



DOCTRINA PRÁCTICA

Ignorancia deliberada en derecho penal: ¿una inevitable alquimia jurídica o una necesaria adaptación forzada?

Paúl Mendoza Vázquez*

Universidad de Castilla-La Mancha

“¿Es tan obvio que no todo desconocimiento es un error!”.

Günther JAKOBS

“Ignorantia juris non excusat”.

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Concepto de dolo.— 3. Concepto de imprudencia.— 4. Breve excurso sobre la *mens rea* y la *willful blindness*.— 5. Concepto de ignorancia deliberada: una delgada y tórrida zona gris.— 6. La ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al delito de lavado de activos.— 7. Toma de posición: derribando algunos mitos.— 8. Consideraciones finales.— 9. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El autor analiza la teoría de la ignorancia deliberada, que ha sido extrapolada de la *willful blindness* del derecho angloamericano. A partir de ahí hace notar las dificultades de encuadrar esta teoría en el sistema de imputación subjetiva del derecho penal de corte continental. Finalmente, asume posición e intenta derribar algunos mitos creados en torno a esta figura, a saber: que la ignorancia deliberada es una nueva categoría de la imputación subjetiva; que los casos de ignorancia deliberada son siempre equivalentes al dolo eventual; que la ignorancia deliberada permite aligerar la

ABSTRACT

The author analyzes the theory of deliberate ignorance, which has been extrapolated from the *willful blindness* of Anglo-American law. From there, he notes the difficulties of fitting this theory into the subjective imputation system of continental criminal law. Finally, he takes a position and tries to demolish some myths created around this figure, namely: that deliberate ignorance is a new category of subjective imputation; that cases of deliberate ignorance are always equivalent to eventual fraud; that deliberate ignorance allows the proof of fraud to be

* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra. Máster en Cumplimiento Penal Normativo por la Universidad de Castilla-La Mancha.



prueba del dolo; que entender la ignorancia como imprudencia genera impunidad.

Palabras clave: Imputación subjetiva / Ignorancia deliberada / *Willful blindness* / Dolo / Teoría cognitivo-normativa del dolo / Imprudencia.

Recibido: 24-9-20

Aprobado: 13-11-20

Publicado en línea: 1-12-20



lightened; that understanding ignorance as recklessness generates impunity.

Keywords: Subjective imputation / Deliberate ignorance / *Willful blindness* / Intent / Cognitive-normative theory of intent / Recklessness.

Title: *Deliberate ignorance in criminal law: an inevitable legal alchemy or a necessary forced adaptation?*

1. Introducción

En la literatura jurídica de corte continental se ha venido desarrollando en los últimos años la teoría de la ignorancia deliberada que, como de otra forma no podría ser, ha sido extrapolada de la *willful blindness* del derecho angloamericano y ha encontrado su aplicación práctica de manera progresiva en los tribunales españoles, en donde existen muchas ejecutorias del Tribunal Supremo que dan solución a casos límite con esta teoría¹.

Como es sabido, esta teoría fue pensada inicialmente para solucionar problemas de impunidad en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas a cuyos intervinientes no podía atribuirseles dolo. Por ello, se optó por sustituir el elemento cognitivo por una ignorancia provocada por el propio sujeto. Luego esta teoría amplió su cobertura a la delincuencia empresarial y económica, en donde se viene aplicando en casos complejos, como blanqueo de capitales, fraudes fiscales o delitos funcionariales.

Ilustrativo resulta el caso del futbolista del F. C. Barcelona Lionel Messi, a quien se le condenó por el delito de fraude fiscal, que solo puede ser cometido de manera dolosa. Lo particular del caso es que no se demostró que el futbolista tuviera conocimiento exacto (dolo) de los hechos acontecidos, los cuales fueron promovidos y ejecutados por los asesores fiscales contratados por el padre del deportista; ergo, el Tribunal equiparó el delito doloso con un desconocimiento intencionado e incluso con una indiferencia ante los hechos².

1 No obstante, hubo también pronunciamientos en contra. Por ejemplo, la STS-797/2006 señaló: "Tales expresiones ['ignorancia deliberada', también conocida como 'ignorancia intencional'] no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora". SALA SEGUNDA DE LO PENAL (ponente: Sr. juez BACIGALUPO ZAPATER), *Sentencia del Tribunal Supremo N.º 797/2006*, Madrid: 20 de julio del 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/33aRAxm>>. Para un análisis con amplias referencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo español, véase BERRUEZO, Rafael, "Ignorancia deliberada en el derecho penal económico", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 4, Lima: 2018, p. 224 y ss. Recuperado de <<https://bit.ly/3pWzj0u>>.

2 La sentencia que condenó a Messi señala:

Como veremos, luego de un análisis más detenido, la forma de resolver esta constelación de casos resulta, si no cuestionable, cuando menos problemática, pues los tribunales han tratado a la mayoría de casos de ignorancia deliberada como “dolo eventual”, pero ¿es correcta esta equiparación?, ¿por qué no interpretarlos como delitos imprudentes? o incluso ¿por qué simplemente no se deja en la impunidad este abanico de casos? En la práctica judicial, recurrir a una imprudencia dirigida, que en la mayoría de los delitos no se encuentra regulada, parece ser una solución poco satisfactoria. De ahí que se privilegia

la eficacia jurídica a costa de flexibilizar, hasta las últimas consecuencias, garantías penales tan básicas como los principios de culpabilidad, legalidad y presunción de inocencia.

Cabe advertir, de entrada, que no es posible realizar un estudio de la ignorancia deliberada sin antes bosquejar los conceptos de dolo e imprudencia —trabajo no menor—. Ello es estrictamente necesario porque estas instituciones serán las que orientarán y servirán de límite a cualquier intento de conceptualizar la ignorancia deliberada. Vamos a ello.

“Y cuando se aprecia una indiferencia tan grave como la que nos ocupa, ya que, a pesar de todas las circunstancias y oportunidades que tuvo el jugador de conocer cómo se gestionaban sus derechos, no lo hizo, no cabe sino considerar que se ha actuado con dolo, con una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el delito del artículo 305 CP”. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (ponente: Sra. juez ARMAS GALVE), *Procedimiento Abreviado N.º 110/15*, Barcelona: 5 de julio del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/3nEsh1L>>. Esta sentencia fue confirmada, aunque luego la STS N.º 374/2017 criticó el innecesario uso de la “ignorancia deliberada”: “Debemos reiterar aquí, como ya hicimos en nuestra STS N.º 830/2016, de 3 de noviembre, el rechazo que nos merece el sintagma ‘ignorancia deliberada’ al que ya nos referimos también en la sentencia de 3 de diciembre de 2012. Y hemos de hacerlo reiterando una doctrina de esta Sala que ya proclamaba serias advertencias sobre la difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia”. SALA SEGUNDA DE LO PENAL (ponente: Sr. juez VARELA CASTRO), *Sentencia del Tribunal Supremo N.º 374/2017*, Madrid: 24 de mayo del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/3pRmmVp>>.

2. Concepto de dolo

El dolo, como categoría de la imputación subjetiva que forma parte del injusto penal, ha tenido un desarrollo fecundo en la doctrina. Por obvias razones, no es este el espacio apropiado para desarrollar un “estado de la cuestión”, así que de entrada partiremos por adherirnos a un concepto cognitivo de dolo, es decir, como conocimiento concreto del riesgo de realización típica. Descartamos, entonces, el clásico concepto volitivo de dolo, entendido como conocimiento e intención de realización del tipo penal, pues el elemento volitivo no aporta mayor dato relevante en un caso concreto³, además

3 RAGUÉS I VALLÈS señala: “Si lo que hace que un hecho sea doloso es el actuar pese a conocer el riesgo, ni la intención ni la certeza aportan nada al dolo, en tanto que dolo, y su adición solo consigue complicar innecesariamente una cuestión conceptual ya de por sí intrincada”.

de ser altamente inestable y de casi imposible probanza⁴.

IMPORTANTE

Desde una visión *normativista* del dolo, el conocimiento no se encuentra dentro de la mente del sujeto, sino que es entendida como una construcción valorativa que, de acuerdo a las circunstancias externas que se suscitan en el caso concreto, se atribuye al sujeto.

A su vez, el concepto cognitivo de dolo puede entenderse desde dos puntos de vista. Primero, desde una visión *psicologicista*, el conocimiento es entendido como un estado mental: lo que una persona se representa en su arcano interno. Así, lo que importa para esta concepción es que se verifique si, en el caso concreto, el sujeto se representó que su comportamiento abarcaba el tipo penal. Segundo, desde una visión *normativista*, el conocimiento no se encuentra dentro de la mente del sujeto, sino que es entendida como una construcción valorativa que, de acuerdo a las circunstancias externas

que se suscitan en el caso concreto, se atribuye al sujeto.

Por nuestra parte, consideramos adecuada la concepción que entiende al dolo como el conocimiento que se atribuye a un sujeto a partir de datos objetivos externos⁵. El conocimiento no debe ser entendido como saber psicológico, es decir, lo que una persona posee dentro de su mente. Esto traería problemas a nivel probatorio⁶, pues huelga decir que

5 En la doctrina peruana se adhieren a esta concepción: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Lima: Ideas, 2019, p. 518 y ss.; CARO JOHN, José A., *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: ARA Editores, 2010, p. 182 y ss.; SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Buenos Aires: B de F, 2018, p. 296 y ss.; REAÑO PESCHIERA, José, *Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva*, Lima: Jurista Editores, 2010, p. 79 y ss.; ORE SOSA, Eduardo “Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del dolo en el delito de lavado de activos”, en *Advocatus*, n.º 37, Lima: 2019, p. 137 y ss. (Recuperado de <<https://bit.ly/2U1LXS6>>); MEINI MÉNDEZ, Iván, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 230 y ss. (Recuperado de <<https://bit.ly/332QUdn>>); ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014, p. 92 y ss.

6 PAREDES CASTAÑÓN advierte las complicaciones probatorias de asumir un modelo “psicologista vulgar”: “[F]recuentemente las personas ‘saben’ o ‘quieren’ cosas con distintos grados de certeza, precisión, firmeza, etc. Y ello debería hacerse valer en un modelo psicologista coherente de prueba de los elementos subjetivos, lo que resulta casi imposible si se pretenden, al tiempo, preservar las garantías probatorias

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 186.

4 HRUSCHKA compatibiliza los elementos cognitivo y volitivo del dolo. Sostiene que “siempre que alguien lleva a cabo una conducta determinada bajo determinadas circunstancias conociendo las características tanto de la conducta como de las circunstancias, quiere a la vez realizar la conducta con dichas circunstancias”. HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2.^a ed., Buenos Aires: B de F, 2009, p. 183.

el problema del concepto de dolo es también el problema de su prueba. De esta manera, lo que en la concepción volitiva se conoce como dolo eventual —en el que predomina el aspecto intelectual— no es sino la modalidad básica del dolo cognitivo, y el dolo directo y dolo de consecuencias necesarias serían modalidades cualificadas del dolo⁷, en tanto se considere el aspecto volitivo como dato adicional. No obstante, a efectos de prueba, tal cuestión no aporta nada esencial.

Ahora bien, lo antes referido importa a la hora de demostrar el dolo dentro del proceso penal. Si ya no es entendido como un estado mental que el juez debe verificar, sino como una construcción normativa que se atribuye al sujeto tomando en cuenta las circunstancias específicas que rodean al caso, ergo, lo que se debe demostrar son los hechos objetivos e indicadores que nos den la rayana certeza de que el sujeto tuvo el conocimiento concreto del riesgo típico⁸. Entonces, bajo la concepción

cognitiva-normativa del dolo, el juez penal, mediante un juicio de adscripción, construye el conocimiento del sujeto⁹ sin

expresa a través de la conducta humana. Las formas de expresión de dicha condición son indicadores o elementos objetivos que en efecto pueden ser probados en el proceso penal, al contar con un sustrato fáctico”. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 350 y ss. Por su parte, PUPPE se pregunta sobre las condiciones que debe reunir un método para justificar o probar el dolo o su negación con ayuda de indicadores, a fin de que sea adecuado para definir el dolo eventual. Al respecto, esta autora sostiene que, en primer lugar, debe ser igualmente aplicable en todos los casos y, en segundo lugar, debe proporcionar en cualquier caso un resultado inequívoco. Un requisito previo para ello es, en principio, que quede claro para cada indicador si habla en favor de la afirmación o la negación del dolo. PUPPE, Ingeborg, “Sobre el dolo eventual y su prueba”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 133, Lima: julio del 2020, p. 80. El recurso a los “indicadores” ya había sido planteado también por HASSEMER, para quien los indicadores “deben tener relevancia dispositiva y no se pueden buscar a ciegas. La imputación a título de dolo únicamente se puede conseguir a través de esos elementos externos de caracterización”. HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, n.º 3, Madrid: 1990, p. 931. Recuperado de <<https://bit.ly/3kQHV4V>>.

9 Hruschka señala que, como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 195 y 196. Del mismo parecer es VOGEL cuando refiere que los hechos fácticos no son accesibles físicamente como la comprobación descrita (descriptiva), sino surge primero como una conclusión transferida (adscripta) siguiendo el modo de los silogismos prácticos. VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, en *Cuadernos*

[procesales]”. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: 2001, p. 87. Recuperado de <<https://bit.ly/35Puk9I>>.

7 Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 177 y ss. De manera similar, SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 439.

8 Resulta sugerente la tesis propuesta por SÁNCHEZ MÁLAGA, quien refiere que deben probarse indicadores objetivos de los cuales se infiera el conocimiento: “No se infiere entonces algo que está en la mente del sujeto. Se imputa una determinada condición que se

adentrarse en su fuero interno —nada más difícil podría exigírsele—, sino valorando las características objetivas que rodean al hecho concreto¹⁰. De ahí que se diga que, en realidad, el dolo como conocimiento no se encuentra en la cabeza del autor, sino del juez que la construye y atribuye¹¹. A partir de la correcta valoración de estos datos objetivos externos se infiere si el sujeto conoció —o debió conocer— el concreto riesgo típico penal. Adoptar una posición contraria —el dolo como verificación de lo que el sujeto se representó al momento de realizar el hecho— nos traería las mismas complicaciones que intentar demostrar la voluntad o intención¹².

de Política Criminal, 2.ª época, n.º 95, Madrid: 2008, p. 15.

- 10 Esta concepción fue recogida en la Cas. N.º 367-2011 Lambaveque: “En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito”. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARRONA PASTRANA), *Casación N.º 367-2011 Lambaveque*, Lima: 15 de julio del 2013, f. j. n.º 4.5. Recuperado de <<https://bit.ly/35OUyH0>>.

- 11 Así, el dolo, la imprudencia y el error llegarían tendencialmente a ser “algo que se encuentra no en la cabeza del autor sino en las cabezas de los que lo juzgan”. VOGEL, “Dolo y error”, art. cit., p. 9.

- 12 PAWLIK acierta en su crítica cuando refiere que “una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorrecciones de la teoría de la voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual”. PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier,

Para RAGUÉS I VALLÈS, existe dolo cuando, “a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”¹³. En el mismo sentido, respecto al aspecto probatorio del dolo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES indica que, “en general, atendiendo al papel social que una determinada persona desempeña, a su rol, se le atribuyen unos determinados conocimientos”¹⁴.

Esta interesante concepción del dolo como atribución de conocimiento parte por observar y demostrar las circunstancias del caso tomando en cuenta el contexto social¹⁵ en que acon-

2016, p. 143. En el mismo sentido, HASSEMER ya advertía que “las teorías cognitivas del dolo tienen que enfrentarse también con un objeto incierto: la representación que del riesgo tiene el individuo. Sus problemas metodológicos son, en última instancia, idénticos a los de las teorías volitivas”. HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, art. cit., p. 923.

- 13 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 353.

- 14 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n.º 79, Bogotá: 2005, p. 110. Recuperado de <<https://bit.ly/2Hokwdw>>.

- 15 RAGUÉS I VALLÈS precisa: “[S]i bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de este a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones acerca de las

tece el suceso criminal¹⁶. Podemos, sin embargo, adicionar un ingrediente al contexto social, nos referimos a las capacidades personales que tenía el sujeto en el momento en que realiza el hecho delictivo, y de esta manera realizar una valoración conjunta entre contexto social y contexto personal. Así también lo considera SÁNCHEZ MÁLAGA, para quien el dolo es un juicio subjetivo normativo de imputación del conocimiento que se produce cuando el juez verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, puede imputarse al sujeto un deber limitado de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido¹⁷.

valoraciones sociales resultan o no acertadas". RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 347.

- 16 Siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, CORCOY BIDASOLO critica este postulado por las siguientes razones: "[E]l 'inequívoco sentir social', por el que se atribuye el dolo, ni es inequívoco ni se puede determinar si es 'social', es decir, democrático, en cuanto expresa el sentir de la mayoría, o si, por el contrario, es mediático. Y, aun cuando verdaderamente existiera un 'sentir social', es muy difícil saber cuál es y, por lo demás, de saberlo, va a estar determinado por los conocimientos que llegan a la sociedad sobre la verdadera naturaleza de los hechos". RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 341, citado por Mirentxu CORCOY BIDASOLO, "Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica", en *Ius et Veritas*, n.º 58, Lima: mayo del 2019, pp. 78 y 79. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffu2MB>>.

- 17 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determi-*

Puede advertirse que, para un sector de la doctrina, en realidad el dolo es un "deber de conocimiento", y que su probanza consiste en un juicio de adscripción de conocimiento, esto es, lo que el sujeto "debió conocer" sobre la capacidad de su comportamiento en el caso concreto. El dolo, entonces, debe ser entendido como la atribución de conocimiento de un comportamiento con capacidad concreta de realizar el tipo penal, pero este conocimiento no se prueba hurgando en la mente del sujeto, sino valorando todas las circunstancias que acompañan al hecho acontecido y las capacidades personales del sujeto para, a partir de ahí, atribuir de manera inequívoca que el sujeto conoció o debió conocer el riesgo concreto de realización del tipo de injusto.

Para determinar si un sujeto debía conocer o no la aptitud de su comportamiento para realizar el tipo es necesario remitirnos al concepto de probabilidad. Si de la valoración de las circunstancias del hecho era altamente probable que el comportamiento del autor provocara un resultado concreto —esto es, era apto para provocarlo—, entonces podemos decir que le era exigible al autor conocer dicha aptitud¹⁸, pero, nuevamente,

nación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos, ob. cit., p. 335.

- 18 Del mismo parecer es CORCOY BIDASOLO, quien señala: "Objeto del dolo es, pues, la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo, ya que estos no pertenecen al injusto. Cuestión diferente es que el conocimiento del riesgo típico implica el conocimiento de su idoneidad para producir un determinado

no debemos entender a la probabilidad como la verificación de representación interna del sujeto, sino como valoración objetiva de lo que el sujeto debía representarse.

¿SABÍA USTED QUE?

Bajo la concepción cognitiva-normativa del dolo, lo que se debe demostrar son los hechos objetivos e indicadores que nos den la rayana certeza de que el sujeto tuvo el conocimiento concreto del riesgo típico. Entonces, el juez penal, mediante un juicio de adscripción, construye el conocimiento del sujeto sin adentrarse en su fuero interno —nada más difícil podría exigírsele—, sino valorando las características objetivas que rodean al hecho concreto.

Sobre la existencia de dolo en la conducta del agente, GRECO señala:

[P]ara que pueda hablarse de dolo, el autor tiene que actuar con un conocimiento tal que detente el dominio sobre aquello que realiza, o sea que, al menos parcialmente, el dolo acaba por convertirse en una cuestión de tipo objetivo: el autor debe conscientemente crear un riesgo de tal dimensión que la producción del resultado pueda considerarse algo que él domina. Lo anterior significa que, en principio, es correcta la teoría de la probabilidad¹⁹.

resultado y que, por consiguiente, si se conoce el riesgo pero no su idoneidad, no hay dolo respecto del resultado". CORCOY BIDASOLO, "Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica", art. cit., p. 74.

- 19 GRECO, Luis, "Dolo sin voluntad", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 88, Medellín: enero-junio del 2017, pp. 30 y 31.

Hasta aquí la teoría cognitiva-normativa del dolo (abordado siempre como categoría de la imputación subjetiva) ha demostrado su capacidad de rendimiento y funcionalidad en el proceso penal.

Por otro lado, cabe mencionar las propuestas en las que se hace un serio esfuerzo por desprender al dolo de todo dato subjetivo. Por ejemplo, los planteamientos desarrollados por PAWLIK²⁰ o PÉREZ BARBERÁ²¹, quienes se toman en serio la normativización del dolo, refieren que este ya ni siquiera estaría compuesto por el conocimiento, sea como estado mental o como atribución. Para estos autores, el dolo es entendido como una especial forma de reproche que se hace al comportamiento grave de un sujeto que pudo haber sido previsto por este. De ahí que afirmen también que el dolo es una propiedad que describe a un hecho definido por las circunstancias privilegiadas que la acompañan, luego, sería incorrecto hablar de personas que actúan con dolo, lo correcto sería hablar de "hecho doloso"²².

- 20 PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, ob. cit., p. 152.

- 21 Así se desprende de esta rotunda afirmación: "[D]olo' no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, etc. Ninguno de esos estados mentales es el dolo". PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en Derecho*, año I, n.º 1, Buenos Aires: diciembre del 2012, p. 184. Recuperado de <<https://bit.ly/390n5xG>>.

- 22 PÉREZ BARBERÁ, "Dolo como reproche. Hacia

PÉREZ BARBERÁ refiere que dolo es el reproche objetivo a la acción “que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento”; mientras que la imprudencia es el reproche objetivo a la acción “que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar *ex ante* una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento”²³. Bajo esta concepción, la hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y de ese dato lo que se infiere, en términos objetivos, es que la realización del tipo aparece como altamente probable. Frente a ello “cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso”²⁴.

Como puede observarse, esta “objetivación del dolo” traería notables consecuencias no solo para los propios conceptos de dolo, imprudencia, error de tipo, etcétera, sino en la estructuración misma de la teoría del delito, pues no habría motivo alguno para seguir manteniendo las típicas clasificaciones

de “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”²⁵. Por consiguiente, también se daría un giro en cuanto al aspecto probatorio, ya sea por indicios o indicadores.

Por nuestra parte, esta última postura, aunque resulta bastante original y sugerente, no termina de convencernos, a pesar de que se cuida de desterrar todo sesgo ontológico —como el conocimiento y la voluntad— de un concepto netamente normativo, como lo es el dolo. No obstante, bajo una concepción cognitivo-normativa, debemos entender que el dolo no es un conjunto de hechos a demostrar²⁶, ni tampoco el conocimiento como estado mental *per se* que se tenga de los hechos. No son estos datos ontológicos los que lo fundamentan, tan solo le sirven como referencia para, a partir de aquellos, realizar una valoración y atribuir sentido a un comportamiento²⁷.

PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

el abandono de la idea de dolo como estado mental”, art. cit., p. 181.

23 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 648.

24 PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, art. cit., p. 209.

25 PÉREZ BARBERÁ afirma de manera categórica que su propuesta ha de tener repercusiones, tanto sistemáticas como materiales, fuera de la dogmática referida estrictamente al concepto de dolo. Entre las primeras (sistemáticas), la más importante tal vez sea la conveniencia de abandonar la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo y reemplazarla por la de tipo de explicación y tipo de imputación. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, ob. cit., p. 818.

26 HRUSCHKA sostiene: “Debemos abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus ‘componentes’ son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ob. cit., p. 195.

27 Resulta oportuna la crítica que realiza ORTIZ DE URBINA a la propuesta de PÉREZ BARBERÁ.

3. Concepto de imprudencia

Seguimos también un concepto normativo de imprudencia, entendida preliminarmente como “infracción de una norma de cuidado”. A partir de este precepto se extraen los elementos que la estructuran: deber objetivo y subjetivo de cuidado. CORCOY BIDASOLO señala que la norma de cuidado es una norma penal y, como tal, está prevista en los tipos penales. El deber de cuidado, tanto objetivo como subjetivo, no es en sí mismo una norma penal, sino una de las formas posibles en que se puede realizar la conducta para que esta sea correcta²⁸.

Así, señala que “un enfoque normativista coherente puede basarse en elementos empíricos e incluirlos como parte integrante de sus conceptos: lo único que no puede hacer es considerar que la realidad fáctica *obliga* a definir de una concreta manera un concepto”. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013, p. 384. Recuperado de <<https://bit.ly/2UHulAK>>. Se suma a la crítica MANRIQUE PÉREZ, quien “no encuent[r]a dificultades especiales en caracterizar al dolo como un fenómeno mental específico (conocimiento, voluntad, etc.)”. En su opinión, “los estados mentales son supervinientes respecto de fenómenos físicos neuronales y, por esa razón, la caracterización del dolo como fenómeno mental no compromete necesariamente con una reducción naturalista”. MANRIQUE PÉREZ, María L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013, pp. 409 y 410. Recuperado de <<https://bit.ly/3pN4BGO>>.

28 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., reimp., Buenos Aires: B de F, 2020, p. 201.

Cuando hablamos de delitos imprudentes, debemos entender a la norma de cuidado como aquella norma penal que regula a los tipos imprudentes. A partir de aquí se desglosa en una parte objetiva y subjetiva. En un primer momento, se debe analizar la parte objetiva del tipo, que está conformada por la infracción del “deber objetivo de cuidado”, entendido como aquellas reglas que determinan las formas adecuadas en que se deben realizar comportamientos para evitar lesionar un objeto de protección. Así, RODRÍGUEZ DELGADO refiere que el deber objetivo de cuidado es el factor dinámico del tipo imprudente, pues se ajusta a los cambios sociales, lo que no sucede con la norma de cuidado (prevista en cada tipo penal)²⁹.

Para verificar si se ha infringido el deber objetivo de cuidado, deben analizarse las denominadas “reglas técnicas” o “reglas generales de conducta”, que básicamente tienen su origen en leyes, reglamentos, en la *lex artis* e incluso, ante la ausencia de reglamentación específica para un determinado ámbito de actuación, en las reglas de la experiencia, usos y costumbres del ámbito de la vida social³⁰. Cabe señalar, sin embargo,

29 RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Lima: Grijley, 2013, p. 133.

30 Precisa CORCOY BIDASOLO que las reglas generales de cuidado —“reglas técnicas”— son, únicamente, uno de los posibles contenidos del correspondiente deber objetivo de cuidado. Estas reglas técnicas expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad

conforme ilustra CORCOY BIDASOLO, que la infracción de una regla general de cuidado no implica, *per se*, la infracción del deber objetivo de cuidado y, *a contrario sensu*, que la observancia de la regla general de cuidado no impide la posibilidad de infringir, pese a todo, el deber objetivo de cuidado³¹.

En un segundo momento, se debe analizar la parte subjetiva del tipo, que está conformada por la infracción del “deber subjetivo de cuidado”, entendido como la cognoscibilidad de la posibilidad de realización del riesgo típico, es decir, aquello que a un sujeto le es exigible conocer en tanto pudo hacerlo³².

Según CORCOY BIDASOLO, “el deber subjetivo de cuidado, como elemento del tipo subjetivo imprudente, exige para su determinación la delimitación”—por arriba, respecto del dolo, y, por abajo, respecto de la ausencia de tipo

subjetivo— “del conocimiento que le es exigible al sujeto sobre la posibilidad de realización típica que supone su conducta”³³.

Entendida la imprudencia de esta manera, se puede concluir que también lleva intrínseca una cuota de conocimiento sobre la posibilidad de acontecimiento del riesgo. Por ende, surge en seguida la siguiente pregunta: ¿en qué situaciones el tener conocimiento es entendido como imprudencia y en qué otras como dolo?³⁴ Importante es diferenciar planos, para no incurrir en confusiones y inconsistencias internas. Cuando hablamos de dolo, nos referimos a aquel conocimiento inequívoco de que el comportamiento típico es idóneo para provocar un concreto resultado lesivo o poner en peligro un bien jurídico³⁵, no así en la imprudencia, en cuyo caso el conocimiento se limita a

PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

de que una acción de ese tipo lesione un bien jurídico. Su fundamento jurídico puede ser: la ley, los reglamentos (de toda clase, incluyendo órdenes, instrucciones, etc.), los principios jurisprudenciales y/o los usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, ob. cit., p. 201.

31 Vid. CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, art. cit., p. 81.

32 Por su parte, CORCOY BIDASOLO refiere: “La cognoscibilidad ha de entenderse como exigibilidad del conocimiento del peligro, que se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y su capacidad”. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, ob. cit., p. 233.

33 *Ibid.*, pp. 218 y 219.

34 Precisa PUPPE que el reconocimiento de que el dolo y la imprudencia son conceptos valorativos exige asimismo una determinación concluyente de los hechos que son objeto de valoración, precisamente por razones semánticas. Estos hechos no son solo indicios para la valoración, sino que son partes integrantes de su sentido. PUPPE, Ingeborg, *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 315.

35 En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA señala: “El autor habrá de haber conocido, por tanto, que su comportamiento creaba un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y que este—el riesgo—se podía concretar en el resultado lesivo”. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”, art. cit., p. 103.

la infracción del deber de cuidado que genera la “posibilidad” de provocar un riesgo típico, lo que no implica tener certeza de generar un resultado lesivo o puesta en peligro de un bien jurídico, tan solo la representación muy genérica de la posibilidad de que aquello ocurra. En definitiva, el conocimiento en el dolo abarca la alta probabilidad de provocar el concreto resultado de lesión o puesta en peligro, en tanto que el conocimiento en la imprudencia solo abarca la infracción del deber de cuidado, no del resultado ni puesta en peligro³⁶.

A todo ello, cabría preguntarse algo más: ¿qué papel juega el resultado en el delito imprudente? Definitivamente debe acontecer un resultado lesivo, de lo contrario, salvo se trate de un delito de mera actividad, muy difícilmente podría hablarse de un hecho delictivo imprudente. No obstante, el resultado en estos delitos depende ya en sí mismo

del azar: el comportamiento imprudente *ex ante* se agota en la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. Por ello, coincidimos con MIR PUIG cuando sostiene:

Hay que tener en cuenta que, hasta que no producen un resultado lesivo, las conductas imprudentes carecen de la más inequívoca tendencia lesiva de las acciones dolosas, y que no se reconocen más que por señales exteriores insuficientes que no permiten apreciar circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, circunstancias en las que tal vez se basa acertadamente la opinión del sujeto de que su conducta se halla bajo su control³⁷.

Por su parte, SÁNCHEZ MÁLAGA añade un elemento para diferenciar los casos dolosos de los imprudentes: la “imposibilidad de confiar racionalmente en la no afectación del interés protegido”. Este autor señala que procederá la imputación imprudente cuando exista un deber de conocimiento del riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo (entendida como cognoscibilidad) y la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, en virtud de la ocurrencia de un defecto de conocimiento³⁸.

A todo esto, ¿es correcto discutir sobre una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia? O, por el contrario,

36 MOLINA FERNÁNDEZ es crítico de esta diferenciación. Basándose en la “paradoja sorites”, este autor refiere: “Para una probabilidad definida, sea cual sea, el sujeto conocerá el peligro del resultado exactamente en esa proporción. Por eso en el llamado dolo de consecuencias necesarias admitimos una imputación plena del resultado: porque la probabilidad es máxima. Pero es imposible distinguir exactamente entre dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, de la misma manera que lo es entre este e imprudencia consciente grave o entre esta y la imprudencia consciente leve. Todos estos términos expresan categorías discretas en un continuo”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 732.

37 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016, p. 305.

38 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 444.

¿se trata de una escala cuantitativa de grados de conocimiento que el juzgador debe valorar? Esta interrogante no es baladí, puesto que todos los esfuerzos dogmáticos por encontrar una diferencia entre ambas categorías han quedado en solo eso, en esfuerzos. Personalmente, no tenemos una respuesta categórica para determinar el criterio exacto para delimitar casos de dolo e imprudencia, pues, al tratarse de institutos normativos —como hemos expuesto hasta aquí— situados cualitativamente en el mismo nivel de imputación subjetiva, solo puede esbozarse una diferenciación cuantitativa. Pero justo ahí es donde surgen los verdaderos problemas, pues, a pesar de realizar elaboradas construcciones dogmáticas, el reto de la casuística judicial es identificar y trazar claramente la línea exacta que divide los casos concretos de dolo e imprudencia, lo que hasta ahora parece un problema irresoluble³⁹.

39 No resulta descabellada la reflexión de PUPPE, quien afirma que estamos lejos de tener un procedimiento para determinar el dolo o la imprudencia que sea generalmente aplicable y sin ambigüedades y a la vez que haga superflua la cuestión del significado del dolo y la imprudencia. PUPPE, “Sobre el dolo eventual y su prueba”, art. cit., p. 80. Una mordaz crítica la encontramos en MOLINA FERNÁNDEZ, quien refiere: “[A]lgunos de los problemas más debatidos en la dogmática penal que tienen que ver con delimitación de conceptos, como la que se refiere a la distinción de dolo e imprudencia, responden a un patrón común, que es el que permite explicar que hasta ahora ninguna de las soluciones propuestas haya resultado satisfactoria ni parezca que alguna pueda serlo, y este patrón es que se trata de conceptos referidos a situaciones graduales, en las que es imposible establecer límites defini-

IMPORTANTE

En un concepto normativo de imprudencia, esta es entendida como “infracción de una norma de cuidado”. A partir de este precepto se extraen los elementos que la estructuran: deber objetivo y subjetivo de cuidado. El primero es entendido como aquellas reglas que determinan las formas adecuadas en que se deben realizar comportamientos para evitar lesionar un objeto de protección. El segundo es la cognoscibilidad de la posibilidad de realización del riesgo típico, es decir, aquello que a un sujeto le es exigible conocer en tanto pudo hacerlo.

Hasta aquí la aproximación fotográfica del sistema de imputación subjetiva en el sistema de corte continental. Al inicio señalamos que la ignorancia deliberada se trata de una institución extrapolada del *common law* y que se ha forzado su inclusión en nuestro sistema —casi como elefante en cacharrería— como una novedosa categoría de la imputación subjetiva. Pues bien, en lo sucesivo desarrollaremos de manera propedéutica el contenido de esta figura, pero antes resulta oportuno realizar un breve excursus sobre la teoría de la *willful blindness*. Vamos a ello.

dos que sean valorativamente justificables”. MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, art. cit., p. 700.

4. Breve excursio sobre la *mens rea* y la *willful blindness*

En el *common law* la categoría análoga a la imputación subjetiva del *civil law* es la denominada *mens rea*⁴⁰. Así, para que una *offence*⁴¹ quede cubierta no solo en su faceta objetiva o *actus reus*⁴²,

debe demostrarse también una faceta subjetiva o intencionalidad del sujeto al momento de realizar su comportamiento, salvo los casos de responsabilidad objetiva o *strict liability*⁴³. Cabe precisar que la *mens rea* o *guilty mind* en el *common law* también es entendida como categoría de culpabilidad.

A diferencia de la clasificación bipartita dolo-imprudencia del *civil law*, en el *common law* existe todo un catálogo de distintas manifestaciones

40 Sobre este término, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala: “La expresión *mens rea* se convierte en un referente del estado mental que debe poseer el autor al momento de la realización del hecho, pero este estado mental puede consistir en un sinnúmero de elementos diversos que van desde la intención hasta la negligencia y que, en el sistema del *common law*, ha recibido una diversidad sustancial de nombres”. FERNÁNDEZ BUDAJIR, Luis G., *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, tesis para optar el grado académico de doctor con mención en Derecho Penal, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018, p. 153. Recuperado de <<https://bit.ly/2IUa2Gj>>.

41 Respecto a esta expresión, MIRÓ LLINARES indica: “El *offence principle* [...] conlleva una ampliación de lo criminalizable con respecto al *harm principle*, pero también una restricción de lo que puede constituir infracción penal en cuanto que limita la criminalización de determinadas ofensas y solo en cuanto que atenten a la sensibilidad de las personas de forma grave (Feinberg) o conlleven una grave forma de desconsideración (Simester y Von Hirsch)”. MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, Andalucía: 2015, p. 38. Recuperado de <<https://bit.ly/392QtUa>>.

42 Sobre este concepto, MELERO señala: “En el lenguaje jurídico norteamericano, la expresión *actus reus* no expresa solamente aquello que nosotros denominamos acción, es decir, la conducta consistente en un hacer (el *criminal act*), sino que se refiere a dicha acción calificada por los elementos que la complementan y, además, también a la omisión, el resultado, y

cualquier otra circunstancia relevante para el derecho penal”. MELERO, Javier, “Calificación e interpretación en el derecho penal. (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47, n.º 2, Madrid: 1994, p. 95. Recuperado de <<https://bit.ly/36RDpOx>>.

43 Se conoce con tal denominación a un grupo de casos en los que no es necesario demostrar una faceta subjetiva del autor. Sobre los delitos de *strict liability*, OXMAN afirma: “En tales casos, suele decirse que hay una presunción de que el legislador ha creado una figura penal en donde no es necesario que la acusación pruebe la existencia de ningún tipo de imputación subjetiva, siendo suficiente con la acreditación de la realización de causalidad entre la acción y el daño prohibido por la norma”. OXMAN, Nicolás, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, en *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 1, Talca: 2013, p. 181. Recuperado de <<https://bit.ly/3fhF9Va>>. Por su parte, SÁNCHEZ MÁLAGA advierte que el desarrollo de esta problemática en el derecho penal inglés es el espejo de lo que podría ocurrir en el derecho penal continental si llevamos el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 123.

de la *mens rea*, esto porque no hay en la práctica un derecho penal general aplicable a todos los estados, sino que cada uno regula su ordenamiento conforme a reglas específicas. A pesar de ello, después del proyecto de Código Penal Modelo (CPM), se propuso seguir una clasificación de cuatro manifestaciones, a saber: *intention* (intención), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (desconsideración) y *negligence* (negligencia). Aunque no todos los estados la han aplicado a cabalidad, la mayoría sí que se adhiere a esta clasificación.

En relación con la *intention*, como primera manifestación de la *mens rea*, en algunos estados se conoce también como *purpose* (propósito) y está referida básicamente a la intención o finalidad del sujeto en provocar el resultado de su comportamiento⁴⁴. BERNAL DEL CASTILLO considera que “la intención es asimismo una forma de culpabilidad propia en los delitos más graves (*serious crimes*). De igual forma, aunque no se exprese, la intención es elemento necesario de los *crimes of attempt* (tentativa de delito)”⁴⁵.

La segunda manifestación de *mens rea* es la *knowledge* o conocimiento de que el comportamiento desplegado es apto para provocar el resultado lesivo⁴⁶.

Para FERNÁNDEZ BUDAJIR, existe una diferencia fundamental entre el conocimiento (*knowledge*) y el propósito (*purpose*):

La diferencia estricta entre el conocimiento (*knowledge*) y el propósito (*purpose*), estará en que mientras el propósito exige que la causación del resultado sea el objetivo consciente del autor (entendido este como un deseo positivo de materialización), el conocimiento solo exigirá una conciencia casi exacta de que el resultado se realizará, independientemente de que este haya sido o no su deseo u objetivo⁴⁷.

La tercera manifestación de *mens rea* es la *recklessness*, entendida esta como el estado mental en que se actúa pese a existir una alta probabilidad de que acontezca el resultado lesivo. Al respecto, OXMAN señala: “En este modelo, la *desconsideración o recklessness constituye el nivel de atribución de imputación subjetiva por defecto*, es decir,

44 Según FERNÁNDEZ BUDAJIR, “se entiende que una persona actúa a propósito (*purposely*) respecto a una determinada conducta o un resultado cuando es su objetivo consciente involucrarse en esa conducta o causar dicho resultado”. FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 113.

45 BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier, 2011, p. 134.

46 Para algunos autores esta manifestación no va dirigida a los elementos objetivos del tipo. En este sentido, SÁNCHEZ MÁLAGA sostiene que “existen otros estados mentales —como el conocimiento (*knowledge*)— que las normas y cortes inglesas suelen exigir que mantenga un vínculo de correspondencia con las circunstancias del delito”. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, ob. cit., p. 123.

47 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 114.

la forma básica dentro de las categorías de imputación subjetiva”⁴⁸. En general se puede apreciar, tanto en la doctrina de los tribunales como en la doctrina científica, una definición de *recklessness* construida en torno a tres criterios complementarios. En primer lugar, la advertencia del riesgo en el momento de realizar la acción. El segundo elemento es la advertencia de un riesgo de cualquier clase; de forma que cualquier riesgo, si es advertido, aunque sea leve, es suficiente para apreciar un mínimo de imprudencia. El tercer elemento es la percepción que el autor del delito tiene de que el riesgo advertido no sea injustificado e irracional⁴⁹.

Siguiendo a ROBINSON, FERNÁNDEZ BUDAJIR expone la diferencia fundamental entre la desconsideración y el conocimiento:

La estricta diferencia que existe entre la desconsideración y el conocimiento, de esta forma, radica en el distinto grado de riesgo percibido por el autor, es decir, mientras que para que se atribuya conocimiento (*knowledge*) al autor el riesgo percibido por este, respecto de la materialización del resultado, debe ser un grado casi cierto o prácticamente cierto, mientras que en la desconsideración (*recklessness*) este riesgo solo debe ser sustancial⁵⁰.

La última categoría de la *mens rea* es la *negligence*: “una persona actuará negligentemente (*negligently*) con respecto a un elemento material del delito cuando debe estar consciente de un riesgo sustancial o injustificable de que el elemento material existe o resultará de su conducta”⁵¹. La admisión de la negligencia como forma de culpabilidad indica un proceso de modificación del concepto clásico de la *mens rea* como *state of mind*—en ese sentido, psicologista tradicional del derecho anglosajón—y la introducción de criterios normativos en las formas de culpabilidad, en concreto, el estándar de la previsibilidad que hubiera adoptado un hombre razonable⁵².

A estas cuatro formas de *mens rea* que hemos mencionado se ha adherido una categoría distinta que a primera vista no encuadra cabalmente con ninguna de ellas: la *willful blindness*, que, en la casuística propia del *case law*, se ha venido aplicando de manera progresiva en aquellos supuestos en los que un sujeto decidió no conocer aquello que le era posible hacerlo.

Respecto a este añadido, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala:

La doctrina de la *willful blindness* establece que, si a un autor se le despiertan sospechas de la presencia de una circunstancia inculpatória concurrente y, deliberadamente, evita confirmar sus sospechas o descubrir

48 OXMAN, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, art. cit., p. 148.

49 ROBINSON, Paul, “Mens rea”, p. 13, citado por BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, ob. cit., p. 139.

50 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal*

law, ob. cit., p. 115.

51 *Ibid.*, p. 116.

52 BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, ob. cit., p. 140.

la verdad sobre la presencia de dicha circunstancia, se le atribuye el conocimiento del hecho incriminatorio⁵³.

¿SABÍA USTED QUE?

El conocimiento en el dolo abarca la alta probabilidad de provocar el concreto resultado de lesión o puesta en peligro, en tanto que el conocimiento en la imprudencia solo abarca la infracción del deber de cuidado, no del resultado ni puesta en peligro.

Los antecedentes de la doctrina de la *willful blindness* los encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para el caso *Spurr vs. United States* de 1899, pero no es sino hasta la década de los setenta que comienza a desarrollar mayor notoriedad esta doctrina. Un caso representativo es *United States vs. Jewell* (1976), en el que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito hace referencia directa al CPM. De acuerdo con la sentencia, la ignorancia deliberada y el conocimiento efectivo son igualmente culpables. En ese sentido, “actuar con conocimiento no es únicamente actuar con conocimiento efectivo, sino también actuar con la consciencia de una alta probabilidad de la existencia del hecho en cuestión”. Se señala también que cuando el acusado es consciente de hechos que indican una alta probabilidad de la ilegalidad, pero a propósito no investiga por el deseo de

permanecer ignorante, tiene entonces conocimiento de la ilegalidad⁵⁴. Después de esta, se emitieron muchas ejecutorias en distintos sentidos, aunque la tendencia parece —con matices— seguir los lineamientos definidos en la sentencia *Jewell*⁵⁵.

A nuestro parecer, el intento de encuadre de la *willful blindness* con alguna categoría específica de la *mens rea* siempre generará tensión, sea que se le vincule con una u otra⁵⁶. De hecho, la sola

54 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., pp. 254 y 255.

55 Una concepción distinta de la ignorancia deliberada se muestra en el caso *United States vs. Heredia* (2007), en el que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que el término “conocimiento” no está limitado al conocimiento positivo, sino que incluye el estado mental de una persona que conscientemente ha evitado adquirir el conocimiento. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit.

56 Resulta ilustrativa la metáfora que describe LUBAN: “Por qué tenemos tanta dificultad para decidir cuán culpable es realmente la ignorancia deliberada? El gran zorro astuto, que aspira a hacer el mal y estructura su propia ignorancia simplemente para preparar una defensa, tiene el mismo nivel de culpabilidad que cualquier otro delincuente intencional, el nivel más alto, en el esquema del Código Penal Modelo. El avestruz deshonesto, que no quiere saber qué está haciendo mal, pero que lo haría incluso si lo supiera, parece encajar con precisión en la equivalencia del *common law* de la ignorancia deliberada con el conocimiento. Por definición, su culpa no cambia, lo sepa o no, porque su comportamiento no cambiará. Y el avestruz medio honesto, que no hará nada malo si lo sabe, pero preferiría no saberlo, se encuentra en un estado de evitación consciente de un riesgo sustancial e injustificable de cometer

53 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 151.

presencia de la *willful blindness* genera problemas. El primero es la dosificación del castigo. Así, con base en la presunción de que aquel que no quiso conocer aquello que podía y debía conocer debe ser castigado con la misma severidad que aquel que efectivamente conoció, en la práctica se equiparán casos de ignorancia —desconocimiento— con casos de *knowledge* —conocimiento—. El segundo es de clasificación, pues, como lo hemos señalado, la *willful blindness*, como concepto normativo, estructuralmente no guarda identidad exacta con ninguna de las manifestaciones de la *mens rea*. Ello ha llevado a que se fuerce esta figura y en algunos casos se la ha equiparado a la *knowledge* y en otras a la *recklessness*, es decir, se utiliza a la *willful blindness* a manera de comodín, como un estado mental que permite acreditar un estado mental distinto.

OXMAN considera que los casos de *willful blindness*, antes que adherirse a la categoría de la *recklessness*, serían formas de *knowledge*. Así, este autor afirma que “el CPM derechamente optaría por la última, es decir, como una forma de conocimiento, indicando que este se satisface con la *constatación de la existencia de una alta probabilidad de su concurrencia*”⁵⁷. Pero el adherir la

willful blindness a la *recklessness* resultaría más respetuosa de las garantías penales y procesales, máxime si entendemos que, por más voluntaria que pueda resultar la ignorancia, esta sigue siendo eso: ignorancia. Ergo, mal se haría en equiparar el tratamiento del desconocimiento con el conocimiento. Este “salto con garrocha” está vedado por el principio de culpabilidad. Y es que no se puede utilizar de manera conveniente y antojadiza a la *willful blindness*, esto es, señalar que conceptualmente se aparenta con la figura de la desconsideración, afirmar que se trata de ignorancia, pero darle un tratamiento de conocimiento. Ello es una evidente inconsistencia interna.

Sobre la naturaleza de la *willful blindness*, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala:

La *willful blindness* no deja de ser una doctrina complicada. A pesar de ser un concepto con un alto contenido normativo no se erige como un estado mental propio de un sistema de imputación subjetiva, es decir, no es un *mens rea* sino una herramienta que permite a los tribunales inferir el *mens rea* del conocimiento y sustituirlo cuando exista abrumadora evidencia de que el imputado de manera intencional y deliberada evitó la adquisición del conocimiento o permaneció en un estado de ignorancia⁵⁸.

Este problema que existe en el *common law* ha sido exportado de manera irreflexiva al sistema continental. Si ya en aquel se tiene complicaciones en ubicar a la *willful blindness* en alguna de las

un delito, precisamente la definición de imputación del Código Penal Modelo. LUBAN, David, “Contrived ignorance”, en *Georgetown Law Journal*, n.º 87, Washington D. C.: 1999, p. 969.

57 OXMAN, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, art. cit., p. 165.

58 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 339.

tantas manifestaciones de la *mens rea*, en el sistema continental este problema se agrava, puesto que existe solo una clasificación bipartita de imputación subjetiva. Los intentos de aplicar esta teoría foránea han resultado en adaptaciones forzadas, que, si bien parecieran haber dado solución a un grupo de casos, cuando se realiza un análisis más profundo, este triunfo aparente termina opacándose y sale a luz que las garantías penales y procesales han sido infringidas. Veámoslo.

¿SABÍA USTED QUE?

A diferencia de la clasificación bipartita dolo-imprudencia del *civil law*, en el *common law* existe todo un catálogo de distintas manifestaciones de la *mens rea*. Allí, por lo general, se sigue una clasificación de cuatro manifestaciones, a saber: *intention* (intención), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (desconsideración) y *negligence* (negligencia).

5. Concepto de ignorancia deliberada: una delgada y tórrida zona gris

La *willful blindness* se ha extrapolado al sistema continental con la denominación de “ignorancia deliberada”. En esencia, el concepto es el mismo, el problema es que en este ordenamiento el encuadre de esta teoría es mucho más forzado que en el *common law*. La tendencia mayoritaria es equipararla con casos de dolo eventual, no obstante, esta equiparación no debe efectuarse de

manera automática, es menester realizar un análisis más profundo y ver el parentesco que también tiene esta teoría con la imprudencia.

Hemos señalado que el dolo debe ser entendido como atribución de conocimiento, por lo tanto, si se quiere equiparar a la ignorancia deliberada con casos dolosos, debe encontrarse la interpretación exacta que, a manera de equivalente funcional, permita adaptar esta teoría de manera coherente. Por el contrario, si se quiere equiparar a la ignorancia deliberada con casos de imprudencia, debe hallarse la forma de que no se recurra artificiosamente a esta teoría para eludir responsabilidades y generar impunidad⁵⁹. No se descarta llegar a formulas intermedias o híbridas, de tal manera que la ignorancia deliberada abarque tanto supuestos de dolo como imprudencia, todo esto siempre encontrando el equilibrio entre principialismo y consecuencialismo.

En este estadio, vale la pena remitirnos a los postulados de JAKOBS:

[L]a culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al derecho; este déficit puede ser

59 Así también parece advertirlo RAGUÉS I VALLÈS, quien refiere que, para quienes parten de la premisa de que el dolo exige conocimiento, la ignorancia deliberada se presenta como una más que probable laguna legal, en la medida en que la única respuesta que la ley prevé para ella es la impunidad o, a lo sumo, el castigo propio de la imprudencia. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 130.

inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto. En la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión⁶⁰.

En efecto, para el profesor de la Universidad de Bonn, una forma de entender al dolo es mediante la indiferencia. ¿Cuándo existe indiferencia? JAKOBS nos responde:

[E]xiste indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses. Estos intereses, por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses⁶¹.

Pero ¿por qué nos remitimos a la “indiferencia” cuando se está intentando encontrar un encuadre de la ignorancia deliberada al sistema de dolo? Una respuesta tentativa sería que, si la indiferencia —como posible modalidad de dolo— es entendida como falta de interés por conocer aquellos datos que brindarían un panorama claro y completo de lo que un sujeto debe abarcar para desplegar un comportamiento, esa falta de interés lo sería respecto de datos que el propio sujeto considera irrelevantes

para tomar su decisión de actuar; ergo, el dolo se encontraría completo cuando el sujeto ya abarcó los datos mínimos y necesarios para decidir actuar en un determinado sentido⁶². Ese parece ser el razonamiento de JAKOBS, quien afirma:

El autor indiferente define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de su decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente⁶³.

De lo referido, queda la impresión de que el recurso a la indiferencia como una suerte de ceguera ante los hechos encuadra con un concepto cognitivo-normativo de dolo. Así, si un sujeto conoce datos mínimos que le resultan suficientes para actuar de manera ilícita, no será necesario que el sujeto abarque hasta el mínimo detalle y precisión las circunstancias que rodean el hecho. De tal manera, si le son indiferentes tales detalles, esto no cambia el sentido de su comportamiento, que deberá ser

60 JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I., Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 347.

61 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 355.

62 OXMAN refiere que la denominada ignorancia deliberada puede ser reinterpretada como una indiferencia consciente frente a un riesgo evidente presente al momento de la acción. Este puede imputarse a título de dolo si existía un deber de advertencia, neutralización o abstención de la conducta que desencadena el peligro. OXMAN, Nicolás, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, en VIDALES RODRÍGUEZ, Caty (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 398.

63 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 354.

calificado como dolo. Por su parte, PÉREZ BARBERÁ también refiere que algunos casos de ceguera ante los hechos podrían ser calificados como dolosos “aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión”⁶⁴. También RAGUÉS I VALLÈS parece enlistarse en este razonamiento, cuando señala:

En aquellos casos de indiferencia grave en los que el sujeto persigue beneficiarse de su estado de ignorancia sin asumir riesgos propios y eludiendo responsabilidades, se aprecia una necesidad cualificada de pena por dos grandes razones: en primer lugar, porque un tratamiento privilegiado de tales actuaciones socavaría la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico, al observar cómo quien ha tratado de eludir artificiosamente la norma penal se ve beneficiado por ello. Y, en segundo término, porque si semejantes casos quedan en la impunidad, la pena estará dejando de cumplir su función de provocar el fracaso del delincuente en situaciones en las que, sin embargo, este habrá alcanzado su propósito criminal. Además, con la impunidad en tales casos se dirigirá a la ciudadanía el mensaje —ciertamente poco recomendable— de que en determinadas circunstancias peligrosas para terceros resulta más aconsejable inhibirse que preocuparse⁶⁵.

Así, más allá de si el dolo es o no querer, lo cierto es que ese querer no puede ser acreditado en el proceso penal y, por ende, para efectos de un derecho

penal de acto (que proscribe la sanción de los pensamientos y deseos internos), el dolo debe exteriorizar el conocimiento de los hechos objeto de la acción o bien una indiferencia que pueda ser objetivamente entendida como la exteriorización del conocimiento, porque lo que resulta indiferente supone e implica ya un nivel de conocimiento⁶⁶.

Otra razón que abona a quienes defienden a la ignorancia deliberada como dolo es la similitud estructural que tiene con la *actio libera in causa*. En esta última, el sujeto, tras haber desencadenado el estado defectuoso (*actio praecedens*) para cometer el delito o pudiendo prever que lo cometería en un momento de imputabilidad (*causa libera*), es decir, tras haberse hecho perder su capacidad de culpabilidad, lleva a cabo un hecho antijurídico (*actio subsequens*)⁶⁷. Sucede algo muy parecido con la ignorancia deliberada, donde, pese a que el sujeto provoca su estado de déficit cognitivo para cometer un hecho ilícito, existen motivos para mantener intacta su responsabilidad dolosa⁶⁸.

64 PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, p. 208

65 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., pp. 186 y 187.

66 OXMAN, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, art. cit., p. 388.

67 MARTÍN LORENZO, María, “Caso del Chapista”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 2011, p. 414.

68 Así, CORCOY BIDASOLO refiere que serán dolosos los “supuestos de *actio libera in causa* en los que el sujeto desconoce el riesgo en el momento en que este se produce porque previamente se ha colocado ‘dolosamente’ en situación de no advertirlo”. CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, art. cit., p. 80.

Incluso quienes ven al dolo desde una óptica objetivada parecen encuadrar a la ignorancia deliberada en este. Así, PÉREZ BARBERÁ sostiene que la razón por la cual un autor que no ha obrado con conocimiento o representación efectivos de alguna circunstancia típica pueda igualmente ser condenado por dolo no reside en que se le atribuye objetivamente un conocimiento o representación que no ha tenido, sino en que dicha falta de conocimiento o de representación —por razones normativas vinculadas a estándares objetivos de racionalidad— se considera irrelevante para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda el reproche doloso⁶⁹.

Las voces que atisban a la ignorancia deliberada como dolo son muchas, por ello, basta con remitirnos al magnífico trabajo de RAGUÉS I VALLÈS, quien refiere que la ignorancia deliberada debe contar con los siguientes elementos:

- a) *Ausencia de representación suficiente*: para que desde un punto de vista jurídico-penal pueda hablarse de ignorancia deliberada es necesario que, en el momento de realizar la acción u omisión objetivamente típica, el sujeto no cuente con aquellos conocimientos que permitirían afirmar que ha actuado con el grado de representación exigido por el dolo del tipo legal en cuestión⁷⁰.
- b) *Capacidad de obtener la información ignorada*: solo de quien está en condiciones de conocer puede afirmarse que ha decidido ignorar deliberadamente⁷¹.
- c) *Deber de obtener la información ignorada*: para hablar de ignorancia deliberada no es necesario que se incumpla un deber específico, sino que basta con la inobservancia del deber general de advertir los riesgos asociados a la realización de comportamientos potencialmente lesivos para intereses ajenos⁷².
- d) *Decisión de no conocer*: esta decisión —que ha de ser voluntaria o, cuando menos, consciente— puede plasmarse tanto en acciones concretas realizadas para evitar una determinada información como en omisiones del deber de conocer⁷³.

De una opinión similar es CORTÉS LABADÍA. Para este autor, al fin y al cabo, nos hallamos ante supuestos de *actio libera in sua causa* o dolo por asunción, donde el sujeto manifiesta una indiferencia que lleva a un conocimiento *sui generis* de la acción delictiva y sus consecuencias y a una aceptación del resultado. De esta manera, se introduce en el ámbito del dolo eventual. CORTÉS LABADÍA, Juan Pablo, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”, en *La Ley Penal*, n.º 122, Madrid: septiembre-octubre del 2016, p. 3.

69 PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, ob. cit., p. 798. Por su parte, PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, ob. cit., p. 145.

70 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 156.

71 *Ibid.*, p. 157.

72 *Loc. cit.*

73 *Ibid.*, pp. 157 y 158.

- e) “*La motivación que ha llevado al sujeto al desconocimiento*”; no es lo mismo indiferencia que pereza o imprudencia.

Luego de un esfuerzo por clasificar los distintos supuestos de ignorancia deliberada, RAGUÉS I VALLÈS esboza un concepto que incluye a aquellos casos que merecen ser tratados como dolo eventual:

El sujeto que 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, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que este⁷⁴.

Por todo ello, debemos entender que, para poder incluir diferentes situaciones de ignorancia deliberada bajo el ámbito del dolo eventual, el sujeto activo debe conocer, de manera suficiente, aunque no sea al 100 %, las circunstancias y consecuencias del delito, pues en caso contrario, aunque moralmente resultase reproducible la ignorancia voluntaria del sujeto activo, no podría aplicársele pena, al no tener un conocimiento suficiente, ni por indicios, de aquello que está a

punto de realizar⁷⁵. Podemos concluir, entonces, que no todos los casos de ignorancia deliberada serán considerados como delitos dolosos, solo lo serán aquellos que lo sean en estricto sentido.

IMPORTANTE

A las cuatro formas de *mens rea* se ha adherido una categoría distinta que a primera vista no encuadra cabalmente con ninguna de ellas: la *willful blindness*, que, en la casuística propia del *case law*, se ha venido aplicando de manera progresiva en aquellos supuestos en los que un sujeto decidió no conocer aquello que le era posible hacerlo.

Hay ignorancia deliberada *stricto sensu* cuando intencionalmente el agente evita la propia obtención de los conocimientos mínimos necesarios para que se configure el dolo eventual, de tal forma que, aunque haya realizado el tipo objetivo, consigue que su actuación sea calificada como imprudente (y no dolosa), lo que le proporciona una pena más benéfica e incluso la impunidad en aquellos casos en los que la modalidad culposa es atípica⁷⁶.

Como refiere JAKOBS, en su contundente frase citada al inicio de este artículo: “¡Es tan obvio que no todo

74 *Ibid.*, pp. 192 y 193.

75 CORTÉS LABADÍA, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”, art. cit., p. 4.

76 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 109.

desconocimiento es un error!”⁷⁷. Existe más que solo desconocimiento en los casos de ignorancia deliberada, existe indiferencia, temeridad, desconsideración y un componente motivacional más que conveniente, sea obtener un provecho, sea obtener argumentos para librarse de una posible responsabilidad penal.

La ignorancia respecto de un elemento constitutivo de la infracción penal al momento de la realización de la acción, o bien un conocimiento falso o equivocado, podría configurar un error. Sin embargo, aquí se trata de supuestos en que existe algo más que la “mera ignorancia” o el “conocimiento falso”, en la medida en que se constata un compromiso del sujeto con la realización de una acción riesgosa que externamente interpretada constituye un desprecio significativo por las normas de prohibición o mandato⁷⁸.

Pese a todos estos motivos, no faltan las voces críticas a la ignorancia deliberada, que la tachan de una doctrina peligrosa o de una presunción de dolo. La mayoría de estas la cuestionan desde la óptica probatoria, pues con esta teoría se relaja la carga probatoria de la acusación o se flexibiliza la motivación judicial. Incluso se le critica promover una inversión de la carga de la prueba. A todas estas críticas no les falta razón, pues hasta donde se ha señalado, los

tribunales, al aplicar esta teoría, se han sentido comprometidos a vincularla a casos de dolo: la mayoría de las decisiones muestra reparos a vincularla con casos de imprudencia⁷⁹.

No es admisible efectuar una inversión de la carga de la prueba sobre ese elemento del tipo. El dolo no se puede equiparar a un mero “debía conocer y al no hacerlo, conoció”. Ello supone elaborar un sistema de presunciones *contra reo* a partir de un deber cuyo presupuesto u origen no es de común conocimiento para muchos ciudadanos, máxime si en el momento de su determinación no suele hacerse una fundamentación de los indicios que concurren⁸⁰.

Efectivamente, no todas las voces doctrinales refieren que la ignorancia deliberada debe ser asimilada con casos dolosos, hay quienes refieren que esta teoría tiene cierto parentesco con los

79 Razón no le falta a MIRÓ LLINARES cuando señala que lo que ha sucedido con la aparición de esta idea de la ignorancia deliberada es que “algunos tribunales han encontrado en ella una forma sencilla de argumentar sobre la responsabilidad dolosa saltándose la necesidad de justificar la atribución de conocimiento, incluso en casos en los que la misma podía probarse”. MIRÓ LLINARES, Fernando, “Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna”, en *Revista Penal México*, vol. 4, n.º 8, Ciudad de México: marzo-agosto del 2015, p. 149. Recuperado de <<https://bit.ly/35OwRkp>>.

80 NAVARRO MASSIP, Jorge, “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, en AA. VV., *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Navarra: Aranzadi, 2012, p. 250.

77 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 349.

78 OXMAN, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, art. cit., pp. 396 y 397.

delitos imprudentes. Esto resulta ciertamente razonable, “es preferible un concepto de ignorancia deliberada que no nos obligue a resolver estas situaciones como si todas fuesen casos de comportamientos dolosos”⁸¹. Para MONTIEL, en los casos de ignorancia deliberada, “más allá del cambio de denominación, estamos [...] ante supuestos que estructuralmente coinciden con los casos de imprudencia: falta de conocimiento de las circunstancias típicas, provocada por una acción precedente”⁸². Este argumento gana más fuerza si consideramos que, en muchos casos, el desconocimiento —aun cuando sea provocado— o un conocimiento incipiente del hecho no siempre genera la rayana certeza de la aptitud del comportamiento para provocar un concreto resultado.

Respecto a la indiferencia como modalidad de dolo, debemos mencionar que esta, a su vez, puede clasificarse en indiferencia grave y leve. Sea cual fuere, no debe obviarse que los casos de indiferencia no reflejan un conocimiento cierto del hecho ilícito, por lo que el fundamento de su castigo es que, habiendo abarcado un mínimo de conocimiento, se actúe con desconsideración

o temeridad. Distintos son los casos en que el conocimiento del sujeto abarca las circunstancias globales del hecho: en estos no se actúa con indiferencia, sino con hostilidad. De ahí que algunos autores consideren que “los actos que reflejan indiferencia deben ser castigados de manera más leve que los actos que reflejan hostilidad”⁸³.

MANRIQUE PÉREZ explica cuándo la indiferencia es grave y cuándo leve:

[H]abría 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 cuando el sujeto no tuvo una representación correcta de la posibilidad —o ni siquiera se le ocurrió la posibilidad— de producir esa lesión⁸⁴.

En tal sentido, la indiferencia debe entenderse también como una valoración y, por ende, puede ser graduable en dolo e imprudencia, de tal manera que solo los casos de indiferencia grave podrían asimilarse al dolo y estos —en determinados casos— a la ignorancia deliberada.

Y es que vale la pena hacer el esfuerzo de delimitar la delgada línea gris que separa los casos de dolo e imprudencia y situar a la ignorancia deliberada exclusivamente en una u otra orilla o, de ser imposible esta labor, por encontrarnos

81 MANRIQUE PÉREZ, María L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, Ciudad de México: abril del 2014, p. 183. Recuperado de <<https://bit.ly/36UmPO3>>.

82 MONTIEL, Juan Pablo, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes” en *En Letra. Derecho Penal*, año II, n.º 3, Buenos Aires: noviembre del 2016, p. 3. Recuperado de <<https://bit.ly/2IKlqk9>>.

83 MANRIQUE PÉREZ, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, art. cit., p. 174.

84 *Ibid.*, pp. 170 y 171.

ante un auténtico “sorites”⁸⁵, esbozar criterios claros que definan cuándo un caso de ignorancia deliberada —bajo determinadas circunstancias— debe ser calificado como dolo o imprudencia indistintamente. Este esfuerzo no debe obviar que “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”⁸⁶.

Con todo, a pesar de que la ignorancia deliberada es una teoría que en el sistema continental tiene al menos una veintena de años, trae desafíos a los que la dogmática y jurisprudencia penal parecen no encontrarles una respuesta unánime, de tal manera que siempre hará ruido, sea que un tribunal resuelva en un sentido u otro. Estamos así ante un auténtico modelo para armar, un verdadero *non liquet*. Para muestra un botón: el referido caso del futbolista Messi, a quien se le condenó por un delito doloso, no encuadra con los re-

quisitos de la “ignorancia deliberada en sentido estricto” propuestos por RAGUÉS I VALLÈS. En consecuencia, a nuestro parecer, no se cumplió con los requisitos del “deber conocer” ni de la “especial motivación”, por lo que estaríamos ante un auténtico caso de delito imprudente⁸⁷. De ahí que resulte fundada la crítica de MONTIEL, quien refiere que en dicho caso “puede observarse con claridad que al olvidar los jueces la identidad estructural entre la ignorancia deliberada y la imprudencia se llega a consecuencias dogmática y político-criminalmente inconsistentes”⁸⁸.

Debe hacerse referencia también a que el “deber de conocer” no es una caja de sastre que imponga deberes omnícomprensivos. Por el contrario, estos deberes se calibran tomando en cuenta factores sociales y personales, en definitiva, tomando en cuenta la definición de “rol”. Así, por ejemplo, no se le puede imponer al socio de una determinada área de un *staff* de abogados un deber de conocer lo que acontezca en un área dis-

85 Vale recordar la advertencia de MOLINA FERNÁNDEZ sobre encontrar el exacto límite entre dolo e imprudencia, lo que considera un problema irresoluble, pues se pretende afrontar un problema gradual con términos y respuesta no graduales, o no en la suficiente medida, con lo que caen de lleno en los problemas que lleva consigo la paradoja sorites. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, art. cit., p. 741.

86 MANRIQUE PÉREZ, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, art. cit., p. 176.

87 De manera similar, MANRIQUE PÉREZ sostiene: “[P]ara afirmar que hay ignorancia deliberada, el agente debe haber tenido (y, por tanto, se debe probar) un motivo específico para mantenerse en la ignorancia. A su vez, incluso si se deja de lado esa exigencia conceptual, en el caso concreto no se ha probado que Messi decidió ignorar”. MANRIQUE PÉREZ, María L., “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Iter Criminis*, n.º 15, 6.ª época, Ciudad de México: octubre-diciembre del 2016, p. 93. Recuperado de <<https://bit.ly/37a9QrU>>.

88 MONTIEL, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes”, art. cit., p. 4.

tinta, además de que los conocimientos deben ser valorados siempre desde una vertiente *ex ante*. De ahí que mostremos nuestro reparo, junto con MONTIEL, en que en muchos casos “los jueces llev[e]n los deberes de conocimientos o deberes de diligencia a unos niveles de exigencia que difícilmente serían realizables y, por ende, exigibles”⁸⁹.

IMPORTANTE

La sola presencia de la *willful blindness* genera problemas. El primero es la dosificación del castigo. Con base en la presunción de que aquel que no quiso conocer aquello que podía y debía conocer debe ser castigado con la misma severidad que aquel que efectivamente conoció, se equiparán casos de ignorancia –desconocimiento– con casos de *knowledge* –conocimiento–. El segundo es de clasificación, pues la *willful blindness*, como concepto normativo, estructuralmente no guarda identidad exacta con ninguna de las manifestaciones de la *mens rea*. Ello ha llevado a que se la utilice a manera de comodín, como un estado mental que permite acreditar un estado mental distinto.

Siempre se va a efectuar una valoración *ex post* de que el sujeto debió conocer aspectos del comportamiento que en realidad omitió. Pero, atendiendo al concreto curso de los hechos, lo exigible es analizar *ex ante* esa conducta y analizar si la decisión no adoptada (el

deber conocer) o, mejor, aquello que no podía desconocer, es compatible con la realidad de ese momento previo⁹⁰. Por ello, es completamente necesario que la acusación acredite en cada caso que el acusado tuvo a su disposición los medios necesarios para saber cuáles eran las circunstancias y consecuencias de su actuación, así como que intencionalmente decidió no conocerlas a fin de evitar potenciales responsabilidades penales. Aunque estos aspectos dificultan en gran medida la aplicación práctica de esta teoría, al ser su dificultad probatoria extremadamente elevada, resultan de todo punto imprescindibles, como hemos indicado, a fin de respetar los principios del derecho penal⁹¹.

6. La ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al delito de lavado de activos

En el ordenamiento jurídico peruano es casi inexistente la jurisprudencia que ha aplicado esta teoría. Más allá de alguna ejecutoria puntual⁹², no existe algún pronunciamiento de la Corte

90 NAVARRO MASSIP, “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, art. cit., p. 250.

91 CORTÉS LABADÍA, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”, art. cit., p. 4.

92 Vid. SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE MAYNAS, *Expediente N.º 00740-2014-41-1903-JR-PE-04*, Iquitos: 25 de julio del 2019. En esta sentencia se hace mención a la teoría de la ignorancia deliberada en cuanto al aspecto subjetivo del delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables.

89 *Loc. cit.*

Suprema que haya tomado posición respecto a esta teoría. Huelga recordar aquí que no debe recurrirse a la ignorancia deliberada como excusa para dejar de motivar las resoluciones o fallos judiciales, pues en países como España esta teoría se viene aplicando desde hace varios años y se ha desarrollado toda una corriente jurisprudencial que ha resuelto juzgar por delitos dolosos casos muy controvertidos.

¿SABÍA USTED QUE?

La ignorancia deliberada en el delito de lavado de activos se manifiesta mediante la expresión “debía presumir”, pues nos encontramos ante supuestos en los que el sujeto no conocía, pero debía conocer o presumir el origen ilícito de los activos.

Sin perjuicio de ello, es previsible que más temprano que tarde esta teoría llegue a aplicarse para un grupo de casos que en los últimos años han sido muy discutibles, no solo por su complejidad en la etapa de investigación, sino por la alta actividad probatoria que se viene practicando, nos referimos a los casos enmarcados en la operación *Lava Jato*, en los cuales se han visto involucrados empresarios y empresas muy empoderadas, funcionarios de alta jerarquía e incluso expresidentes y ministros de gobierno. La importancia de analizar estos casos no es menor, pues, en la mayoría de ellos, los procesados, como medio de defensa, han enarbolado el

escudo del “desconocimiento de los hechos”, esto en el marco de procesos por delitos de lavado de activos, corrupción de funcionarios, etcétera, muchos de los cuales solo tienen previstas las modalidades dolosas.

Así, las modalidades básicas del lavado de activos, reguladas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.º 1106, se refieren al aspecto subjetivo con el término “cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”. Con esta frase se suscita la duda de si se refiere solo a supuestos de dolo—directo y eventual—o también se estaría abarcando supuestos de imprudencia. Lo que parece claro es que se trata de un supuesto de ignorancia deliberada.

Es mayoritaria la opinión de que con tales referencias se estaría abarcando únicamente los supuestos de dolo⁹³, pues los términos conocer (dolo directo) o debía presumir (dolo eventual) abarcan los elementos objetivos del tipo penal, en este caso, realizar actos de lavado con activos de origen ilícito. Un argumento a favor de que las modalidades básicas de lavado solo recojan la modalidad dolosa es el sistema de *numerus clausus* reservado para los delitos imprudentes, de tal manera que, si se pretende abarcar la modalidad imprudente del lavado de activos, esta debe estar taxativamente expresa en el tipo penal, lo que no ocurre en la legislación peruana.

93 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 486 y 487.

Un sector minoritario, sin embargo, considera que el “debía presumir” recoge una auténtica modalidad imprudente del lavado de activos, esto porque se “introduce en el ámbito de lo punible una actuación culposa especialmente grave (la temeridad)”⁹⁴. Contra este argumento se ha señalado que el querer admitir interpretativamente tipos culposos es incompatible con nuestro sistema penal: la imprudencia (o culpa) debe ser expresa y claramente establecida en los tipos penales (art. 12, párr. 2, del CP)⁹⁵. Además, esta exigencia de tipificación expresa “se ve confirmada porque la ley prevé un único caso de imprudencia: el art. 5, párr. 2, [del D. Leg. N.º 1106] sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas”⁹⁶.

Más allá de agotar la discusión interminable entre dolo eventual-culpa consciente, coincidimos con la interpretación sugerida por GARCÍA CAVERO, quien afirma que el hecho de que el legislador no haya utilizado el término “culpa” no es argumento concluyente. Lo que se debe tener en cuenta es el alcance semántico de los elementos del tipo, no la correspondencia nominal

de los términos utilizados⁹⁷. La manifestación de la ignorancia deliberada mediante la expresión “debía presumir” parece evidente, nos encontramos ante supuestos en los que el sujeto no conocía, pero debía conocer o presumir el origen ilícito de los activos. Esto nos lleva a afirmar que se trata de una ignorancia deliberada, que en el delito de lavado de activos es una modalidad imprudente, a pesar de que en el tipo penal no se mencione expresamente a la culpa⁹⁸. Esta afirmación no es insostenible ni contradictoria, si hemos hecho alusión a que el aspecto subjetivo del tipo imprudente es la cognoscibilidad, entendida como exigibilidad de conocimiento del riesgo.

Por otro lado, no debe extrañar que se aplique la doctrina de la ignorancia deliberada indistintamente a casos de dolo e imprudencia, pues ninguna de estas categorías la monopoliza de manera excluyente. Así, por ejemplo, el caso de

94 GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 125.

95 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017, p. 117.

96 CARO CORIA, Dino C., “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 2, Lima: 2012, p. 222. Recuperado de <<https://bit.ly/3fTuRY>>.

97 GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 126.

98 De una opinión distinta es GÁLVEZ VILLEGAS, para quien la cláusula “debía presumir” se condice con el dolo eventual. El agente, dadas las circunstancias que rodean al hecho, se encuentra en la posición de “presumir” (y en efecto presume) el origen delictivo de los activos, y por ello tiene el deber de indagar más sobre el origen de estos a efectos de tomar un real conocimiento, y, al no hacerlo, estaría manteniéndose deliberadamente en la ignorancia; y, claro, los supuestos de ignorancia deliberada son considerados como casos de dolo eventual. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Lima: Ideas, 2016, pp. 64 y 65.

un sujeto que se hace nombrar gerente de varias empresas en las que firma documentos que facilitan los actos de lavado de activos sin conocer el contenido íntegro de los mismos porque “no le interesó en lo mínimo averiguar el detalle”, sino que su única motivación era el alto salario que cobraba por dicha labor. En este supuesto nos encontramos ante un caso de modalidad dolosa de lavado de activos. El sujeto que funge como “hombre de paja” no es descuidado, sino indiferente ante el riesgo que crea su conducta, conoce el contenido mínimo de los documentos que firma y la alta probabilidad de configurar el tipo penal, aspectos que son abarcados por el dolo. Distinta es la situación de una persona con exceso de confianza a la que un familiar muy cercano le pide de favor que le preste su cuenta bancaria para realizar operaciones de transferencia y recepción de dinero, que luego se descubre que era proveniente de un delito previo. En este supuesto nos encontramos ante un comportamiento imprudente del sujeto, pues no conoció, pero debió presumir que su conducta era potencialmente apta para configurar o favorecer el delito de lavado de activos.

Como podemos advertir, ambos ejemplos mantienen una estructura muy similar, sujetos que no conocieron todas las circunstancias de los hechos, pero debieron y pudieron hacerlo. La diferencia muy mínima entre uno y otro está en los detalles y particularidades de cada caso: en uno, un gerente tiene conocimientos mínimos —pero suficientes para confi-

gurar el dolo— y no quiso saber más; en el otro, una persona descuidada que no conoció el riesgo, pero debió hacerlo. En ambos casos podemos afirmar que se actuó con ignorancia deliberada, no obstante, en un caso se deberá sancionar por delito doloso y el otro por delito imprudente⁹⁹.

En tal sentido, la caótica clasificación que por tradición se ha realizado al dolo no permite encuadrar armónicamente la figura de la ignorancia deliberada sin solaparse al mismo tiempo en supuestos de imprudencia. A pesar de que somos de la idea de que el rótulo “debía presumir” ya hace referencia a la modalidad imprudente del lavado de activos, es recomendable, a fin de evitar mayor confusión, que el legislador modifique el tipo penal y se introduzca de manera expresa el tipo imprudente, y utilice para ello el término “culpa o imprudencia”, tal como se hace en las legislaciones alemana y española.

⁹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ considera que la ignorancia deliberada es equiparable al dolo eventual. No obstante, hace una acertada observación: “La adecuada solución de los problemas que se quieren resolver con la ‘doctrina de la ignorancia deliberada’ sigue estando en un concepto normativo de dolo con el que se viene trabajando en gran cantidad de sentencias y que ha permitido renovar los criterios jurisprudenciales en un corto espacio de tiempo al desligar la imputación subjetiva del posicionamiento mental del infractor”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona: julio del 2015, p. 23. Recuperado de <<https://bit.ly/3929HJh>>.

IMPORTANTE

La ignorancia deliberada no es una categoría “nueva” de imputación subjetiva, junto con el dolo y la imprudencia, sino un rótulo o etiqueta que se utiliza para describir a un espectro de casos en los que un sujeto provoca su propio desconocimiento para a partir de ahí desplegar un comportamiento ilícito.

7. Toma de posición: derribando algunos mitos

Con lo hasta aquí expuesto, no se pretende agotar una teoría de la ignorancia deliberada, sino a lo sumo —siendo pretenciosos— esbozar una aproximación, delimitar sus contornos y advertir de las nefastas consecuencias que nos aquejarían en el caso de que se lleve a cabo una mala usanza de esta controvertida teoría. En esta tesitura, no es de extrañar que, luego de haber expuesto las vacilantes interpretaciones que se dan a la ignorancia deliberada, se tejan algunos mitos que no hacen sino agudizar aún más la confusión que rodea a un tema ya de por sí intrincado. Intentaremos, pues, derribar estos mitos.

7.1. Primer mito: La ignorancia deliberada es una nueva categoría de la imputación subjetiva

Comenzamos por el más usual de los mitos, pues hay quienes creen que la ignorancia deliberada es una institución que ha venido a situarse junto con el dolo y la imprudencia como “las tres categorías de

la imputación subjetiva”. Esto, definitivamente, es un error muy común en quienes pregonan una excesiva “categorización” del aspecto subjetivo del injusto penal y en cierta medida es razonable, basta con recordar las tantas manifestaciones de *mens rea* del *common law*.

Pero no se puede realizar una extrapolación irreflexiva de categorías propias de un sistema jurídico completamente antitético al nuestro y forzar una adaptación. Son dos las razones que nos llevan a manifestar nuestro rechazo: *primero*, una cuestión de legalidad, la mayoría de los códigos penales de los sistemas de corte continental —si es que no todos— reconocen solo dos categorías de la imputación subjetiva, esto es, el dolo y la imprudencia. Por ello, si se pretende introducir una tercera categoría, deberá comenzarse por una reforma legislativa. *Segundo*, una cuestión de coherencia dogmática, ya se ha manifestado que los casos de ignorancia deliberada son una “delgada zona gris” entre el dolo y la imprudencia, tanto así que en la mayoría de casos se solapan. De ahí que también se afirme que esta teoría es tan problemática como innecesaria.

Llegado a este espacio, no queda sino manifestar que la ignorancia deliberada no es una categoría “nueva” de imputación subjetiva, sino un rótulo o etiqueta que se utiliza para describir a un espectro de casos en los que un sujeto provoca su propio desconocimiento para a partir de ahí desplegar un comportamiento ilícito.

7.2. Segundo mito: Los casos de ignorancia deliberada son siempre equivalentes al dolo eventual y, por ende, merecen ser castigados con la misma severidad

Este mito es parcialmente contrario al anterior, pues aquí no se afirma que la ignorancia deliberada sea una nueva categoría de imputación subjetiva, sino que son casos *sui generis* de dolo, en tanto se hace la “alquimia jurídica” de convertir el desconocimiento en conocimiento. A pesar de ser una premisa relativamente válida, pues, en efecto, la práctica judicial da cuenta de que la mayoría de casos de ignorancia deliberada han terminado resueltos como casos de dolo eventual, más cierto es que de esta controversial práctica no se desprende que todos los supuestos tengan que necesariamente resolverse en ese sentido.

Los casos de ignorancia deliberada no están forzosamente vinculados con casos de dolo o vinculados —siempre— con casos de imprudencia, no se trata de una adhesión excluyente, sino que pueden ser situados en una u otra categoría indistintamente¹⁰⁰. No se trata de asociar una figura a un blanco o negro, menos en estas categorías normativas graduales

en las que hay miles de “matices”. Como lo hemos advertido, se debe valorar en el caso concreto si concurren los elementos que la “dogmática dura” ha atribuido al dolo y a la imprudencia.

¿SABÍA USTED QUE?

Los casos de ignorancia deliberada no están forzosamente vinculados con casos de dolo o vinculados —siempre— con casos de imprudencia, no se trata de una adhesión excluyente, sino que pueden ser situados en una u otra categoría indistintamente.

Por esta razón, las penas establecidas para los delitos dolosos no pueden asociarse a todos los casos de ignorancia deliberada. Esta conclusión no solo peca de arbitraria, sino de disfuncional. La pena debe ser la respuesta calibrada a la medida de responsabilidad por la conducta, y para que esta sea legítima debe responder ante comportamientos con auténtica expresión de sentido —tanto objetiva como subjetiva—. No pueden ser de recibo aquellas fórmulas, presunciones o interpretaciones apócrifas de la ignorancia deliberada que transmutan la imprudencia en dolo y viceversa, estas alquimias jurídicas son muestras palpables de una dogmática inconsecuente.

Es oportuno también mencionar que el problema de la asimetría en la gravedad de las penas de los delitos dolosos respecto de los imprudentes podría moderarse si entre uno y otro no hubiera una diferencia del “cielo hasta la tierra”,

100 Del mismo parecer es MANRIQUE PÉREZ, quien señala: “Un modo de ganar especificidad al momento de distinguir casos de ignorancia que cuenten como dolosos y otros que cuenten como imprudentes es a través de los *motivos* que tenía el agente para sospechar o no que con su conducta estaba cometiendo determinado tipo de delito”. MANRIQUE PÉREZ, “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, art. cit., p. 95.

por lo tanto, aunque resulte cuestionable mencionarlo, debería reformarse la legislación penal de tal manera que la dosimetría penal de los delitos dolosos comience justamente donde terminan los de los delitos imprudentes o, incluso, haber espacios en los que se solapen.

7.3. Tercer mito: La ignorancia deliberada permite aligerar la prueba del dolo

Que esta teoría haya tenido —en los últimos años— cierta recepción por parte de los tribunales, sobre todo españoles, se debe, en la mayoría de casos, a su facilidad de maniobraje. No es casualidad que la mayoría de casos resueltos aplicando esta teoría hayan sido condenas por delitos dolosos, salvo contadas ejecutorias en las que se le formulan reparos o se le tilda de teoría innecesaria.

Con este mito se dice que es más fácil demostrar la ignorancia que demostrar el conocimiento, e incluso que la ignorancia no se prueba, sino que se presume, esto para contrarrestar los argumentos de defensa (por ejemplo: “yo no sabía”, “nunca me lo representé”), de tal manera que sería suficiente con acreditar el aspecto objetivo del tipo penal, pues de la “ignorancia presumida” se infiere el dolo.

Ese planteamiento, sin embargo, resulta peligroso. Un ordenamiento jurídico perfilado como un Estado social y democrático de derecho debe garantizar el respeto por los principios mínimos, en este caso, legalidad, culpabilidad y

presunción de inocencia. Hemos hecho bastante referencia a que, incluso si se aplica la ignorancia deliberada, tienen que probarse todos los elementos que esta teoría ha desarrollado. No es suficiente con que la acusación alegue que el sujeto actuó con desconocimiento, pues, por lo general, se suele obviar la probanza de los dos últimos elementos de la ignorancia deliberada, es decir, la decisión de desconocer y la motivación que ha llevado al sujeto al desconocimiento¹⁰¹.

De tal manera, no se puede recurrir a la ignorancia deliberada como subterfugio para aligerar la prueba del aspecto subjetivo del tipo penal, sea que se alegue un dolo eventual o una imprudencia o ignorancia deliberada como manifestación de estas, se debe demostrar todos los elementos y circunstancias que fundamentan la acusación.

¹⁰¹ De manera oportuna, RAGUÉS I VALLÈS señala: “[E]l ‘descubrimiento’ de la teoría de la willful blindness a principios del presente siglo ha servido, en buena medida, para aligerar la carga de fundamentación jurídica en la prueba del elemento cognitivo del dolo, olvidando a menudo que la ignorancia *deliberada* también incluye un factor subjetivo —a saber, el carácter intencionado del desconocimiento— cuya prueba no debe de resultar precisamente menos compleja que la del propio conocimiento”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “A modo de contraréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en *Discusiones*, n.º 13, Buenos Aires: 2013, p. 143. Recuperado de <<https://bit.ly/3nA5PU6>>.

7.4. Cuarto mito: La ignorancia deliberada entendida como imprudencia genera impunidad

Este es un mito que se genera como consecuencia de los dos anteriores. Ni todos los casos de ignorancia deliberada son dolosos, ni todos imprudentes, sino que se mueve entre ambas. Debe evaluarse el caso concreto y ver si, de acuerdo con las circunstancias que se prueba en el proceso, la estructura se adecua más al de un delito doloso o imprudente. Pero ¿qué pasa si se tiene la estructura de un delito imprudente y no se encuentra regulado el delito en esta modalidad? Pues, inevitablemente, se deberá absolver de la acusación al procesado.

Esta afirmación parece corroborar lo que el mito afirma, no obstante, se debe analizar más detalladamente. Que un caso no doloso o, más bien, un supuesto de ignorancia deliberada con estructura de delito imprudente quede al margen del castigo no es un problema que se genere por aplicar esta teoría. Así, por ejemplo, en un supuesto de violación sexual de menor de edad —que no contempla la modalidad imprudente— en el que el sujeto “no quiso averiguar” la verdadera edad de la víctima, pues tenía claramente un aspecto físico propio de una persona mayor de edad, además de que esta le aseguró serlo y consintió el acto sexual, está claro que debe absolversele. En este caso la ausencia de castigo no es por haber actuado por ignorancia deliberada, sino por haber actuado bajo un supuesto de error de tipo.

Los problemas de impunidad no los genera una malentendida interpretación de la ignorancia deliberada en clave de delitos imprudentes, sino la figura del error de tipo para aquellos delitos que no contemplan dicha modalidad. A pesar de esto, no parece saludable eliminar al error de tipo como categoría de la teoría del delito, so pretexto de ser una institución que genera vacíos de punibilidad. Con esto queremos dar a entender que no se le puede achacar a la ignorancia deliberada las dificultades que arrastra otra categoría de la teoría del delito que se encuentra muy emparentada con ella.

IMPORTANTE

Que un supuesto de ignorancia deliberada con estructura de delito imprudente quede al margen del castigo no es un problema que se genere por aplicar esta teoría. La ausencia de castigo no es por haber actuado por ignorancia deliberada, sino por haber actuado bajo un supuesto de error de tipo en aquellos delitos que no contemplan la modalidad imprudente.

8. Consideraciones finales

La dogmática penal es una herramienta que nos permite definir y redefinir categorías jurídicas, muchas de las cuales solo encuentran un entendimiento claro luego de un largo proceso de maduración, amén de cientos de horas de lectura reflexiva, esbozo de conceptos y confrontación de ideas, pero no es de extrañar que en algún momento nos topemos con algún problema que con-

sideremos irresoluble, y ese parece ser, justamente, el encuadre de la teoría de la ignorancia deliberada en el sistema de imputación subjetiva del derecho penal de corte continental.

Pese a las diversas interpretaciones que se han propuesto por parte de la literatura penal, la ignorancia deliberada no debiera ser entendida como una categoría más de imputación subjetiva, sino como un concepto que abarca los supuestos límite de dolo e imprudencia, esa odiosa zona gris que no nos permite establecer con claridad “un corte exacto” entre una y otra. No resulta estrambótico este planteamiento de la ignorancia deliberada, pues, al tratarse de una teoría foránea, su adaptación en el ordenamiento jurídico de corte continental es bastante forzada, manteniéndose intacto el *non liquet*.

A pesar de todo, hemos hecho el esfuerzo por delimitar los contornos de esta figura para que —de ser aplicada— no se caiga en alquimias que poco ayudan al esclarecimiento de las fronteras entre el dolo y la imprudencia, discusión que tiene más sombras que luces. Más allá de las diversas interpretaciones que se puedan proponer, en lo que parecemos concordar todos es en que no puede utilizarse a la ignorancia deliberada como un subterfugio para aligerar la prueba del dolo a costa de infringir principios penales básicos como el de legalidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

Al final de estas reflexiones, cuesta admitir no haber encontrado la piedra

exacta que tape la grieta de la discusión abordada —el tiempo le sigue dando la razón a MOLINA FERNÁNDEZ—. Sin embargo, sea esta una invitación a seguir contribuyendo a esclarecer el camino y centrar la discusión, ya sea disociando alquimias, aminorando adaptaciones forzadas o —como se ha pretendido con este artículo— derribando mitos. 

9. Referencias bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier, 2011.
- BERRUEZO, Rafael, “Ignorancia deliberada en el derecho penal económico”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 4, Lima: 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/3pWzj0u>>.
- CARO CORIA, Dino C., “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 2, Lima: 2012. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffTuRY>>.
- CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: ARA Editores, 2010.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, en *Ius et Veritas*, n.º 58, Lima: mayo del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffu2MB>>.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., reimp., Buenos Aires: B de F, 2020.
- CORTÉS LABADÍA, Juan Pablo, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en

nuestro ordenamiento jurídico”, en *La Ley Penal*, n.º 122, Madrid: septiembre-octubre del 2016.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona: julio del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3929HJh>>.

FERNÁNDEZ BUDAJIR, Luis G., *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, tesis para optar el grado académico de doctor con mención en Derecho Penal, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2IUa26j>>.

GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores, 2013.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Ideas, 2019.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Lima: Ideas, 2016.

GRECO, Luis, “Dolo sin voluntad”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 88, Medellín: enero-junio del 2017.

HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, n.º 3, Madrid: 1990. Recuperado de <<https://bit.ly/3kQHV4V>>.

HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2.ª ed., Buenos Aires: B de F, 2009.

JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I., Madrid: Marcial Pons, 2004.

LUBAN, David, “Contrived Ignorance”, en *Georgetown Law Journal*, n.º 87, Washington D. C.: 1999.

MANRIQUE PÉREZ, María L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3pN4BGO>>.

MANRIQUE PÉREZ, María L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*,

n.º 40, Ciudad de México: abril del 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/36UmPO3>>.

MANRIQUE PÉREZ, María L., “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Iter Criminis*, n.º 15, 6.ª época, Ciudad de México: octubre-diciembre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/37a9QtU>>.

MARTÍN LORENZO, María, “Caso del Chapista”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 2011.

MEINI MÉNDEZ, Iván, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/332QUdn>>.

MELERO, Javier, “Calificación e interpretación en el derecho penal. (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47, n.º 2, Madrid: 1994. Recuperado de <<https://bit.ly/36RDpOx>>.

MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

MIRÓ LLINARES, Fernando, “Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna”, en *Revista Penal México*, vol. 4, n.º 8, Ciudad de México: marzo-agosto del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/35OwRkp>>.

MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, Andalucía: 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/392QtUa>>.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005.

- MONTIEL, Juan Pablo, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes” en *En Letra. Derecho Penal*, año II, n.º 3, Buenos Aires: noviembre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/2IKIqk9>>.
- NAVARRO MASSIP, Jorge, “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, en AA. VV., *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Navarra: Aranzadi, 2012.
- ORÉ SOSA, Eduardo “Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del dolo en el delito de lavado de activos”, en *Advocatus*, n.º 37, Lima: 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2UILXS6>>.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/2UHulAK>>.
- OXMAN, Nicolás, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, en *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 1, Talca: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3fhF9Va>>.
- OXMAN, Nicolás, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, en VIDALES RODRÍGUEZ, Caty (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: 2001. Recuperado de <<https://bit.ly/35Puk9I>>.
- PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier, 2016.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en Derecho*, año I, n.º 1, Buenos Aires: diciembre del 2012. Recuperado de <<https://bit.ly/390n5xG>>.
- PUPPE, Ingeborg, *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires: B de F, 2014.
- PUPPE, Ingeborg, “Sobre el dolo eventual y su prueba”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 133, Lima: julio del 2020.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “A modo de contraréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en *Discusiones*, n.º 13, Buenos Aires: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3nA5PU6>>.
- REAÑO PESCHIERA, José, *Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva*, Lima: Jurista Editores, 2010.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Lima: Grijley, 2013.
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Madrid: Marcial Pons, 2020.
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Buenos Aires: B de F, 2018.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n.º 79, Bogotá: 2005. Recuperado de <<https://bit.ly/2Hokwdw>>.
- VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, n.º 95, Madrid: 2008.