente una cierta situación. Bien podría ocurrir que nuestras teorías y la legislación otorgasen un peso específico a la ignorancia deliberada con independencia de sus conexiones con el error. De igual manera, aunque esa forma de ignorancia fuese incompatible con el error tampoco se sigue nada acerca de la relación entre ignorancia deliberada y el dolo. Al respecto, Ragués advierte esta dificultad y trata de señalar por qué razón la ignorancia deliberada puede ser reprochada como dolo. En las próximas páginas analizaré ese argumento.

b) El dolo

Ragués deja claro que la tarea de la dogmática es diferente según el legislador haya o no formulado expresamente definiciones acerca de los conceptos que utiliza. Para él, cuando el legislador no introduce definiciones, el dogmático tiene libertad para remodelar los conceptos.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 163-195

Por el contrario cuando existen definiciones explícitas, la tarea del dogmático se reduce y queda limitada.

El Código español, al igual que muchos otros códigos, menciona al dolo pero no lo define. Por ello, la dogmática y la jurisprudencia penal han tomado a su cargo la elaboración de sus características paradigmáticas.²⁴ Dado que no hay una definición de dolo en el Código Penal español, Ragués acude al *Diccionario de la Real Academia*. Esta referencia parece reflejar algo más que un mero interés lexicográfico y puede ser relacionada con una cierta concepción del lenguaje del derecho: si el legislador no define las palabras que utiliza, entonces ellas han sido empleadas en su acepción ordinaria. Un buen indicio de los usos ordinario del lenguaje es, precisamente, el *Diccionario de la Real Academia*. Allí se recogen dos acepciones de “dolo”. La primera dice “engaño, fraude o simulación”. La segunda es “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”. Para Ragués, es obvio que esta segunda acepción no proviene del lenguaje común sino que, por el contrario, tiene un carácter jurídico. Descarta que la primera acepción sea útil por ser demasiado estrecha y porque ha sido modificada (ampliada) a lo largo del tiempo por los juristas. En su opinión (Ragués, 2007, pp. 194-195):

Este fenómeno sólo se explica porque el sentido de conceptos técnicos como el de dolo, que apenas se utilizan en el lenguaje cotidiano o en contextos extrajurídicos, *se halla enteramente a disposición de la disciplina científica competente para que sea ésta quien profile sus contornos* [...] la sociedad confía a los juristas que sean ellos quienes decidan qué debe entenderse por dolo.

La conclusión para este autor es que, dado que la delimitación del concepto de dolo, al igual que otros términos especializados, está totalmente en manos de los juristas y que la única limitación es que las con-

²⁴ La discusión sobre el dolo es central en la teoría del delito. Es difícil encontrar alguna teoría de derecho penal clásica o contemporánea que no presuponga alguna concepción específica en este tema. Para una presentación general de esta discusión, véase, por ejemplo, Roxín, 1997; Pérez Barberá, 2011; Ragués 1999.

secuencias de tal creación sean aprobadas por el propio sistema creado por ellos, no se infringe la legalidad si se decide incluir los casos de ignorancia deliberada como dolosos (Ragués, 2007, p. 195).

Vale la pena llamar la atención sobre el comentario de Ragués (2007, pp. 194-195) de que “la sociedad confía a los juristas que sean ellos quienes decidan qué debe entenderse por dolo”. Hubiese sido adecuado respaldar esa afirmación con algún tipo de evidencia o argumento. Después de todo, parece claro que, como una cuestión de hecho, nadie eligió a los juristas, ni delegó en ellos facultad alguna, para que decidieran acerca de qué tipo de conductas son reprochables o cuándo el Estado está justificado en intervenir en nuestros bienes básicos. A su vez, no hay algo así como una escuela que unifique a los juristas ni siquiera hay una posición que de hecho sea unánime acerca de ningún tema jurídico de trascendencia (Manrique *et al.*, 2011, pp. 95 y ss.). En resumen, no habría que asumir que la dogmática posee autoridad alguna para modificar las normas o consecuencias normativas generadas o asumidas por el legislador.

Es conveniente señalar que la escasa, por decirlo de algún modo, referencia a indicios empíricos sobre la delegación del trabajo de reformulación conceptual que la sociedad realiza a favor de la dogmática tampoco puede disimular la diferencia crucial entre “la sociedad” y “el legislador”. En verdad, poco importa que la sociedad apruebe o desapruebe la tarea de la dogmática ya que las decisiones penales no tienen que justificarse en ese punto de vista social sino exclusivamente en las normas formuladas por el legislador penal. En este sentido, el argumento de Ragués debería mostrar una remisión legislativa expresa a las opiniones de la dogmática. Esta delegación legislativa no se puede inferir del mero hecho de que el legislador no se oponga mediante normas expresas al impacto jurisprudencial que causa el desarrollo dogmático.²⁵

²⁵ Este enunciado contrafáctico es el que afirma la mayoría en la revisión del caso *Heredia* cuando señala que su interpretación de las decisiones legislativas son correctas porque el legislador ha revisado en diversas ocasiones la normativa relevante y no ha introducido cambio alguno a la línea jurisprudencial desarrollada sobre la ignorancia deliberada.

En definitiva, la legislación y la dogmática operan en planos diferentes. Por ello, no tiene sentido afirmar que la dogmática está limitada por la legislación o que la legislación está subordinada al desarrollo dogmático. En la medida en que la dogmática pretende dar cuenta de las normas formuladas por el legislador penal tiene que *describir* esas pautas de conducta y explicar el sentido de las expresiones utilizadas a la luz del significado atribuido por el legislador (ya sea que este sea el significado ordinario o uno novedoso introducido mediante definiciones explícitas). Pero esta tarea descriptiva no es la única función que desarrolla la dogmática ya que ella proporciona una valiosa base crítica para ajustar la legislación a nuestras expectativas políticas y morales.

¿Qué sucede en aquellos sistemas jurídicos donde se introdujo una definición de dolo que exige el conocimiento? Por ejemplo, el artículo 22 Código Penal colombiano dice:

La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.²⁶

Sin duda, esta definición convierte en problemática la equiparación entre dolo e ignorancia deliberada ya que, para bien o para mal, el dolo requiere conocimiento. Frente a este tipo de situaciones, Ragués destaca que las definiciones explícitas de dolo como conocimiento generan una “laguna legal” (es decir, la ignorancia deliberada *escapa* al reproche por dolo). En esa ocasión se necesitan ‘reformas legales lentes y costosas’ para incorporar los avances de la disciplina (Ragués, 2007, pp. 196-197).²⁷

²⁶ Agradezco el comentario de un evaluador anónimo, quien impidió que el comentario se hiciera sobre un artículo que no está actualmente vigente.

²⁷ Creo que Ragués tiene razón al decir que debe realizarse una reforma legislativa, tal vez también sea aconsejable incluso en los casos donde el legislador no se comprometió con una concepción del dolo, pero no por la razón que el esgrime. No es que en este caso haya una “laguna legal”. Hay una solución pero el límite que impuso el legislador nos parece que soluciona de modo inadecuado los casos. Ya sea porque hay una propiedad que nos parece que debería contar y no cuenta o, a la inversa, hay una propiedad relevante según el criterio del legislador que nos parece que no debería contar para resolver los casos, e.g., el conocimiento no

Este argumento de Ragués no puede ser detalladamente examinado aquí ya que presupone importantes cuestiones acerca de la función de la dogmática y su relación con la legislación y la jurisprudencia. Por ello, aquí solo señalaré, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, que las definiciones legales explícitas dan mayor certeza a la legislación e impiden la manipulación del contenido normativo por parte de jueces y dogmáticos. Sin duda, las reformas legales son “lentas y costosas”, pero tal vez, en este caso, las cosas son como deben ser. En otras palabras, en materia penal las reformas deben ser excepcionales, públicas y legitimadas por la autoridad legislativa.

Hasta aquí he analizado las razones que esgrimía Ragués para fundamentar el reproche de las conductas de ignorancia deliberada como dolo.²⁸ En lo que resta de este trabajo trataré de presentar esquemáticamente un modo diferente de entender la estructura del reproche por ignorancia deliberada. En particular sostendré, siguiendo la terminología de Atienza y Ruiz Manero (Atienza *et al.*, 2000), que los casos paradigmáticos de ignorancia deliberada son casos de *ilícitos atípicos*. No ofreceré aquí una defensa articulada de mi propuesta, sino más bien un *programa* de trabajo y dejaré para otra ocasión un examen más detallado de esta idea.

V. Ignorancia deliberada y fraude de ley

En un Estado de derecho, el contenido del ordenamiento jurídico está determinado, entre otras cosas, por reglas y principios. Sin embargo, los delitos penales han de estar tipificados por una *regla* –y no por un principio–, que estipule que determinada conducta está prohibida. En el vocabulario de Atienza-Ruiz Manero, estos son los denominados *ilícitos típicos*. Por el contrario, los *ilícitos atípicos* serán conduc-

debería contar para atribuir el modo más grave de reproche. Esto es un caso paradigmático de las llamadas “lagunas axiológicas” (Alchourrón *et al.*, 1974, pp. 146 y ss.).

²⁸ Ragués también considera que la estructura de la *actio libera in causa*, cuyo fundamento está conectado con el fraude de ley, es similar a la de ignorancia deliberada. Sin embargo, no desarrolla a fondo la idea porque la misma le sería útil solo en caso de que su definición de dolo no abarcara los casos de ignorancia. Ragués, 2007, pp. 159-162.

tas que se oponen a un principio. Ellos afirman (Atienza *et al.*, 2000, p. 27):

Los que aquí nos interesan, son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo –y en razón de su oposición a algún principio o principios–, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con [...] el fraude de ley...

En estos casos lo que sucede es que hay una regla que permite realizar una conducta que es sobreincluyente en relación con los principios que justificaban su creación u otros diferentes. Son acciones que, aun siendo *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, con respecto a ellas no son aplicables las justificaciones subyacentes a la regla. Particularmente, la ignorancia deliberada sería una especie de fraude de ley porque hay una persona que pretende servirse de normas jurídicas para lograr con ellas finalidades que no son las previstas por el derecho (Atienza *et al.*, 2000, p. 68).

En los casos más graves de ignorancia deliberada el agente pretende aprovecharse de la figura del error, la cual es una excusa (en sentido amplio) que transforma en permitidas conductas que en general están prohibidas, para poder realizar el comportamiento delictivo sin que se le atribuya responsabilidad. Es decir el agente se aprovecha de la figura del error para desligarse de su responsabilidad. La razón que justifica la figura del error tiene que ver, principalmente, con la idea de que solo somos responsables por aquellas cosas que hacemos. Cuando nos equivocamos de manera justificada el Estado no ve razón para reprochar pues el agente no quiso realizar la conducta ni tampoco podría haber evitado actuar de ese modo. Por ello no reprochamos por dolo a quien está cazando en el bosque y cree disparar a un ciervo cuando en realidad le dispara a un guardabosques. Pero, si el presidente o director de una empresa le dice a uno de sus empleados de confianza que haga todo lo posible para conseguir ciertas ganancias, pero que no le comente nada sobre el modo en que lo hace, incurre en un tipo de ilícito atí-

pico y, más específicamente, puede ser considerado como un fraude de ley.

La figura del fraude de ley tiene diferente tratamientos en diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en general hay acuerdo en que esta institución no puede aplicarse en derecho penal.²⁹ La razón es simple, si reprochamos de este modo violamos el principio de legalidad. Así,

El principio de legalidad penal implica que los delitos deben estar tipificados en reglas, no en principios. No sería aceptable (aunque, naturalmente, no por razones conceptuales sino de tipo moral y político) que un Código penal contuviera un principio como el que subyace a esta institución. Pues ese principio –trasladado al campo penal– vendría a decir que está prohibido [...] causar un daño utilizando para ello una norma que confiere poder de ejercicio permitido (Atienza *et al.*, 2000, p. 82).

En conclusión, si la ignorancia deliberada posee la misma estructura que el fraude de ley, entonces el reproche y más aún el reproche a título de dolo no está justificado. Hacerlo va en contra del principio de legalidad. De todos modos, ello no implica que no pueda bajo ninguna circunstancia ser reprochado. Si el legislador decidiera reprochar estas conductas tal vez podría hacerlo siempre y cuando se cuide de no atribuir responsabilidad a actos preparatorios o meros delitos de actividad en lo que el agente no posee ningún estado mental al respecto.³⁰

²⁹ Una excepción al acuerdo de que la figura del fraude de ley no se puede aplicar en Derecho penal es el libro *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley* (Riggi, 2010). En este trabajo Riggi plantea un modo diferente de interpretar el mandato del legislador y la función de la dogmática para justificar una sanción en los casos de fraude de ley. Aunque es una tesis novedosa y arriesgada de la cual se puede sacar mucho provecho no comparto los fundamentos ni la posición del autor. Es por esa razón que aquí no lo utilizo como modo de resolver el problema de la ignorancia deliberada. No realizaré un comentario sobre la posición de este autor porque creo que a esta altura de mi investigación no es necesario para el punto central de mi trabajo. Seguramente se tendrá muy en cuenta en investigaciones futuras sobre la posibilidad de justificar la atribución de una sanción en casos de fraude de ley. Agradezco el comentario de los dos evaluadores anónimos que insistieron en la necesidad de tener en cuenta el trabajo de Riggi.

³⁰ La solución es a grandes rasgos, aunque por razones diferentes, similar a la propuesta por Husak *et al.*, 1994, pp. 62-69.

Vale la pena aclarar que encuadrar la ignorancia deliberada en la figura del fraude de ley es una idea acerca de la estructura de la figura pero ello dice poco acerca de los fundamentos y el grado de reproche. Si el legislador introduce la figura todavía deberíamos preguntarnos en qué medida debería ser castigada la persona. Pero su utilidad sirve para dejar en claro que si el legislador no modifica los tipos de imputación subjetiva solo podemos elegir entre el dolo y la imprudencia. En este caso, la estructura más adecuada, aunque la pena nos parezca escasa, es la de la imprudencia. El agente debe ser responsabilizado por las cosas que *debería* haber conocido antes de decidir embarcarse en determinada situación. Porque aunque los motivos por los que desconocía no sean del todo inocentes, este, de hecho, no tenía conocimiento sobre aquello que estaba haciendo.

V. Balance

A lo largo de este trabajo he sostenido que las razones analizadas para justificar el reproche de la ignorancia deliberada son interna y externamente inadecuadas. Respecto a la inadecuación interna dije que ello era así porque no se daba una pauta clara para clasificar de manera excluyente las conductas que serían dolosas o no dolosas. También intenté mostrar que la figura de la ignorancia deliberada no es conceptualmente similar a la del dolo eventual y por esa razón no puede utilizarse como argumento para reprochar la primera del modo en que se reprocha la segunda. Dije que el dolo eventual era un aliado débil ya que se puede asumir que tienen la misma estructura pero rechazar que merezcan un reproche grave. Por último, insistí en la relevancia práctica que tienen los motivos para analizar el concepto y el reproche por ignorancia deliberada.

En cuanto a la inadecuación externa insistí en la necesidad de dar cuenta de los límites morales que hay que tener en cuenta para que el castigo esté justificado. El dogmático no puede abstraerse de ellos si pretende ser alguien que provea de herramientas útiles para que los jueces y legisladores realicen sus respectivas tareas de modo adecuado.

Afirmé que el mejor modo de entender la ignorancia deliberada es como un ilícito atípico. Y aunque la fundamentación está todavía en una etapa preliminar sostuve que, si ello es así, entonces el reproche a título de esta figura viola el principio de legalidad penal.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.
- _____ 1991: “Definiciones y normas”. *Ánalisis lógico y derecho*, pp. 439-464.
- Anscombe, G.E.M, 1963, “The Two Kinds of Error in Action”. *The Journal of Philosophy*, vol. 60, núm. 14, Symposium, Human Action pp. 393-401.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro III, Capítulo II.
- Bustos Ramírez, Juan, 1984: “Política Criminal y Dolo Eventual”. *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 29-48.
- Davidson, Donald, 1976: “Acciones, Razones y Causas”, en White, A. (ed.), *La Filosofía de la acción*. México, FCE, pp. 116-138.
- Díaz Pita, María del Mar, 1994: *El dolo eventual*. Valencia, Tirant Monografías.
- Frisch, Wolfgang, Puppe, Ingeborg, Grünwald, Gerald, Paeffgen, Hans y Kindhäuser, Urs, 1999: *El error en derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Gardner, John, 2012: *Ofensas y defensas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons.
- Hart, Herbert L. A., 1968: *Punishment and Responsibility*. Oxford, Oxford University Press.
- Hassemer, 1984: *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch.
- Husak, Douglas, 2008: *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.
- _____ y Callender Craig, 1994: “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis, A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”. *Wisconsin Law Review*, 29, pp. 29-69.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 163-195

- Jakobs, Günther, 1995: *Derecho penal-Parte general*. Madrid, Marcial Pons.
- _____ 1997: *Estudios de derecho penal*. Madrid, Civitas.
- _____ 2003: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid, Civitas.
- _____ 2004: *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, Civitas.
- Jescheck, Hans Heinrich, 1993: *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada, Comares.
- Luban, David, 1999: “Contrived Ignorance”. *Georgetown Law Review*, 87, pp. 957-980.
- Manso Porto, Teresa, 1999: *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Manrique, María Laura, 2012: *Acción, dolo eventual y doble efecto—Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons.
- _____ ; Navarro, Pablo Eugenio, y Peralta, José Milton, 2011: *La relevancia de la dogmática*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Mendonca, Daniel, 2002: “Presumptions”. *Ratio Juris*, vol. 11, núm. 4, pp. 399-412.
- _____ 2000: *Ficciones jurídicas*. Fontamara, México.
- Nino, Carlos S., 1980: *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea.
- Peels, Rick, 2011: “Ignorance is Lack of True Belief, A Rejoinder to Le Morvan”. *Philosophia*, 39, pp. 345-355.
- Peralta, José Milton, 2012: *Motivos reprochables*. Barcelona, Marcial Pons.
- Pérez Barberá, Gabriel, 2011: *El dolo eventual*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Puppe, Ingeborg, 2010: *La distinción entre dolo e imprudencia*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Ragués, Ramon, 1999: *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, Bosch.
- _____ 2007: *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona, Atelier.

- _____ 2012: “De nuevo, el dolo eventual, un enfoque revolucionario para un tema clásico”. *Indret*, 3.
- “Recent cases”, 2008: *Harvard Law Review*, vol. 121, pp. 1245-1252.
- Riggi, Eduardo Javier, 2010: *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona, Atelier.
- Roxin, Claus, 1997: *Derecho penal. Parte general*. Madrid, Civitas.
- Schauer, Frederick, 1992: *Playing by de Rules*. Oxford, Clarendon Press
- Stratenwerth, Günter, 1982: *Derecho penal. Parte general I*. Madrid, Edersa.
- Von Wright, Henrik, 1963: *The Varieties of Goodness*. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Walsh, Brian, 2011: “The Supreme Court’s Willful Blindness Doctrine Opens de Door to More Wrongful Criminal Conviction”, *WebMemo*, núm. 3304, The Heritage Foundation.
- Zimmerman, Michael J., 2008: *Living with Uncertainty. The Moral Significance of Ignorance*. Cambridge/Nueva York/Melbourne/Madrid/Cape Town/São Paulo, Cambridge University Press.
- _____ 2002: “Controlling Ignorance, A Bitter Truth”. *Journal of Social Philosophy*, vol. 33, núm. 3.
- _____, 1997: “Moral Responsibility and Ignorance”. *Ethics*, 107, pp. 410-426.

Recepción: 24/06/2013

Revisión: 28/10/2013

Aceptación: 5/12/2013