

# DISCUSIONES XIII

Ignorancia deliberada  
y Derecho Penal



## **Director**

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

## **Secretaria de redacción**

Inés Alvarez (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

## **Comité Editorial**

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)  
Federico Arena (Universidad Bocconi, Milán, Italia)  
Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)  
Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)  
Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)  
Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)  
Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)  
Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Paul Hathazy (Universidad de Berkeley, Estados Unidos)  
Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)  
Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)  
Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Laura Manrique (CONICET)  
Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)  
Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)  
José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)  
Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)  
Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)  
Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Blas Pascal, Córdoba)  
Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)  
Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)  
Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)  
Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)  
Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Las sugerencias o colaboraciones deben enviarse a la siguiente dirección:

hernanbouvier@gmail.com ( Hernán Bouvier )

ialvarez@uns.edu.ar ( Inés Alvarez )

*Diagramación interior y tapa:* Fabián Luzi



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

# DISCUSIONES

Número XIII

“Ignorancia deliberada y Derecho Penal”

Jonatan Valenzuela S. (Editor)

## ÍNDICE

### SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Introducción: “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal” .....	5
<i>Jonatan Valenzuela S. (Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Univ. de Chile)</i>	
Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal.....	11
<i>Ramon Ragués i Vallès (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España)</i>	
Comentario a “Mejor no saber: Sobre la doctrina...”, de Ramon Ragués i Vallès .....	39
<i>Alberto Puppo (ITAM, Mexico)</i>	
Comentario al artículo de Ramon Ragués .....	67
<i>Luís Greco (Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich, Alemania)</i>	
¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia .....	79
<i>María Laura Manrique (CONICET, Argentina)</i>	
Mejor no saber...más .....	101
<i>Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid, España)</i>	

A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva .....	139
<i>Ramon Ragués i Vallès (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España)</i>	

## SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

“En el nombre del niño”: El interés superior del menor en la construcción del rol de la Corte Suprema .....	169
<i>Valentín Thury Cornejo (CONICET-FLACSO y Universidad Austral, Argentina)</i>	

## SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Acerca de los presupuestos metateóricos de “Las pretensiones normativas del Derecho”: posibilidad de error y desacuerdo sobre el concepto de Derecho .....	213
<i>Lucila Fernández Alle (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	

## SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Tres discusiones acerca de la relación entre Prueba y Verdad ...	233
<i>Diego Dei Vecchi (Universidad de Génova, Italia)</i>	
Instrucciones para los autores .....	267

PRESENTACIÓN

## **Mejor No saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal**

**Jonatan Valenzuela S.\***

Recepción y evaluación de propuesta: 22/3/2013, Aceptación: 30/5/2013

Recepción y aceptación final: 22/11/2013

En el presente número de Discusiones el lector podrá encontrar cinco trabajos de alta densidad argumentativa y analítica en torno a la doctrina de la ignorancia deliberada. Es bien sabido entre los estudiosos del derecho que la necesidad de atribuir responsabilidad supone definir los contornos del contenido de las intenciones y de su relevancia frente al derecho.

Es casi obvio que al derecho penal le compete particularmente este problema. La atribución de responsabilidad penal descansa fuertemente en los supuestos de la teoría analítica del derecho y en este sentido manifiesta una constante preocupación respecto del contenido de los pensamientos y las intenciones (sobre todo a partir de su promesa de no penar a los pensamientos de acuerdo al conocido principio *cogitationem poenam nemo partitur*). Es por ello que la relación entre “conocimiento” y responsabilidad penal resulta particularmente puesta en tela de juicio a través del análisis de la ignorancia deliberada como punto de enfoque de ciertos problemas de imputación. Quien se niega a recibir información que puede suponer su exposición a la claridad de una infracción normativa parece manifestar, como ha sostenido Ragués, cierto desprecio o indiferencia respecto de los valores compartidos que empujan a la justificación de las normas de comportamiento.

\* Investigador Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Esta clase de problemas nos conduce necesariamente a dudas acerca de la posibilidad de conocimiento efectivo del derecho por parte de los ciudadanos. ¿Es esta información con la que los ciudadanos efectivamente cuentan a la hora de moldear sus creencias? Robinson nos entrega una visión escéptica al respecto, parece ser que lo que los ciudadanos creen (e integran dentro de su catálogo de razones) no se encuentra determinado por información fiable respecto a lo que las normas penales dicen<sup>1</sup>.

Lo relevante en este análisis es que se trata de casos de ignorancia que parecen revelar desprecio por el daño que pueda suscitarse desde un punto de vista normativo (de allí que Feijoo advierta con claridad ciertos riesgos de normativización a veces excesiva) y que no parecen compartir las propiedades de la resignación al resultado que suelen asociarse al dolo eventual ni tampoco al descuido (a veces también acompañado de falta de información) que suele indicarse en casos de negligencia (como bien apunta Manrique en su trabajo).

Aún en este contexto, podríamos tropezar con un otra clase de obstáculo: ¿qué asegura que la información con la que cuente el potencial infractor sea la que determine su conducta? Si entramos en el terreno de las razones que empujan determinado “desprecio” por los valores sociales, pareciera que en algún sentido suponemos a la elección racional de parte del sujeto, sin embargo este punto de vista no encuentra un apoyo empírico que dé por absolutamente cierto este modo de razonamiento.

Fuera de estas cuestiones, en este número de “Discusiones” podemos encontrar cinco trabajos que se mueven desde perspectivas diversas en la órbita de la pregunta acerca de la posibilidad de punición de los casos de ignorancia deliberada y el modo en que esta punición puede quedar comprendida en algún sector de la teoría del delito. Esto ha sido definido por el trabajo de Ragués, parece ser necesaria una búsqueda de “espacio” para esta clase de casos.

Junto a lo dicho, el trabajo de Ragués y el de sus comentaristas

---

<sup>1</sup> Vid. Robinson, P. “Principios distributivos del derecho penal”, Barcelona: Marcial Pons, pp. 54 - 55.

presenta una interesante revisión acerca de los alcances que la indiferencia tiene frente al derecho penal. Sabemos que la impronta liberal de esa disciplina supone trazar el límite en que la carga de las reglas penales no se vuelven supererogatorias para los ciudadanos, con lo que una visión “ortodoxa” tendería a ignorar el punto.

En el caso de la ignorancia deliberada nos encontramos ante una forma en que el hecho de entenderse desplegado un esfuerzo en orden a no saber puede ser equiparado a realizar una conducta ilícita.

La indiferencia respecto de las propias acciones es lo que está en juego. La siempre tensa diferencia entre dolo eventual y culpa consciente obliga a enfrentar el problema del sentido que puede tener el derecho la sanción respecto de actos de indiferencia que consistan en la negativa a consolidar información que puede dar lugar a un determinado daño penal.

Es en este sentido que Ragués se decanta por distinguir entre casos en que la ignorancia deliberada supone una actitud de debilidad moral (miedo a las potenciales consecuencias penales de una determinada acción y por tanto ignorancia deliberada) y casos en que el sujeto intenta obtener un beneficio de esa ignorancia. Por cierto, resulta de interés dar cuenta de las razones que parecieran tener uno y otro. Esto conllevaría un trato penal más intenso en uno y otro caso, pudiendo incluso sostenerse la necesidad de punición elevada en el caso de la ignorancia deliberada motivada por la obtención de una determinada ventaja.

El modo en que Ragués ha abordado el tema objeto de su trabajo permite varias lecturas. En este número los diversos articulistas han dado cuenta de esta virtud del trabajo. Alberto Puppo ha centrado su atención en la dimensión epistemológica de la comprensión de la ignorancia deliberada desde una perspectiva marcadamente realista.

Por su parte, Laura Manrique realiza un acabado análisis sobre los argumentos que desde una perspectiva dogmática cabe tener en cuenta respecto de lo señalado por Ragués. Si bien, como la misma autora manifiesta, existen entre su trabajo y el de Ragués importantes coincidencias, avanza hacia el contexto en que debería asumirse que el tratamiento de las intenciones que rodean al acto de ignorar

deliberadamente, la autora se adentra en una revisión crítica de la solución sugerida por Ragués en orden a entender que los casos de ignorancia deliberada deben situarse en lugar que comparta propiedades con el dolo y la negligencia.

También con una perspectiva marcadamente dogmática, aunque esta vez para ser más precisos deberíamos sostener mediante la dogmática jurídico penal. Bernardo Feijoo realiza una acabada revisión de los supuestos que desde la perspectiva de la conceptualización del dolo deberían enfrentarse al análisis de Ragués. El esfuerzo de Feijoo resulta llamativo en el contexto de la discusión que en las siguientes páginas se plantea, principalmente por su alta vocación crítica con la propia teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal y por su exposición a supuestos institucionales que no son habitualmente puestos en primer plano, como por ejemplo, la presunción de inocencia.

Compartiendo esta línea crítica en este número también contamos con el trabajo de Luis Greco. En este caso el trabajo se enfoca en la posibilidad de entender el carácter aparentemente superfluo de la teoría acerca de la ignorancia deliberada. El enfoque de Greco, también dogmático penal, asume la necesidad de correlacionar las nociones de conocimiento y de dolo, e introduce cierto escepticismo respecto de la propuesta sistemática de Ragués. Agrega además un análisis acerca del modo en que en su opinión Ragués parece considerar al delito como un evento comprensible *ex ante* y no *ex post*.

Todos los trabajos transitan por el camino de la crítica sistemática y cierto razonado escepticismo respecto de la propuesta de Ragués.

La capacidad para provocar estas reflexiones habla por sí sola de la calidad del trabajo de Ramón Ragués y nos lleva al cuestionamiento de ciertas instituciones de la dogmática jurídico penal que resultan fundamentales al día de hoy. Sus comentaristas han sabido honrar esta propiedad.

*Sección I*  
Discusión



## Mejor no saber *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*

**Ramon Ragués i Vallès**  
*Universitat Pompeu Fabra - Barcelona*

### **I. La evitación del conocimiento como decisión cotidiana y su trascendencia jurídica**

Un estudiante sabe que las notas del último examen se publicarán el viernes pero prefiere no consultarlas hasta el lunes para no echar a perder el fin de semana si los resultados son malos; un cónyuge sospecha que el otro le es infiel, pero decide no investigar por temor a confirmar sus sospechas; un alpinista debe caminar en su ascensión junto a un profundo precipicio y prefiere no mirar al lado por miedo a no tener valor suficiente para cruzar.... Todos estos casos –en principio jurídico-penalmente irrelevantes– son ejemplos de ignorancia deliberada: describen situaciones en las que *un sujeto podía haber obtenido determinada información pero, por razones muy diversas, ha preferido no adquirirla y mantenerse en un estado de incertidumbre*. Se trata de una estrategia, por así decirlo, humanamente comprensible para quien desea evitar o aplazar un posible disgusto o tener que tomar una decisión difícil.

Los casos de ignorancia deliberada también pueden presentarse en hechos con trascendencia jurídico-penal: imagínese, por ejemplo, el caso del testaferro profesional que, a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores; o el sujeto que, para evitarse problemas, da instrucciones a sus empleados de que rechacen la entrega de cualquier

tipo de notificación futura que pueda provenir de la administración; o, por fin, de quien recibe una importante cantidad de dinero a cambio de transportar una maleta a otra ciudad y prefiere no preguntar exactamente qué es lo que se aloja en el interior.

En el Derecho penal moderno la atribución de responsabilidad por la realización de una gran mayoría de comportamientos penalmente prohibidos requiere que el sujeto sea conocedor de aquellas características objetivas de su hecho que lo convierten en penalmente típico. Dicho a la inversa, el conocimiento insuficiente o el error son causas de exención de responsabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en los que se prevé expresamente el castigo de las conductas realizadas sin dicho conocimiento, como sucede en los delitos imprudentes o, en los sistemas angloamericanos, en las infracciones de *strict liability*. ¿Cómo debe enfrentarse a los casos de ignorancia deliberada un Derecho penal que considera el conocimiento como un elemento básico de la responsabilidad? ¿Resulta aceptable que un sujeto que ha buscado permanecer en el desconocimiento se beneficie penalmente de tal circunstancia? ¿Tiene sentido que aquellos que se esfuerzan por conocer sean de peor condición para el Derecho penal que quienes evitan profundizar en los detalles de sus actuaciones?

El presente trabajo se propone analizar las posibles respuestas a las anteriores cuestiones, que obligan a repensar algunos de los aspectos básicos de lo que suele denominarse la responsabilidad subjetiva o la *mens rea* en los sistemas angloamericanos. Para ello, se dedicarán dos primeros apartados (II y III) a exponer cómo los dos grandes sistemas-jurídico penales –el *Common Law* y el Derecho continental– se enfrentan a los supuestos de evitación intencionada del conocimiento. Y, tras un análisis crítico de los problemas no resueltos (IV), se pondrán algunos criterios para lo que se considera que podría ser un tratamiento más adecuado de estas situaciones (V). Anticipando una conclusión, se pondrá en evidencia cómo *algunos casos de ignorancia deliberada* –aquí denominados de ignorancia “en sentido estricto”– son una pequeña grieta que en el sistema continental de imputación subjetiva amenaza la solidez de las bases de dicho sistema.

## II. La ignorancia deliberada en el *Common Law*: la doctrina de la *willful blindness*

La primera vez que en el *common law* se sostuvo la necesidad de equiparar penalmente el efectivo conocimiento y los casos de “ceguera intencionada” (*willful blindness*) fue en la sentencia inglesa de 1861 sobre el caso *Regina v. Sleep*<sup>1</sup>. El jurado que enjuició en primera instancia a *Mr. Sleep* le condenó como autor de un delito de malversación por haberse apropiado de tornillos de cobre marcados como de titularidad pública. Ante su alegación afirmando no haber sido consciente de que los bienes eran públicos, el juez *Willes* concluyó que la condena debía revocarse porque “*el jurado no ha[bía] considerado acreditado que el individuo conociera que los bienes estaban marcados [como propiedad estatal] ni tampoco que se abstuviera intencionadamente de adquirir tal conocimiento*”<sup>2</sup>. Según parece desprenderse de este pasaje –ciertamente poco elocuente– *la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento efectivo*.

En 1899 la doctrina *apareció por vez primera en una resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, concretamente en la sentencia del caso *Spurr v. United States*. En ella se revisaba la condena de *Mr. Spurr*, culpable de haber certificado los cheques emitidos por un cliente contra una cuenta que carecía de fondos. De acuerdo con la ley aplicable, para sancionar penalmente tal conducta era necesaria una violación *intencionada* de los preceptos que regulaban la emisión de dichos efectos mercantiles. En su recurso la defensa de *Spurr* cuestionó que el jurado hubiera sido correctamente instruido, pues el magistrado que lo presidía no informó de que el delito aplicable exigía que el acusado actuase “intencionadamente”, es decir, que la conducta de quien actuaba en la creencia errónea de que existían fondos en la

<sup>1</sup> ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 196; MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2233-2234; y EDWARDS, *MLR*, 17 (1954), p. 298 ss. Una perspectiva sobre los orígenes y el desarrollo de esta doctrina en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, capítulo 2.

<sup>2</sup> Cita tomada de ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 196, que aporta las referencias originales.

cuenta en el momento de emitir la certificación no era penalmente relevante. En respuesta a semejante alegación, el Tribunal Supremo formuló *obiter dictum* las siguientes apreciaciones:

“El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no solo es ilícita, sino que se le puede atribuir el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (*grossly indifferent*) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia”<sup>3</sup>.

El Tribunal Supremo acabaría estimando el recurso de *Spurr* coincidiendo con su defensa en que el jurado no había sido correctamente informado acerca de la exigencia de intención por parte del delito aplicable. Aunque en semejante decisión el anterior pasaje no tendría ninguna trascendencia real, lo cierto es que en los siguientes años las frases reproducidas serían habitualmente citadas por numerosos tribunales, equiparando el desconocimiento provocado con el conocimiento efectivo. Sin embargo, el número de resoluciones en las que aparece la *willful blindness* no sería especialmente elevado hasta la década de 1970, cuando esta doctrina empezaría a aplicarse de manera generalizada en casos de transporte de droga<sup>4</sup>. En este último contexto se enmarca, por ejemplo, la sentencia del caso *United States v. Jewell*<sup>5</sup>, que suele citarse como el *leading case* en la materia. El acusado *Jewell* había sido condenado en primera instancia por cruzar la frontera de México con los Estados Unidos transportando, supuestamente por encargo, 110 libras de marihuana en el compartimento secreto del maletero de

<sup>3</sup> 174 U.S. 728 (1899), p. 735. Sobre este caso ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), pp. 197-198; CHARLOW, *TLR*, 70 (1992), pp. 1353-1354 (nota 7) y 1359; y MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2234-2235.

<sup>4</sup> Cfr. el comentario al caso *United States v. Murrieta-Bejarano* publicado en la *Iowa Law Review*, 63 (1977/78), pp. 470-471.

<sup>5</sup> 532 F. 2d 697 (9th Cir. 1976). Al respecto ver también ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 203 ss; CHARLOW, *TLR*, 70 (1992), p. 1419; y MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2241-2243.

un coche. Su alegación exculpatoria de que no sabía exactamente lo que transportaba, pese a tener la sospecha de estar haciendo algo ilegal, fue desestimada por un jurado instruido en los siguientes términos:

La acusación satisface la carga de la prueba demostrando, más allá de toda duda razonable, que si el acusado no era en realidad consciente de que había marihuana en su vehículo cuando entró en los Estados Unidos fue porque su desconocimiento acerca de esta circunstancia fue única y exclusivamente el resultado de haberse hecho el propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que llevaba en el coche, con una voluntad consciente de evitar conocer la verdad.

La condena del jurado fue recurrida por *Jewell*, cuya defensa cuestionó la legalidad de esta instrucción. Sin embargo, en su posterior resolución el Tribunal de Apelaciones confirmaría la condena partiendo de la equiparación que contiene la sección 2.02.7 del *Model Penal Code* entre conocimiento cierto de un determinado hecho y conciencia de la alta probabilidad de su concurrencia. Según la Sala, quien es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho y no hace lo necesario para confirmar su sospecha merece el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza sobre tal extremo. Para justificar su decisión el Tribunal invocó, entre otras, la idea de que “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad”<sup>6</sup>.

Con todo, y precisamente a raíz de la publicación del *Model Penal Code* –un texto no legislativo pero que ha servido de pauta para la reforma de muchos códigos penales estadounidenses– en la discusión académica de las últimas décadas se viene cuestionando de manera creciente la actual vigencia de la *willful blindness*, que no fue incluida expresamente entre las formas de imputación subjetiva que aparecen en la sección 2.02 de este texto. Ello ha llevado a algunos autores a entender que las situaciones abarcadas por esta forma de imputación deberían reconducirse a la *recklessness* (figura muy similar al dolo even-

<sup>6</sup> ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 205 y HUSAK/CALLENDER, *WLR*, 29 (1994), p. 35.

tual continental), mientras otros académicos denuncian que con esta doctrina se estarían rebasando los límites impuestos por el principio de legalidad<sup>7</sup>. Sea como fuere, y pese a semejantes dudas, la teoría no ha dejado de aplicarse por los tribunales y ha ampliado incluso su radio de acción a ámbitos como la criminalidad medioambiental y corporativa en general<sup>8</sup>.

Así, a mediados de 2011 la vigencia de la doctrina se ha visto confirmada de nuevo por el propio Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso *Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. Seb S.A.*, a propósito de un procedimiento civil por infracción del derecho de patente<sup>9</sup>. En esta resolución el Tribunal afirma que “la doctrina de la ignorancia deliberada está bien asentada en Derecho penal” y entiende que no existe ninguna objeción en emplearla también en asuntos civiles a propósito de normas que exijan para su infracción un determinado conocimiento. Sin embargo, al precisar el alcance de la doctrina entiende la Corte, en la línea de la Sección 2.02.7 del Código Penal Modelo, que esta teoría exige que el acusado haya obrado siendo consciente de la alta probabilidad de la concurrencia de un determinado hecho, una exigencia que restringe notablemente su ámbito de aplicación y que, por más que el Tribunal sostenga expresamente lo contrario, dificulta su distinción respecto de la *recklessness*, que concurre cuando el sujeto “desprecia conscientemente un riesgo sustancial e injustificado de que concurra un determinado elemento material o éste acabe resultando de su conducta” (sección 2.02.c del Código Modelo).

<sup>7</sup> Sobre el sistema de imputación subjetiva previsto en el Código Penal Modelo y la polémica generada acerca de la vigencia de la doctrina de la *willful blindness* cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, pp. 69-92, con ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>8</sup> El caso de referencia a propósito de la criminalidad ecológica es *United States v. MacDonald & Watson Waste Oil Co.*, resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito en 1991 (933 F. 2d 35 [1st Cir. 1991]).

<sup>9</sup> 563 U.S. \_ (2011).

### III. El desconocimiento provocado en el Derecho continental

En los sistemas continentales de influencia germánica –como la mayoría de los latinoamericanos o el español– supuestos como los descritos, en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, suelen reconducirse a aquella modalidad de dolo denominada “dolo eventual” pues, pese a su renuncia a conocer, en tales casos el sujeto cuenta ya con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo<sup>10</sup>: así, por ejemplo, en el caso del transporte de la maleta con droga bastará con que el acusado haya sido consciente de la posibilidad de estar transportando dicha sustancia para entender que ha obrado dolosamente, aun cuando no haya llegado a cerciorarse plenamente de todas las características concretas (naturaleza, peso, pureza) del objeto del delito.

El amplio alcance del dolo como modalidad de imputación subjetiva, que abarca desde los casos de auténtica intención hasta aquellos supuestos en los que el sujeto simplemente se representa el riesgo de realización típica, permite evitar que la gran mayoría de tales supuestos permanezca impune. Ciertamente para el dolo una parte muy importante de la doctrina exige también la concurrencia de un elemento supuestamente volitivo (que suele caracterizarse con expresiones tales como “consentimiento”, “aprobación” o “conformidad”), pero en los casos de dolo eventual la concurrencia de tal elemento suele presumirse cuando el sujeto ha obrado pese a contar con la representación de un nivel importante de riesgo<sup>11</sup>. El hecho de que la gran mayoría de códigos penales no contenga una definición de dolo facilita, sin duda, que la jurisprudencia y la doctrina ajusten los contornos de esta figura según la respuesta punitiva que consideran adecuada para cada caso o grupo de casos.

<sup>10</sup> En tal sentido los argumentos ya expuestos en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, p. 101 ss.

<sup>11</sup> Al respecto FRISCH, *Vorsatz*, p. 381 ss, entre otros, ha puesto en evidencia cómo, especialmente en relación con las circunstancias típicas preexistentes, la jurisprudencia suele conformarse con que el sujeto se represente la posibilidad de su concurrencia, sin que la voluntad desempeñe papel alguno.

#### IV. Problemas no resueltos de la ignorancia deliberada

Sin embargo, la inclusión de los supuestos de mera representación de la posibilidad en el concepto de dolo plantea dos grandes problemas: en primer lugar, el que se cobijen bajo un mismo título de imputación subjetiva –y, en principio, se castiguen con la misma pena– supuestos muy distintos desde el punto de vista del grado de implicación subjetiva del sujeto en el hecho: así, para el planteamiento dominante parece resultar igual de grave el comportamiento de quien transporta droga siendo perfectamente consciente de ello que el de quien solo se plantea como posible tal circunstancia, del mismo modo que se trata igual a quien mata o hiere a otro con intención de hacerlo que a quien realiza un comportamiento peligroso para la integridad o vida ajenas siendo consciente del riesgo pero sin desear el resultado lesivo. Y, como segundo problema, no queda clara la solución que se propone para aquellos supuestos en los que, de manera intencionada, el sujeto haya evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual, es decir, los supuestos que pueden denominarse como de “ignorancia deliberada *stricto sensu*”. Aunque tales casos no sean tan frecuentes como los de quien albergando sospechas iniciales (suficientes para el dolo eventual) prefiere no profundizar en ellas, no puede de ningún modo descartarse que se presenten en la práctica.

Un ejemplo en tal sentido sería el caso del individuo que diera instrucciones a sus empleados de rechazar cualquier tipo de comunicación oficial proveniente de la administración: ¿podría decirse que concurre el conocimiento requerido por el dolo de un delito de desobediencia si, a resultas de esta orden, años más tarde dicho sujeto no llegara a tener conocimiento de que un juzgado le estaba requiriendo determinada documentación? Una situación similar, por poner otro ejemplo, se plantearía en el caso de la empresa que, como sucede cada vez con mayor frecuencia, se dotara de un buzón electrónico para recibir denuncias de los trabajadores por posibles irregularidades de otros empleados. Imagínese que los directivos decidieran no abrir nunca dicho buzón para evitarse complicaciones y

que, al cabo de unos años, llegara la denuncia de un trabajador informando de que compañeros suyos incurren de manera permanente en conductas delictivas ¿puede afirmarse en tal caso la concurrencia de dolo en los directivos que han ignorado el mensaje y que, por tanto, no han hecho nada para impedir actuaciones ilícitas de sus subordinados? Y la misma situación se daría también en el caso del testaferro que aceptase figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que nada conoce si mucho tiempo más tarde sabe que una de ellas ha sido empleada por su administrador de hecho para cometer un delito de comisión muy poco frecuente.

El planteamiento mayoritario en Derecho continental considera que la falta de conocimiento –siquiera eventual– de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, lo que lleva a la impunidad o, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta como imprudente. Sin embargo, en casos como los expuestos, en los que el sujeto ha decidido permanecer en la ignorancia, tal conclusión parece insatisfactoria y no deja de resultar extraño afirmar que quien ha evitado conocer está en una situación de error o ha actuado de manera negligente. Seguramente el principal ejemplo de ello sea el Tribunal Supremo español que, de manera ciertamente un tanto errática, ha incorporado a su doctrina la teoría angloamericana de la *willful blindness* como una modalidad más de dolo.

#### IV.1. La doctrina del Tribunal Supremo español

La primera resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la que se mencionó la ignorancia deliberada fue la *Sentencia de 10-12-2000 (ponente Giménez García)*. En este pronunciamiento se dio respuesta a la alegación de un sujeto, condenado como autor de receptación por haber transportado importantes cantidades de dinero en efectivo a un paraíso fiscal, que afirmó en su descargo no haber sido consciente de que tales cantidades tenían su origen, como así era, en el tráfico de drogas. La Sala rebatió dicha alegación por medio de los siguientes argumentos, que serán reiterados con frecuencia en resoluciones posteriores:

En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobraba un 4 % de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas –cosa que él niega– de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias (negrita en el original).

Aunque este pasaje no destaca precisamente por su claridad, en él cabe distinguir dos grupos de argumentos que se corresponden, respectivamente, con el elemento cognitivo y volitivo que, según la jurisprudencia tradicional, son necesarios para poder sostener que alguien ha actuado con dolo y, más concretamente, con dolo eventual<sup>12</sup>: *a)* En primer lugar, la sentencia determina el *elemento cognitivo* del dolo afirmando que el acusado “tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de las drogas”. Tal conclusión se sostiene sobre la base de dos indicios: el hecho de que la cantidad de droga fuera muy importante y la naturaleza “claramente clandestina” de las operaciones; *b)* Y, en segundo término, la Sala establece también la concurrencia del *elemento volitivo* del dolo eventual (la asunción o aceptación del origen ilícito del dinero transportado) partiendo para ello de dos indicios: por un lado, del hecho de que el sujeto se hubiera colocado en una situación de ignorancia deliberada acerca de la naturaleza del negocio en el que participaba; y, por otro, de la circunstancia de que se beneficiara económicamente de tal situación.

<sup>12</sup> Desde hace varias décadas el Tribunal Supremo se decanta en numerosas resoluciones por el concepto de dolo eventual defendido por las “llamadas teorías de la aceptación”. En tal sentido, cfr., por todas, la STS de 10-10-2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre).

Desde luego no cabe ignorar que algunos puntos de esta fundamentación resultan especialmente oscuros, como el que se afirme que el sujeto se encontraba en una situación de ignorancia deliberada respecto del origen del objeto transportado inmediatamente después de haberse sostenido que dicho sujeto “tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de las drogas”. Ciertamente cabe interpretar que lo que pretende decir la Sala es que el sujeto contaba ya con una sólida sospecha inicial y que su aceptación se deduce del hecho de que *no quisiera profundizar o confirmar sus dudas* acerca del origen de la cantidad transportada. Sin embargo, tal afirmación no puede realizarse sin presuponer tras la fundamentación de la sentencia argumentos que no aparecen explicitados en su literalidad.

En todo caso, el interés de esta resolución radica en la definición que en ella se ofrece de la ignorancia deliberada como la situación en la que un sujeto *no quiere saber aquello que puede y debe conocer*, esto es, un estado de ausencia de representación con respecto a un determinado elemento del tipo en el que deben concurrir dos características: la capacidad del sujeto de abandonar dicha situación en caso de haber querido hacerlo y el deber de procurarse dichos conocimientos. A ello se añade un tercer requisito, como es el hecho de que el sujeto se beneficie de la situación de ignorancia por él mismo buscada, sin que la Sala llegue a precisar si debe tratarse de un beneficio económico —como en el caso resuelto— o de cualquier otro tipo.

Con posterioridad, esta doctrina se ha reiterado en resoluciones, como las *SSTS de 16-10-2000* o *22-5-2002* (*ponente Giménez García*), relativa esta última a un caso en el que el acusado alegó desconocer la cantidad exacta de droga que transportaba. Tras estos tres primeros pronunciamientos, ya en el *ATS de 4-7-2002* (*ponente Martínez Arrieta*) se sostuvo que la ignorancia deliberada era “doctrina consolidada de esta Sala” en relación con aquellos casos de acusaciones por tráfico de drogas “en los que el acusado argumenta desconocer el contenido de unos envases que transporta”. Según el Tribunal, este planteamiento se basa en la “teoría del asentimiento”, “que viene a centrar la esencia del dolo eventual en que el agente si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se

encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar”.

Con todo, si bien la voluntad de no confirmar sus sospechas por parte del sujeto activo era inicialmente considerada por el Tribunal Supremo solo como un indicio del llamado elemento volitivo del dolo eventual (“aceptación”, “asentimiento” o “indiferencia”), progresivamente la doctrina de la ignorancia deliberada ha ido cobrando “vida propia”, hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones posteriores –de forma más o menos explícita– que *en estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso*. Así las cosas, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la figura tradicional del dolo a efectos punitivos. O, si se quiere ver de otra manera, el dolo se ha ampliado a casos que no requieren el elemento cognitivo tal como este último se había perfilado tradicionalmente. En tal sentido cabe citar la *STS de 19-I-2005 (ponente Giménez García)*, en la que, como se desprende del siguiente pasaje, la ignorancia deliberada pasa a convertirse explícitamente en un auténtico sustitutivo del dolo eventual:

“La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna solo podría verificarse –salvo improbable confesión– por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse «el mundo de la droga». Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de mayo (...) entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir que quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante

presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar”.

En el párrafo reproducido las situaciones de ignorancia deliberada se presentan, de manera explícita, como una *forma de imputación subjetiva distinta del dolo directo o el eventual*. Ante esta creciente autonomía de esta novedosa forma de imputación subjetiva respecto de las modalidades clásicas de dolo recientemente la Sala Segunda ha intentado delimitar de manera más precisa su contenido y requisitos. En tal sentido conviene destacar de manera especial el esfuerzo de precisión llevado a cabo en la *STS de 2-2-2009 (ponente Marchena Gómez)*, en la que *obiter dictum* se afirma:

“(…) la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, siquiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior –prevista para las infracciones imprudentes– o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada. De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.– Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívoco-

camente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido.

2º.– Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

3º.– Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal” (negrita en el original).

Pese a semejantes pronunciamientos, conviene no pasar por alto que en algunas resoluciones la propia Sala Segunda ocasionalmente *ha mostrado reticencias* –e incluso auténtico rechazo– *ante esta nueva forma de imputación subjetiva*. En tal sentido destaca la *STS de 20-6-2006* (ponente *Bacigalupo Zapater*), en la que se afirma, respecto de la propia idea de “ignorancia deliberada”, que “tales expresiones 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. Nadie puede tener intención de lo que no sabe. La *contradictio in terminis* es evidente”. Más recientemente estas críticas se han reiterado ocasionalmente en sentencias como las *SSTS de 15-2-2011 y 5-4-2011* (ponente *Martínez Arrieta*), en las que se afirma, respecto a este planteamiento, que “ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del ‘willful blindness’ del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las

exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional”, llamándose asimismo la atención “sobre el riesgo de que la fórmula de la ‘ignorancia deliberada’ (...) pueda ser utilizada para eludir ‘la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual’, o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo”.

## IV.2. Posibilidad de un dolo sin conocimiento en la doctrina continental

La afirmación de que el dolo necesariamente requiere la representación –siquiera como posible– de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos exigidos por un concreto tipo delictivo apenas se cuestiona en la doctrina continental. El único autor que ha puesto en tela de juicio este auténtico dogma ha sido el alemán *Günther Jakobs*, quien en algunos de sus trabajos denuncia lo que considera un grave contrasentido de la legislación alemana: el tratamiento dispar existente entre el dolo y el conocimiento de la antijuricidad. Así, mientras en materia de dolo rige el § 16 StGB, que obliga a castigar a lo sumo como imprudentes aquellos casos en los que falta el conocimiento de las circunstancias del hecho que integran un determinado tipo legal, el § 17 StGB, que se ocupa del error de prohibición, solo establece una atenuación potestativa para el error de prohibición vencible. En otras palabras: mientras en todos los casos de desconocimiento de los elementos del tipo la respuesta ha de ser forzosamente la impunidad o, cuando menos, la importante atenuación que merece la actuación imprudente, pueden existir situaciones de desconocimiento de la antijuricidad que, sin embargo, merezcan la misma pena que los supuestos de auténtico conocimiento<sup>13</sup>.

Para *Jakobs* este dispar tratamiento resulta difícilmente aceptable, pues obliga a responder de forma injustificadamente benigna ante ciertos supuestos de desconocimiento, concretamente los que denomina casos de “imprudencia dirigida a un fin” o “ceguera ante los hechos”

<sup>13</sup> JAKOBS, en *Estudios*, p. 378.

(*Tatsachenblindheit*)<sup>14</sup>. Con todo, si bien la expresión “imprudencia dirigida” parece ser sinónima de ignorancia deliberada, *Jakobs* no dedica tanto su atención a los casos en que el sujeto se mantiene intencionalmente en el estado de desconocimiento, como a aquellos otros supuestos en los que dicho estado se debe al desinterés, indiferencia o falta de escrúpulos: “por ejemplo” —argumenta este autor— “muchas personas desconocen que producen ruidos excesivos o que contaminan el medio ambiente, porque tanto los demás conciudadanos como el medio ambiente les son indiferentes. Si se interesaran por el bien de otros o por el de todos, los efectos perjudiciales les resultarían a todas luces evidentes, pero ese interés falta”<sup>15</sup>.

Para *Jakobs* resulta inaceptable que estos desconocimientos se beneficien de un tratamiento privilegiado “que no se puede justificar axiológicamente”, sino solo “a partir del interés del legislador en establecer una frontera clara y no complicada entre dolo e imprudencia”<sup>16</sup>. A su juicio *resulta un contrasentido que el desconocimiento atribuible a la indiferencia exonere* y, en cambio, los conocimientos debidos a un exceso de escrúpulos por parte del sujeto permitan fundamentar una condena por delito doloso<sup>17</sup>. En la misma línea, es muy crítico con regulaciones como la española, que en el art. 14 CP establece la obligación de atenuar siempre que existe un error, sea de tipo o de prohibición, sin importar las causas de la falta de conocimiento<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> El primer término se utiliza en JAKOBS “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios*, pp. 128-146; el segundo en ID., *Derecho penal*, pp. 313-314.

<sup>15</sup> JAKOBS, en *Estudios*, p. 138.

<sup>16</sup> JAKOBS, en *Estudios*, p. 139. Ver también ID., *Derecho penal*, pp. 313-314: “el límite del dolo se determina, al menos en un lugar, rígidamente según hechos psíquicos (conocimiento, desconocimiento), pero no según la valoración de estos hechos”.

<sup>17</sup> JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313.

<sup>18</sup> Sin embargo, posteriormente, en un trabajo publicado en 2004 el propio JAKOBS, (en *Dogmática*, pp. 345-358), matiza su planteamiento no descartando la posibilidad de que *lege lata* el desconocimiento motivado por la indiferencia tenga ya cabida, como un supuesto de dolo, en el texto de la ley.

## V. Algunas propuestas para un adecuado tratamiento de los casos de ignorancia deliberada

### V.1. Las razones de un distinto tratamiento punitivo

Para decidir si es correcta la equiparación entre el conocimiento efectivo y la ignorancia buscada parece necesario determinar cuáles son las razones que explican el diferente tratamiento punitivo que tienen previsto en la ley las diversas formas de imputación subjetiva. La cuestión no es pacífica en la doctrina jurídico-penal, habiéndose propuesto diversas explicaciones al respecto<sup>19</sup>. Sin embargo, de todas ellas solo las *tres siguientes* tratan de establecer vínculos entre la función de la pena y las formas de imputación subjetiva:

a) Por razones de *peligrosidad del comportamiento*: según esta perspectiva, las realizaciones típicas dolosas son sensiblemente más peligrosas que las imprudentes para los bienes jurídicos que pretende protegerse, lo que explica que exista un mayor interés por parte de los poderes públicos en evitar los primeros comportamientos<sup>20</sup>. Este interés se traduce en la conminación del comportamiento doloso con penas más graves que el meramente descuidado. La principal crítica que se dirige a esta perspectiva consiste en poner de manifiesto cómo, dadas unas mismas circunstancias objetivas, el nivel de riesgo al que se ve sometido un objeto de protección ha de ser, por fuerza, exactamente el mismo con independencia de que el sujeto activo obre de forma dolosa o imprudente. Ciertamente, el autor doloso que persigue un determinado resultado tenderá a modificar su conducta buscando dotar a su actuación de una mayor peligrosidad que asegure las consecuencias pretendidas. Sin embargo, cuando esto suceda el hecho se verá

<sup>19</sup> Para una visión panorámica acerca de esta cuestión cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 32-42.

<sup>20</sup> Entre los autores que comparten este punto de vista cabe destacar a LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 331; MIR PUIG, *El Derecho penal*, pp. 69-70 y 103; o FRISCH, *Vorsatz*, p. 100.

modificado en sus circunstancias externas y, por ello, la comparación en términos estrictamente subjetivos dejará de ser posible<sup>21</sup>.

b) En atención a la *peligrosidad personal del sujeto activo*, que algunos consideran superior en el caso del delincuente doloso<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, que atiende sobre todo a razones de prevención especial, el reo imprudente se hace acreedor de una pena menos grave porque sus necesidades reeducativas son menores que las del infractor doloso, que ha demostrado con su hecho que se encuentra mucho más alejado de los valores que definen un determinado modelo de sociedad. La objeción que suele formularse a esta perspectiva es que cabe imaginar casos en los que el pronóstico de reincidencia de un delincuente doloso sea muy favorable y no por ello el Derecho en vigor permite tratarle más benignamente que al infractor culposo con un elevado riesgo de reiteración delictiva, ni parece que los ciudadanos estuvieran dispuestos a aceptar un sistema basado en tales premisas

c) Finalmente, una tercera explicación parte del distinto *contenido expresivo* que se constata en las acciones y omisiones dolosas si se las compara con las imprudentes. Así, mientras en la realización típica el sujeto activo doloso expresa con su hecho la negación de determinados valores compartidos en un determinado modelo social, o de las normas jurídicas que los protegen, en el caso de las realizaciones imprudentes no se advierte tal expresión. Esta diferencia suscita asimismo una distinta necesidad de pena, que también se concibe en términos comunicativos como un acto de reafirmación simbólica por parte del Estado del valor o la norma previamente negados con el hecho delictivo: dado que el delincuente culposo se halla, por lo

<sup>21</sup> Por otra parte, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, 65 (1998), p. 314: “desde el punto de vista del Derecho penal como un mero instrumento maximizador de bienes, la delincuencia imprudente se muestra estadísticamente como más peligrosa y lesiva que la delincuencia dolosa”.

<sup>22</sup> Afirma, por ejemplo, HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, que “la reinserción del delincuente doloso supone un ‘cambio normativo’, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata solo de prestar una atención más elevada o de una previsión de peligro”.

general, expuesto a sufrir una *poena naturalis* a resultas de su comportamiento, la necesidad de imponerle una pena forense se considera sensiblemente inferior<sup>23</sup>.

Las críticas más habituales a este planteamiento son dos: en primer lugar, se alude a las dificultades con las que se encuentra este modelo explicativo para justificar el castigo de las actuaciones imprudentes, en las que el sujeto no niega explícitamente ninguna norma o valor; y, en segundo término, se mencionan los problemas para explicar por qué la pena, si se concibe como un mero acto declarativo de la vigencia de la norma o el valor negados, debe concretarse en un acto de privación de derechos del reo<sup>24</sup>. La primera objeción se ha tratado de superar apelando a la necesidad de garantizar determinados estándares de peligrosidad, así como al carácter contingente de la pena natural. Y, en relación con la segunda crítica, se ha argumentado que, dado que el delito es una negación objetivada de la norma penal, una pena entendida como reafirmación del ordenamiento negado ha de tener también un determinado contenido objetivo.

Pese a todo, de los tres planteamientos acabados de exponer es este último –el diferente contenido expresivo del dolo y la imprudencia– el que debe acogerse como más acertado pues las dificultades a las que se enfrenta, aun siendo importantes, no parecen insalvables si se introducen los matices oportunos. Así, desde el punto de vista del sistema jurídico-penal todo ciudadano es observado en la doble condición de persona que demanda protección y, al mismo tiempo,

<sup>23</sup> Este planteamiento aparece expuesto, con diversas matrices, en numerosos trabajos de JAKOBS, entre los que cabe mencionar *Derecho penal*, p. 313; *Id.*, *Sociedad, norma y persona*, p. 27 ss; y su obra recopilatoria *Estudios de Derecho penal*, pp. 135-137 y 140-141; p. 116-117; y pp. 371-372 y 378 ss. Más recientemente también PÉREZ BARBERÁ, *El dolo*, pp. 127-134, fundamenta el tratamiento punitivo propio del dolo en razones de tipo comunicativo. Estos enfoques, basados en planteamientos cercanos a la prevención general positiva, parecen también compatibles con ciertas modalidades de retribución, como el retribucionismo empírico que defienden autores como ROBINSON, *Principios*, passim.

<sup>24</sup> Así, entre otros, SCHÜNEMANN, en *Política criminal*, p. 92.

de potencial infractor<sup>25</sup>. Por tal razón, el mensaje que la pena emite a la ciudadanía también es doble: de un lado, la pena contribuye a la pacificación social dirigiéndose a quienes reclaman su protección mediante la restauración de la vigencia del valor cuestionado por el delito; pero, de otro, la pena envía también a los potenciales infractores el mensaje de que la renuncia a los medios lícitos para conseguir los propios objetivos está condenada al fracaso, buscando así persuadirles de la conveniencia de tratar de alcanzar sus propósitos de acuerdo con la legalidad. Esta última dimensión permite justificar la necesidad de que la pena tenga un contenido aflictivo y no sea una mera desautorización simbólica.

## V.2. La ignorancia deliberada: propuesta de tratamiento

Partiendo de estas premisas, las razones que explican la necesidad de castigar más gravemente los actos dolosos que los imprudentes parecen ser también dos. En primer lugar, para que la pena despliegue su *efecto de reafirmación de los valores cuestionados y de pacificación social*, su respuesta debe ser mucho más contundente frente a la hostilidad o la grave indiferencia que ante una desconsideración leve, del mismo modo que dicha respuesta también debe ser más o menos intensa en función de la importancia que se otorga al interés lesionado<sup>26</sup>. En se-

<sup>25</sup> Para una fundamentación de este planteamiento desde el punto de vista de la teoría de las normas cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Modernas tendencias*, p. 56 ss. La posibilidad de que la prevención general positiva y negativa se ofrezcan como fundamentos simultáneos de la pena se admite por autores como GIMBERNAT ORDEIG, prólogo a ALCÁCER GUIRAO, *Lesión*, p. 16. La evolución en tiempos recientes de cierta parte de la doctrina española “desde una perspectiva intimidatoria de la prevención general hacia otro tipo de perspectiva de influencia más positiva en las conciencias y disposiciones individuales” es descrita por FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, pp. 304-307, con las referencias oportunas.

<sup>26</sup> En este sentido afirma FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, 65 (1998), p. 311, que “para el Derecho penal la mayor vinculación del autor con el hecho valorado como injusto hace que el atentado contra la validez de la norma tenga una mayor entidad y, consecuentemente, se tenga que aplicar, en principio, la *ultima*

gundo término, *la pena debe intentar provocar, asimismo, el fracaso del infractor ante la colectividad*, lo que exige consecuencias más severas frente a quien ha realizado su propósito destructor del interés protegido (dolo directo de primer grado) y, por tanto, ha alcanzado su objetivo, que ante quien simplemente ha dañado dicho interés como un efecto colateral de su comportamiento (dolo eventual o imprudencia)<sup>27</sup>. En este segundo caso existe además, como señala *Jakobs*, el riesgo de que el sujeto o sus intereses acaben viéndose dañados por su propio comportamiento (*poena naturalis*), lo que reduce o incluso puede eliminar la necesidad de provocar con la pena forense el fracaso del delincuente. Por el contrario, tal necesidad subsiste plenamente cuando el éxito del sujeto pasaba precisamente por la destrucción del interés tutelado.

Partiendo de estas premisas cabe plantearse cuál debe ser el tratamiento de los casos de representación del riesgo en los que no concurre intención de menoscabar el interés protegido. Desde un punto de vista expresivo, tanto en los casos de mero conocimiento como de desconocimiento se advierte una indiferencia hacia el valor lesionado: en el primer supuesto porque el sujeto no desiste de sus planes pese a ser consciente de que estos entrañan un riesgo de lesión; y en el segundo porque el interés lesionado importa tan poco al sujeto que este ni tan siquiera se da cuenta de que lo pone en peligro. Con todo, entre ambas situaciones existe una distinción que radica en el hecho de que mientras en el caso del conocimiento la indiferencia tiene como referente concreto el objeto de protección, en el caso de desconocimiento tal indiferencia se manifiesta, de manera más difusa, respecto de todos aquellos intereses

*ratio* de forma más contundente para recuperar la confianza en la norma que se ha visto perturbada”. También SCHÜNEMANN, en *Temas actuales*, p. 105, concede cierta importancia al elemento expresivo de la pena del dolo (con la función de “establecer simbólicamente tabúes mediante la pena más grave”), si bien entremezclada con el argumento de la mayor peligrosidad del comportamiento doloso para los bienes jurídicos.

<sup>27</sup> Esta dimensión del castigo ha sido introducida en tiempos recientes en el planteamiento de *Jakobs*, como destacan CANCIO MELLÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, en *JAKOBS, La Pena Estatal*, p. 57 ss. Para los argumentos del propio autor, cfr. *ibidem*, p. 142.

susceptibles de ser lesionados. Esta sutil diferencia puede explicar que se traten de manera distinta el dolo eventual y la imprudencia.

Los casos de ignorancia deliberada *stricto sensu* parecen situarse en una situación intermedia, especialmente cuando el sujeto ha partido de la sospecha inicial de que podía lesionar algún interés indeterminado pero tal sospecha no ha resultado ser para él un motivo suficiente para confirmar la existencia de tal riesgo y, llegado el caso, evitar la conducta lesiva. Por otra parte, a efectos de valorar en estos casos la necesidad de sanción parece indispensable tener en cuenta también las razones que han llevado al sujeto a no querer profundizar en sus sospechas. En tal sentido conviene diferenciar entre los casos de ignorancia deliberada atribuible a debilidad moral de aquellos casos en los que el individuo ha buscado *beneficiarse de su estado de ignorancia para eludir responsabilidades*. En un original trabajo publicado en 1999, el profesor estadounidense *David Luban* diferencia entre dos modelos de ignorantes deliberados: por un lado, el que puede ser visto como un *avestruz*, esto es, como un débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes de la propia conducta; y, por otro lado, el que sujeto merece ser equiparado a un astuto *zorro*, es decir, alguien que ha optado decididamente por llevar a cabo una conducta ilícita y que ha buscado la propia ignorancia solo como una excusa para protegerse frente a posibles declaraciones de culpabilidad. En este caso, sostiene *Luban*, la ignorancia podría considerarse incluso como más grave que el mero conocimiento, pues añade a la consciencia un elemento de cálculo obstinado que la hace más culpable<sup>28</sup>.

En estos últimos supuestos se aprecia una necesidad de pena superior a la de los casos normales de negligencia por dos grandes razones. En primer lugar, porque desde un punto de vista expresivo no solo cabe valorar el desconocimiento, sino los motivos que han llevado a él: no en vano, *un observador medio nunca diría que quien ha querido mantenerse en la ignorancia se encuentra en una situación de error*, máxime si partía

de la sospecha inicial de que su comportamiento podía lesionar algún interés –ciertamente no concretado– colectivo o de otro sujeto. 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. Con la impunidad en tales casos se dirigiría a la ciudadanía el mensaje de que en determinadas circunstancias peligrosas para terceros resulta más aconsejable inhibirse que preocuparse. En resumen: en aquellos casos en los que el sujeto ha contado con una sospecha inicial de que su conducta presente o futura podía resultar lesiva para algún interés penalmente relevante pero ha preferido mantenerse en un estado de ignorancia como una estrategia para, llegado el caso, poder alegar dicha ignorancia en su descargo cabe advertir una necesidad de sanción similar a la de los casos de dolo eventual y, desde luego, superior a los supuestos habituales de negligencia.

Cómo deba trasladarse esta distinta valoración a la *lex lata* es ya una cuestión de cada sistema jurídico. En ordenamientos como el argentino o el español no parece que existan problemas insalvables de legalidad para incluir estos supuestos en el concepto de dolo, una expresión muy abierta, de carácter eminentemente técnico y de la que no existe definición legal, aunque conviene tener presente que la inclusión de semejantes casos en el concepto de dolo impedirá seguir definiendo esta figura a partir del conocimiento. Cuestión distinta, aunque más compleja, es el concreto tratamiento penológico que esta modalidad de dolo, si se acepta, deberá merecer en los sistemas continentales, en los que la gradación de las consecuencias jurídicas por razones de imputación subjetiva –la distinción simplista entre dolo y culpa– no es lo bastante rica como para captar la distinta valoración que merecen las diferentes situaciones que se dan en la práctica.

Las anteriores conclusiones y, en particular, los problemas para obtener una definición generalmente válida de dolo, deberían ser un motivo para *reflexionar acerca de la necesidad de replantear un sistema de imputación subjetiva* basado exclusivamente en la distinción entre dolo e imprudencia o, cuando menos, para revisar las consecuencias jurídicas que se asocian a cada una de estas figuras. El hecho de que bajo

un único concepto de dolo –y, en principio, con la misma respuesta punitiva– deban incluirse situaciones tan diversas entre sí como la intención, la mera representación del riesgo o ciertos casos de desconocimiento provocado permite afirmar que esta figura no solo está conceptualmente “sobrecargada”, sino que, además, su aplicación plantea importantes problemas de proporcionalidad<sup>29</sup>. En palabras de *Schünemann*, resulta dudoso que la tradicional distinción entre dolo y culpa pueda “realmente soportar y legitimar aquellas enormes diferencias en las consecuencia jurídicas que existen entre el delito doloso y el culposo, tanto en relación con el alcance de la responsabilidad penal, como así también respecto de la cuantía de la amenaza penal”<sup>30</sup>.

En tales circunstancias *de lege ferenda* parece imponerse una evolución hacia un sistema que –en la línea del citado *Código Penal Modelo*<sup>31</sup>– acoja un mayor número de modalidades de imputación subjetiva que permitan captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y otorgar un tratamiento más proporcionado en las consecuencias. Entre estas situaciones particulares que merecen un tratamiento específico que no puede consistir en una reconducción automática a los casos de intención, conocimiento o desconocimiento se cuentan, sin duda, los supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto que se han descrito en las anteriores páginas. Estos casos son, como se anunciaba, una pequeña brecha que pone en evidencia algunos de los graves problemas que presenta el vigente sistema continental de imputación subjetiva.

<sup>29</sup> Expone sólidas razones para cuestionar la equiparación entre las consecuencias de todas las formas de dolo MOLINA FERNÁNDEZ, en *Rodríguez Mourullo-LH*, p. 739, proponiendo introducir “un sistema categorial más rico, que pueda dar cuenta de la progresividad”, como se hace en la imprudencia, en la que distingue entre grave y leve. Interesantes al respecto también las consideraciones de MANRIQUE PÉREZ, *Acción*, pp. 274-275, partiendo de la doctrina del doble efecto.

<sup>30</sup> SCHÜNEMANN, en *Temas actuales*, p. 100.

<sup>31</sup> Al respecto cfr. el estudio comparado de TAYLOR, *RJ*, 17 (2004) p. 374.

## Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona, 2003.
- CHARLOW, Robin, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, *Texas Law Review*, 70 (1992), pp. 1351-1429.
- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, 65 (1998), pp. 269-364.
- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo, 2007.
- FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.
- HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, trad. M.M. Díaz Pita, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 909 ss.
- HUSAK, Douglas N. / CALLENDER, Craig A., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wisconsin Law Review*, 29 (1994), pp. 29-69.
- IOWA LAW REVIEW (COMMENTS), “Willful Blindness as a Substitute for Criminal Knowledge”, *Id.*, 63 (1977), pp. 466-485.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, trad. Suárez González, Peñaranda Ramos y Cancio Meliá, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, trad. C. Pérez del Valle, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 345-358.
- JAKOBS, Günther, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Cizur Menor, 2006.

- LUBAN, David, “Contrived Ignorance”, *The Georgetown Law Journal*, 87 (1999), pp. 957-980.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.
- MARCUS, Jonathan L., “Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness”, *The Yale Law Journal*, 102 (1993), pp. 2231-2257.
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en VVAA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.
- ROBBINS, Ira P., “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81 (1990), pp. 191-234.
- ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá e I. Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars” (1.ª parte), *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 341 ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, trad. P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 89-100.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, trad. M. Sacher y C. Suárez González, en ID.,

*Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 97-111.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en VVAA, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2002, pp. 559-575.

TAYLOR, Greg, “The Intention Debate in German Criminal Law”, *Ratio Juris*, 17 (2004), pp. 346-380.



**Comentario a *Mejor no saber***  
*Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada*  
*en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*

**Alberto Puppo**

La ignorancia deliberada en derecho penal: entre retroactividad epistémica y reprochabilidad moral

El texto "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal", de Ramon Ragués I Vallès, goza de una doble virtud. Por un lado ofrece una clara reconstrucción de las posturas doctrinales y de algunas decisiones, a la vez en el área anglosajona y en la continental, relativa a la noción de ignorancia deliberada y de sus consecuencias. Por otro lado, el autor desarrolla una postura propia, a partir de una aguda distinción entre ignorancia deliberada en sentido amplio e ignorancia deliberada en sentido estricto. Su tesis es que la existencia de casos de ignorancia deliberada en sentido estricto pone de manifiesto la insuficiencia del aparato dogmático penal por lo menos en ámbito continental.

Más allá de la tradición jurídica, resulta relevante la producción legislativa, más o menos pedagógica, en materia de dolo. Como el autor oportunamente señala,

[e]l hecho de que la gran mayoría de códigos penales no contenga una definición de dolo facilita, sin duda, que la jurisprudencia y la doctrina ajusten los contornos de esta figura según la respuesta punitiva que consideran adecuada para cada caso o grupo de casos (p. 6).

El código penal italiano, sin embargo, parece no formar parte de dicha gran mayoría, ya que parece no dejar mucho espacio para el planteamiento de la ignorancia deliberada como fuente de imputación equiparada al dolo. Este resultado parece derivar de la combinación de las disposiciones en materia de error y de elementos psicológicos del delito.

En virtud del art. 47 del código penal,

[e]l error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente. No obstante, si se trata de un error determinado por culpa, la punibilidad no está excluida, cuando el hecho está previsto por la ley como delito por imprudencia. (...)

El error sobre una ley distinta de la ley penal excluye la punibilidad, cuando ha provocado un error sobre el hecho que constituye el delito<sup>1</sup>.

Puede compararse este artículo con el art. 14 del código penal español:

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. (...)

El texto italiano parece establecer una relación entre el error de derecho y el error de hecho, relación sobre la cual volveré en su momento (infra III). En cambio, la correspondiente previsión normativa del derecho español, distinguiendo, en sus efectos, los errores vencibles y los errores invencibles, deja abierta la puerta para elucubrar sobre el carácter vencible de un error. La vencibilidad de un error depende de demasiadas circunstancias, objetivas (relativas a otros hechos relacionados con el hecho sobre el cual el agente se equivoca) y subjetivas (relativas a las capacidades del agente para reconocer y, llegado el caso, corregir tales errores), lo que proyecta una inquietante sombra sobre la responsabilidad penal.

<sup>1</sup> La traducción es mía.

El código penal italiano, por otra parte, dedica dos importantes disposiciones a la cuestión de la imputación subjetiva de los delitos. El art. 42, cuyo título “Responsabilidad por dolo o por culpa o por delito preterintencional. Responsabilidad objetiva”, es en sí mismo revelador de la importancia atribuida por el legislador penal a los criterios de imputación subjetiva.

Nadie podrá ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito, si no la ha cometido con conciencia y voluntad. Nadie podrá ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si no lo ha cometido con dolo, salvo los casos de delitos preterintencionales o imprudentes expresamente previstos por la ley.<sup>2</sup>

El art. 43, por su parte, define el “Elemento psicológico del delito”:

El delito: es doloso, o según la intención, cuando el agente ha previsto y querido el suceso dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión de la cual la ley hace depender la existencia del delito, como consecuencia de su acción u omisión; es preterintencional, o más allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva un suceso dañoso o peligroso más grave que aquel querido por el agente; culposo, o contra la intención, cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o reglamentaciones<sup>3</sup>.

Cuando, en cambio, el código penal, como el español, no dice nada, o muy poco, sobre el alcance del dolo, es más fácil dilatar la imputación subjetiva hasta incluir casos de ignorancia deliberada. Aun así el principio de legalidad penal parece constituir un importante obstáculo que se opone a una dilatación de la noción de dolo. Es precisamente el principio de legalidad que probablemente

<sup>2</sup> La traducción es mía.

<sup>3</sup> La traducción es mía.

justifica la hostilidad de la doctrina (legalista) continental respecto de la doctrina anglosajona de la willful blindness a la cual el autor dedica el segundo capítulo de su texto. Como es sabido<sup>4</sup>, la legalidad penal, en el ámbito jurídico anglosajón, tiende a ser concebida de forma menos estricta que por la doctrina penal continental. A pesar de ello, también en España, cuya tradición jurídica es claramente continental, la teoría de la ignorancia deliberada se ha impuesto en algunas decisiones del Tribunal Supremo<sup>5</sup>, no sin suscitar, dentro de la misma magistratura, fuertes críticas, por no respetar el principio (legalista) de culpabilidad<sup>6</sup>.

Si es cierto que la gravedad de ciertos casos de ignorancia deliberada sugiere tomar en serio la doctrina anglosajona, es igualmente cierto, sostiene el autor, que una noción demasiado general crea problemas significativos. Por ello el autor sugiere que solo la ignorancia deliberada en sentido estricto debería quizá merecer una específica respuesta jurídica.

<sup>4</sup> Y confirmado por los tribunales penales internacionales ad hoc quienes, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (ambas jurisdicciones siendo caracterizadas por el encuentro de jueces de las dos tradiciones), han desarrollado un concepto elástico de legalidad, entendida como previsibilidad, y no como estricta legalidad. Sobre este aspecto reenvío a Garibian, S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schultless-Lgdj- Bruylant, Ginebra, París, Bruselas, 2009, pp. 321 y ss.

<sup>5</sup> Véase las decisiones reportadas en la primera sección del capítulo IV, dedicada a La doctrina del Tribunal Supremo Español.

<sup>6</sup> Como lo recuerda el autor, concluyendo su reconstrucción de la jurisprudencia española: "en algunas resoluciones la propia Sala Segunda ocasionalmente ha mostrado reticencias "e incluso auténtico rechazo- ante esta nueva forma de imputación subjetiva. En tal sentido destaca la STS de 20-6-2006 (ponente Bacigalupo Zapater), en la que se afirma, respecto de la propia idea de "ignorancia deliberada", que "tales expresiones 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. Nadie puede tener intención de lo que no sabe. La contradictio in terminis es evidente" " (pp. 11-12) . Ver también las otras decisiones que el autor evoca a continuación.

Los casos de ignorancia deliberada stricto sensu parecen situarse en una situación intermedia, especialmente cuando el sujeto ha partido de la sospecha inicial de que podía lesionar algún interés indeterminado pero tal sospecha no ha resultado ser para él un motivo suficiente para confirmar la existencia de tal riesgo y, llegado el caso, evitar la conducta lesiva. Por otra parte, a efectos de valorar en estos casos la necesidad de sanción parece indispensable tener en cuenta también las razones que han llevado al sujeto a no querer profundizar en sus sospechas. En tal sentido conviene diferenciar entre los casos de ignorancia deliberada atribuible a debilidad moral de aquellos casos en los que el individuo ha buscado beneficiarse de su estado de ignorancia para eludir responsabilidades (pp. 32).

En otra parte del texto el autor parece reconstruir esta noción de forma distinta ya que se refiere a “aquellos supuestos en los que, de manera intencionada, el sujeto haya evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual, es decir, los supuestos que pueden denominarse como de “ignorancia deliberada stricto sensu”” (p. 7).

En mi análisis no daré importancia a esta imprecisión, esencialmente porque una sospecha inicial es inasequible al conocimiento. Podemos sospechar muchas cosas, la mayoría de las cuales ni siquiera llegan al nivel de conciencia indispensable para tener un recuerdo al respecto. Por otro lado, más allá de está razón de tipo cognitivo, existe una razón pragmática: en los casos susceptibles de llegar ante un juez penal, es probable que, salvo una ingenuidad teóricamente concebible pero empíricamente extremadamente improbable, siempre pueda atribuirse una sospecha inicial. El aspecto cognitivo, junto con el aspecto pragmático, me sugiere tomar la primera definición como más operativa.

En el presente trabajo analizaré la estructura misma de la doctrina de la ignorancia deliberada, cuyo desarrollo es obviamente favorecido por la indeterminación del concepto de dolo (I). Por otro lado, intentaré demostrar que esta doctrina, tal como desarrollada por el Tribunal Supremo Español (II) es a la vez peligrosa, por constituir un claro ejemplo de retroactividad penal, que llamaré epistémica, y reve-

ladora, probablemente más allá de los casos llamados de ignorancia deliberada, de la relación de causalidad entre los juicios de reprochabilidad moral que formulan implícitamente los jueces y las decisiones que imputan responsabilidad penal, independientemente de cualquier elemento epistémico (III).

## **I. La indeterminación del dolo: entre neurociencias, psicología y moral**

Cuando no existe una definición legislativa del dolo, si adoptamos una teoría del derecho de corte realista relativa al conocimiento del derecho (esto es, no necesariamente a su naturaleza), a la pregunta ¿qué es el dolo? deberíamos de contestar a partir de un análisis empírico de las decisiones de los tribunales.

El concepto de dolo sirve, como el concepto de propiedad, para conectar ciertos hechos con ciertas consecuencias jurídicas. El sistema jurídico establece ciertas consecuencias para ciertas conductas. La intuición general respecto del dolo es que las consecuencias jurídicas para aquel que cometa dolosamente ciertas acciones son más negativas que aquellas que se imputan a las mismas conductas cuando sean el fruto de una imprudencia. Si las consecuencias fueran exactamente las mismas, la distinción entre delito intencional y delito imprudente, entre dolo y culpa no tendría sentido. La distinción depende, por lo tanto, del hecho que generalmente los sistemas penales imputan consecuencias distintas dependiendo de lo que suele llamarse el elemento subjetivo, moral o psicológico de la conducta. La expresión ‘elemento subjetivo’ parece referirse a, incluir en su extensión semántica, el elemento moral y el psicológico. Hay que dejar por el momento abierta la cuestión de saber si se trata de dos realidades distintas, la moral y la psicológica, o solamente de dos formas distintas de referirse a la misma. Dicho de otra forma, si bien es posible que el elemento moral y el psicológico denoten la misma realidad, es igualmente posible que no tengan el mismo significado por tener una connotación distinta. Siendo todos estos conceptos particularmente vagos, volveré sobre este punto después de haber

ofrecido un breve análisis de cada uno de estos elementos: el subjetivo, el moral y el psicológico, tomados por separado.

### **A. El elemento subjetivo del delito**

El término 'subjetivo' parece ser el más neutral, como opuesto a 'objetivo'. En el texto se hace sistemáticamente referencia a la noción de imputación subjetiva. El dolo es, en este sentido, una modalidad de imputación subjetiva. El elemento objetivo sería el elemento que puede describirse objetivamente, pongamos el ejemplo banal de algunas modificaciones en la integridad del cuerpo de un sujeto pasivo causadas por los movimientos del cuerpo de un sujeto activo. El elemento subjetivo, a contrario, sería cualquier otro elemento que no pueda reconstruirse a partir de una explicación banalmente materialista. Obviamente la distinción entre subjetivo y objetivo está lejos de no ser problemática, y la filosofía de la ciencia, así como la epistemología general, la han desde hace mucho cuestionado. Nuestro conocimiento objetivo de la realidad parece, por un lado, depender de decisiones metodológicas susceptibles de ser condicionadas por actitudes subjetivas; por otro lado, los procesos mentales o psicológicos pueden, por lo menos en vía teórica, ser reconstruidos en términos físico-químicos. No es este el lugar para profundizar este tema, así que daré por aceptada la idea que una distinción entre subjetivo y objetivo tenga todavía algún crédito, por lo menos en la dogmática penal. La cuestión podría de todas formas no merecer mucha atención por algún rasgo específico que distinga el fenómeno jurídico, y en particular el proceso, de los fenómenos naturales: ambos elementos, el subjetivo y el objetivo, en ámbito procesal, deben ser probados. Puede ser verdad, desde el punto de vista del conocimiento de un observador imparcial y omnisciente, que Pablo provocó con los movimientos de su cuerpo una fractura en el cuerpo de Juan y, sin embargo, no poder probarse. Tal incertidumbre puede ser la consecuencia de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado una laguna de conocimiento, o bien de la aplicación de una regla procesal que por ejemplo excluye alguna prueba del acervo probatorio o, en fin, de la valoración que hace el juez de las

pruebas admitidas. Si la causa es esta última, aparece con claridad que el elemento objetivo depende de un elemento subjetivo (la valoración del juez) así que, podría decirse, todos los elementos constitutivos de un delito son, en último análisis, elementos subjetivos. Obviamente esto no significa que una conducta objetivamente observable sea un elemento subjetivo de la conducta, sino que una vez que se entra en el juego procesal, y que entonces las conductas objetivamente observables deben recibir una calificación jurídica, ya no hay mucho espacio para la objetividad<sup>7</sup>.

Existe un paralelo interesante con la costumbre jurídica. La teoría tradicional distingue entre un elemento objetivo, o material, y un elemento subjetivo, o psicológico. Si desde un estudio de Kelsen de 1939<sup>8</sup> resultó claro que la existencia del elemento subjetivo depende completamente de aquel que se encarga de identificar la costumbre, un reciente estudio de Schauer<sup>9</sup> ha demostrado, en mi opinión de manera contundente, que también el elemento objetivo, esto es, el carácter repetido de cierta conducta, puede ser el fruto de valoraciones morales.

## B. El elemento moral del delito

Hay que precisar que el uso del término ‘moral’ no tiene necesariamente connotaciones morales. El elemento moral es sencillamente, podría decirse, el elemento psicológico. Sin embargo, no puede excluirse que, llegado el caso a pesar de las intenciones de los locutores, cuando se hace referencia al elemento moral se esté introduciendo, en la definición del elemento subjetivo, un auténtico ingrediente (o una

<sup>7</sup> En fin, sería sin embargo ingenuo pensar que no exista ninguna diferencia, incluso en ámbito procesal. Aún así tal diferencia es más de grado que de naturaleza. La libre valoración del elemento subjetivo de un delito es obviamente más libre que la libre valoración del elemento objetivo.

<sup>8</sup> “Théorie du droit international coutumier”, *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, 1939, pp. 253-274, p. 247.

<sup>9</sup> “Pitfalls in the interpretation of customary law”, en A. Perreau-Saussine - J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, pp. 13-34.

connotación) moral. En el texto se hace referencia, en el momento de distinguir entre dos formas de ignorancia deliberada, a la debilidad moral del ignorante avestruz como contrapuesta al cálculo estratégico del ignorante zorro. La primera merecería una respuesta jurídica más suave mientras la segunda podría ser considerada hasta más grave que el mero conocimiento, y por lo tanto merecer una respuesta jurídica particularmente vigorosa, por lo menos tan vigorosa como lo es la reacción en contra de los delitos dolosos (p. 18).

Esta primera observación deja claro que el elemento subjetivo puede estar estrechamente relacionado con un juicio de valor sobre la reprochabilidad moral de cierta conducta, entendiendo por conducta algo más general que la mera conducta exterior, esto es, incluyendo en la conducta el hecho de ignorar. La diferencia entre el avestruz y el zorro no es epistémica, sino moral. Ambos ignoran lo mismo, pero por razones distintas.

El carácter abiertamente moral de la reflexión sobre la ignorancia deliberada es manifiesto en la primera cita jurisprudencial que proporciona el autor (p. 3):

El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no solo es ilícita, sino que se le puede atribuir el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (grossly indifferent) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia<sup>10</sup>.

Varias expresiones deben ser destacadas. El propósito infractor como propósito específico de violar la ley, es un mal propósito. No se está hablando de la intención de cometer cierta conducta, sino de la intención de violar la ley. Por ejemplo, alguien que sin conocer la

<sup>10</sup> 174 U.S. 728 (1899), p. 735.

ley la viola, podrá ser castigado si la ignorancia de la ley, en un sistema dado, no constituye una excusa; pero imaginemos una ley que castigue penalmente el hecho de provocar deliberadamente la muerte de ciertos insectos por ser una especie en vía de desaparición; ahora bien, un turista que desesperado se transforme en un matador de estos insectos protegidos, quizá merecerá el castigo penal, pero difícilmente podríamos dirigirle un reproche moral. Haber luchado valiosamente, y con éxito, en contra de un pelotón de arañas venenosas, pero en vía de extinción, no hace de él una mala persona. Su propósito no sería considerado malo.

Para seguir con las expresiones moralmente connotadas, hay que subrayar que la indiferencia crasa deja presumir el mal propósito. Esta indiferencia crasa vuelve en otros momentos, y en particular en otros discursos judiciales. En una decisión del Tribunal Supremo Español, citada por el autor (p. 11), podemos leer:

De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto.<sup>11</sup>

La misma noción de indiferencia es central en la concepción de Jacobs, tal como es reconstruida por el autor. Para Jacobs, “resulta un contrasentido que el desconocimiento atribuible a la indiferencia exonerare” (p. 13). En el mismo sentido, empezando a desarrollar su propuesta de tratamiento para la ignorancia deliberada, Ragués I Vallès parece identificar la hostilidad y la grave indiferencia (p. 16).

Para entender la relación entre dolo e indiferencia, o más precisamente la relación entre indiferencia, ignorancia deliberada y criterio de imputación subjetiva equiparable al dolo, es necesario introducir la tercera dimensión, la dimensión psicológica.

---

<sup>11</sup> STS de 2-2-2009, énfasis añadido. En el párrafo que sigue se retoma la misma idea, pero insistiendo sobre la gravedad de la indiferencia.

## C. El elemento psicológico del delito

Cuando se habla de elemento psicológico, parece inevitable una referencia a procesos cognitivos, mentales, emotivos. Dependiendo de la función que se atribuya al proceso, las cuestiones relativas al elemento cognitivo serán consideradas más o menos epistémicas. En otras palabras: si pensamos que la función del proceso es averiguar la verdad — en el caso que nos interesa, la verdad de un estado mental, la verdad de una proposición del tipo "S sabía que p", en donde S es el sujeto acusado y p un elemento constitutivo del tipo penal— entonces necesitamos herramientas para introducirnos en los estados mentales del acusado. Si, en cambio, pensamos que la función del proceso es, modestamente, establecer ciertas consecuencias jurídicas, esto es, una norma individual, para un caso individual, obviamente el elemento psicológico del delito tiende a confundirse con la libre apreciación del juez.

La técnica de la ignorancia deliberada parecería considerar como equivalentes las siguientes proposiciones "S sabía que p", y "S no podía no saber que p". Esta última proposición es particularmente ambigua porque no se sabe si el verbo poder es usado para describir una suerte de posibilidad epistémica o, deónticamente, para describir la existencia de una prohibición. Si el segundo uso reenvía a la existencia de una norma que impone el conocimiento de p, el primer uso resulta ser más ambiguo. Si se trata de una necesidad epistémica, habría que probar, sin embargo, que todos tenemos las mismas capacidades epistémicas o, por lo menos, que aplicando algunos estándares, como los aplicamos en el caso del buen cirujano, podemos afirmar la existencia de algo parecido al "conocedor estándar". Es más que normal reprochar la ignorancia deliberada a alguien que por un lado manifiesta un cierto conocimiento de un hecho A, y por el otro afirma ignorar el hecho B, estadísticamente, si no es que necesariamente, relacionado con A.

Por ejemplo, si yo he tendido en la mañana las prendas de ropa en mi jardín no techado, y afirmo, en la tarde, hablando por teléfono con mi esposa, que está lloviendo, es legítimo reprocharme que no podía no saber que la ropa se iba a mojar. La cuestión es obviamente más complicada porque yo podría afirmar que en ese momento ha-

bía desaparecido de mi conciencia el hecho de que la ropa estaba tendida, o que mi conciencia, equivocadamente, me envió un mensaje según el cual ya había retirado la ropa... y así sucesivamente. Ciertos elementos accesorios pueden, sin embargo, acercar a la reconstrucción correcta, o muy plausible, del proceso cognitivo. Supongamos que la lluvia empezó a caer exactamente cuando estaba por empezar un partido de fútbol muy importante. Supongamos que yo vi la lluvia por la ventana de la recámara en que yo estaba esperando con mucha emoción el partido. Supongamos también que el jardín con la ropa tendida estuviese fuera de mi campo visual. Es legítimo pensar que para evitar de pagar el costo que habría representado no ver el comienzo del partido, yo acepté una proposición, como premisa de mi razonamiento práctico, según la cual no era cierto que la ropa estaba tendida en el jardín. Como no he corroborado mi duda, no puedo decir que acepto una proposición falsa, ni tampoco que acepto una proposición verdadera. Lo que puedo decir es que mi acto de aceptación manifiesta un cierto grado de indiferencia respecto de la cuestión epistémica, lo que indirectamente implica un cierto grado de indiferencia respecto de la ropa tendida. Imaginemos ahora la posible conversación entre mi esposa y yo, suponiendo, por ejemplo, que el hecho de no haber retirado la ropa, en razón de la intensidad de la lluvia, haya provocado un daño. Si yo afirmo, de buena fe (por lo menos con una buena fe declarada), que realmente se me había olvidado que la ropa estaba tendida afuera, me parece que sería muy difícil demostrar que estoy mintiendo. Es igualmente posible que la vehemencia de la argumentación de mi hipotética esposa para demostrar que "no podía no saber" dependerá mucho de una valoración negativa de la actividad en la cual estaba yo entretenido (ver el partido) cuando se dieron las circunstancias de tal olvido. No habría sido la misma reacción si, por ejemplo, el olvido o, mejor dicho, la ignorancia relativa a la ropa tendida, hubiera sido concomitante con la preparación de una cena romántica, o con alguna otra actividad valorada positivamente por mi esposa.

Podemos resumir esquemáticamente las proposiciones relevantes, omitiendo la proposición relativa a la lluvia, que está fuera de discu-

sión, con el fin de aclarar la estructura epistémico-moral de la ignorancia deliberada.

### **D. La estructura epistémico-moral de la ignorancia deliberada**

Tres proposiciones son elementales, en el sentido en que su verdad o falsedad puede ser establecida por una simple observación empírica:

p: la ropa está tendida afuera

q: ver el partido en la tele

r: la ropa se moja

Sobre tales proposiciones elementales podemos formular cinco proposiciones que describen estados mentales:

p1: A no podía no saber que p

p2: A sospechó que p

p3: A tenía razones para creer que p

p4: A aceptó que no p

p5: A aceptó que no p, por q

Como anticipado en la sección relativa al elemento moral, y como resulta de la noción de ignorancia deliberada en sentido estricto propuesta por el autor, el elemento cognitivo necesita de algunos ingredientes morales para adquirir relevancia práctica. Por esta razón la estructura de la ignorancia deliberada necesita la presencia de, por lo menos, dos proposiciones morales:

p6: q es malo

p7: r constituye un daño

En fin, para llegar a la conclusión, esto es, a la responsabilidad por ignorancia deliberada, es necesario añadir una proposición que describe el nexo de causalidad, cuya verdad, para dar sentido al ejemplo, no se cuestionará:

p8: si p y no p4, entonces no r

Las conclusiones en cuanto a la responsabilidad son, por lo menos, dos:

p9: si p, p3, p4, entonces A es responsable por r

p10: si p, p3, p4, p5, y p6, entonces A es responsable por r

La diferencia fundamental, sobre la cual volveré, entre p9 y p10 es que en p10, entre las condiciones, está incluido un juicio de valor. Resulta, por lo tanto, evidente que para establecer el elemento cognitivo o, más generalmente, para imputar una acción a ciertos procesos cognitivos, el elemento moral puede jugar un papel fundamental: en algunos casos, nuestro conocimiento, tal como establecido por un sujeto sin un acceso privilegiado a nuestra mente (esto es: todos, quizá incluidos el mismo sujeto sobre cuya mente se está conjeturando) parece depender de un juicio de valor que, en materia penal, es probablemente de tipo moral.

La noción de ignorancia deliberada en sentido estricto parece basarse en p10, en la medida en que a “efectos de valorar ... la necesidad de sanción parece indispensable tener en cuenta también las razones que han llevado al sujeto a no querer profundizar en sus sospechas” (pp 32).

Para profundizar en esta dirección puede ser útil tomar uno de los ejemplos prácticos que han generado la jurisprudencia sobre la cual se basa el estudio del autor.

## II. La ignorancia deliberada en la jurisprudencia española

Hay que recordar la descripción del primer caso que generó la jurisprudencia española en materia de ignorancia deliberada (p. 8):

En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobraba un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas –cosa que él niega– de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante

y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4 % de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.<sup>12</sup>

Según el Tribunal, el acusado no podía no saber que el dinero procedía del negocio de drogas, como yo no podía no saber que la ropa estaba en el jardín. Según los jueces, dado el conocimiento de ciertos hechos obvios, esto es, dada la naturaleza de la situación, el acusado no podía no sospechar: tenía buenas razones para averiguar el origen del dinero. Sin embargo, los jueces comparten, con mi esposa, la misma dificultad en probar que no podía no saber. Si, por alguna razón, lo que es obvio por la mayoría no lo es para todos, o lo que según algunos constituye la naturaleza de una situación, no la constituye para todos, resulta muy difícil atribuir un conocimiento dado al acusado. Obviamente, en la vida y en el derecho usamos presunciones. Dada la verdad de ciertas proposiciones, podemos inferir la verdad de otras proposiciones, a partir de ciertas regularidades que hemos observado en la naturaleza. Aun así resulta claro que la técnica de las presunciones no es aquí aplicable, siendo los hechos “la cantidad de dinero” y “la clandestinidad”. Creo que podría fácilmente demostrarse que en muchas ocasiones mucho dinero y clandestinidad no constituyen hechos de los cuales podemos inferir el tráfico de drogas. Puede ser una actividad claramente lícita, como un regalo que un rica tía hace a su sobrina, a espaldas de los padres de ella. Poco importa. Quizá no sobra recordar que en materia penal la única presunción que debería de aplicar, en cuanto al elemento subjetivo, es la presunción de inocencia.

Todo este razonamiento se traduce por proposiciones de carácter epistémico, como p2 y p3. Que el acusado tenga o no razones para sospechar es muy cuestionable, por lo menos si nos limitamos a considerar elementos cognitivos. Cuando el acusado niega haber sabido que el di-

<sup>12</sup> Sentencia de 10-12-2000.

nero tenía una relación con el tráfico de drogas, siendo que no tenemos acceso a su mente, lo que significa es que, en aquel momento, con o sin sospecha inicial, su decisión de actuar como actuó fue la conclusión de un razonamiento entre cuyas premisas está la proposición según la cual el dinero no provenía del tráfico de drogas. El sujeto acepta la proposición como yo en el ejemplo acepto que la ropa no esta tendida afuera. Pero esta aceptación no se basa en razones epistémicas.

## **A. Creencia y aceptación de proposiciones**

El acusado, y yo, podemos quizá creer que la proposición que aceptamos es falsa, pero podemos, sencillamente, no tener creencias al respecto. Puedo tener una sospecha, como un hombre puede sospechar que su esposa no le es fiel, creer que le es fiel, y aceptar que tarde o temprano no le será fiel. Sospecho una cosa, creo otra y en fin acepto una tercera. La sospecha, por así decirlo, es lo más espontáneo e incontrolado. Por lo mismo, aventurarse en investigaciones sobre lo que uno ha o no sospechado no tiene mucho sentido, y menos en un proceso penal. La creencia, según varios autores<sup>13</sup> que se han dedicado a estudiar este estado mental, parece implicar una suerte de exigencia de coherencia entre todas las creencias de un sujeto. Las creencias, en este sentido obedecen a criterios puramente epistémicos. Las creencias quizá se alimentan de sospechas. Sospecho que la dirección del aire y la humedad que percibo sobre mi piel signifiquen que la probabilidad de lluvia es muy alta. Pero, como no soy meteorólogo, no formo la creencia correspondiente, y me quedo con la sospecha. Si

<sup>13</sup> Por ejemplo J. Cohen y M. Bratman. Para una reconstrucción del debate (y la relativa bibliografía) sobre las nociones de creencia y aceptación y en particular sobre la posible independencia epistémica entre los dos actos cognitivos, reenvío a Puppo, A., *Acceptation et normativité: la force du devoir dans le discours juridique*, Roma, Aracne, 2011, pp. 89-103, y Id. "La sumisión de los jueces a las normas últimas: acerca de la aceptación de reglas de reconocimiento y normas fundamentales", en Garibian, S. - Puppo, A., *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre Positivismo y Derecho internacional*, México, Fontamara, 2010, pp. 137-171, espec. pp. 160-162.

y solamente si el hecho que llueva o no tiene alguna relevancia práctica para mí, aceptaré una proposición relativa a la probabilidad de lluvia. Aunque yo sospeche (o definitivamente crea) que la probabilidad de lluvia es alta, si por ejemplo mi primera cita en un parque con una persona importante para mí está condicionada por la ausencia de lluvia, aceptaré la proposición según la cual la probabilidad de lluvia no es alta, porque de no hacerlo debería cancelar mi cita. Pero del hecho de aceptar que no lloverá, no podemos inferir ni que yo creía que iba a llover, ni su contraria.

Las razones para aceptar no son de tipo epistémico. En otras palabras, puedo aceptar sin tener creencias relativas a la proposición aceptada, o bien puedo aceptar una proposición a pesar de tener la creencia que la proposición es falsa.

En un contexto práctico e intersubjetivo este último caso plantea, sin embargo, algunas dificultades. Supongamos que haya públicamente expresado mi creencia sobre el hecho, por ejemplo, que cierto candidato a un cargo político es profundamente incapaz. Supongamos también que pocos días después yo comparto, con el mismo público, la decisión de votar por ese candidato. Ahora bien, cualquier persona que conecte la creencia expresada y la decisión tomada no puede sino alarmarse frente a mi incoherencia. Obviamente, desde el punto de vista puramente teórico siempre puede afirmarse que, por algunas razones no epistémicas, he aceptado la proposición según la cual el candidato es perfectamente capaz, aunque crea que es falsa.

Este ejemplo sugiere introducir una distinción, que no es relevante para la distinción teórica entre creencia y aceptación, sino para su plausibilidad en un contexto público.

## **B. Contenido y estatus social de las creencias**

Aunque la terminología no sea muy feliz, puede distinguirse entre creencias públicas (expresadas) y creencias privadas (no expresadas), por un lado, y por el otro, dentro de cada categoría, pero con una clara relevancia con respecto a la primera, entre creencias sinceras y creencias insinceras, entre verdades y mentiras.

La primera distinción es importante para la cuestión de la ignorancia deliberada, en la medida en que lo que alguien haya públicamente expresado, por ejemplo sobre la procedencia probable del dinero, puede ser utilizado como prueba de que el acusado sabía o no sabía. Cualquier acusado podría argumentar que estaba bromeando o que no tenía la menor idea, etc. Pero, creo, es un hecho que una afirmación sobre la procedencia del dinero, por ejemplo “No creo que el dinero proceda de una actividad lícita” o “Creo que las personas que me están solicitando este servicio estén involucradas en el tráfico de drogas”, tendría un efecto relevante para determinar el elemento subjetivo del delito. Pero es posible que las mismas creencias nunca hayan sido formuladas.

Antes de desarrollar un ejemplo, es importante recordar un elemento importante de lo que dijo el Tribunal: la ignorancia deliberada consiste en “no querer saber aquello que puede y debe conocerse”. Estos puede y debe parecen funcionar como propiedades definitorias de la ignorancia deliberada. La primera se refiere, probablemente, a un aspecto puramente epistémico, esto es, a la posibilidad, *all things considered*, de comprobar la sospecha inicial.

En la mayoría de las situaciones de la vida cotidiana tenemos una autorización para ignorar muchas cosas. Sin embargo, existen casos en que la existencia de un deber no es cuestionable. Pongamos el caso en que haya desaparecido una niña, en una ciudad en donde está operando un secuestrador pedófilo, y que una descripción de la niña haya sido distribuida a todos los policías. Si un policía cree reconocer a la niña en la banqueta de en frente, nadie cuestionaría la existencia, para él, del deber de hacer todo lo posible para corroborar su sospecha. Esta reconstrucción parece plausible pero pasa por alto un elemento crucial, que me permite subrayar la importancia de la distinción entre creencias no expresadas y creencias expresadas. Imaginemos que el policía de nuestro ejemplo haya efectivamente creído que la niña en la banqueta de en frente podía ser la niña desaparecida. Si el policía no comparte con nadie su creencia, sería, en el mundo real, absolutamente imposible reprocharle el hecho de no haber corroborado su sospecha. Nadie sabe lo que él sabía o en un momento dado creyó saber.

Su actitud cognitiva, por ser íntima, se vuelve irrelevante en cualquier contexto real, particularmente procesal. El caso sería distinto si, por ejemplo, el policía, en el momento en que surge la sospecha, hubiera comunicado su sospecha a alguien, esto es, si hubiera expresado su creencia. Podríamos también imaginar el caso, menos probable por cierto, en que haya asentado en su diario algunas palabras que describieran su sospecha, siempre y cuando tal diario llegara en las manos de las autoridades. Las autoridades podrían entonces preguntarle por qué, dada la sospecha inicial, no hizo nada para averiguar si se trataba efectivamente de la niña desaparecida.

Otro elemento, del cual obviamente no dispone el policía mientras sospecha, es fundamental. Preguntemonos, ¿en qué caso, real, la sospecha y la ignorancia, por así decirlo deliberada, del policía adquirirían relevancia (siempre y cuando el policía haya expresado la creencia correspondiente)? La respuesta es sencilla. Tal relevancia supone dos cosas: primero, que, retrospectivamente, sea posible afirmar que efectivamente la niña era la niña desaparecida; segundo, que la niña haya sido, por ejemplo, violada. Pero, aquí también, hay que imaginar una historia distinta. Imaginemos que efectivamente el policía haya creído correctamente que se trataba de la niña desaparecida, y que, sin embargo, hubiese desaparecido con un tío que solo quiso llevarla a algún lugar, y que, por haber perdido su celular, no haya podido avisar a los padres. El tío devuelve la niña un par de días después de haber sido señalada la desaparición. ¿Qué diríamos en tal caso? Quizá el policía no fue muy diligente, pero probablemente el éxito favorable de la historia constituiría una buena razón para considerar la falta de investigación por parte del policía como algo insignificante. Por lo mismo, si imaginamos que el policía fuese interrogado al respecto, éste podría afirmar que aunque haya sospechado que se trataba de la niña desaparecida, la sonrisa de la niña, la actitud del hombre que la acompañaba, etc. lo hizo creer, después de la sospecha inicial, que probablemente no se trataba de la niña desaparecida. Imaginemos que esté mintiendo, esto es, que las actitudes que describe no las vio —o porque vio la niña de espaldas o porque manifiestamente estaba llorando y no sonriendo. Aunque, objetivamente, se trate de una mentira, es

probable que un hipotético juez creería sin más a su relato. Este último caso es un caso de creencia pública falsa o, dicho de otra forma, de mentira pública. Sin embargo, tal mentira sería fácilmente creída por la mayoría de los oyentes, simplemente porque, como dirían algunos teóricos de la verdad, es narrativamente coherente con otras proposiciones verdaderas (no fue secuestrada, la pasó muy bien etc.).

Todo este largo ejemplo sirve, en mi opinión, para destacar una forma de retroactividad penal, por así decirlo, epistémica, de la cual la imputación subjetiva por ignorancia deliberada es manifiestamente un caso.

### **III. La retroactividad epistémica como expresión de reproche moral**

Hay que regresar al caso real decidido por el Tribunal Supremo. Si se llega a plantear la cuestión de la responsabilidad penal del ignorante deliberado, es porque las autoridades se enteran de la actividad criminal. Se enteran de la procedencia del dinero, de la transferencia de tal dinero hacia un paraíso fiscal, etc. En nuestro ejemplo sería como enterarse del secuestro, de la violación, etc. Si, obviamente, el dinero hubiera sido dinero limpio o si, como probablemente pasa en muchos casos, las autoridades no se hubieran enterado y no hubieran podido, por lo tanto, detener a los presuntos responsables, obviamente la cuestión de la ignorancia deliberada no habría adquirido relevancia alguna.

Todos los hechos cuyo conocimiento no se cuestiona, tal como la clandestinidad, la cantidad de dinero, etc., adquieren un significado a la luz de la narración completa, que por definición solo es disponible ex-post. Lo que se cuestiona es si dados estos conocimientos, es o no epistémicamente plausible y, añadido, moralmente aceptable, que no se investigara sobre otros hechos. Pensemos a lo que diría la mayoría respecto de la actitud de avestruz del policía si se descubriera que la niña fue violada. No dudo que se trataría de una condena moral, hasta algunos lo culparían. Si el policía hubiera hecho algo, la niña habría podido ser rescatada y regresar ilesa con sus padres.

Fijémonos en la cuestión del deber. Cada persona a lo largo de su vida conoce a varias personas, se desempeña en varias actividades. Algunas de estas personas son quizá criminales internacionalmente buscados, y algunas de estas actividades están dirigidas a blanquear dinero sucio. La mayoría de las personas, sin embargo, nunca serán involucradas en procedimientos penales, sin saber, sin embargo, si la razón es una de las dos siguientes: porque las actividades ilícitas en las cuales participaron nunca fueron descubiertas, o porque, sencillamente, ninguna de las actividades en las cuales participaron eran ilícitas. Las dos situaciones son pragmáticamente equivalentes y, diría yo, pueden ser moralmente equivalentes, en la medida en que, pongamos el caso, las personas que de hecho participaron en actividades ilícitas, por su conocida ingenuidad, nunca lo sospecharon, y las personas que, por ser, por ejemplo, escépticos genoveses, sospecharon la ilicitud de ciertas actividades, nunca, de hecho, participaron en actividades ilícitas.

La persona ingenuamente criminal, ¿tenía el deber de averiguar el carácter ilícito de la actividad? Diríamos que no, porque solo la sospecha inicial genera el deber. La persona sospechosamente inocente, ¿tenía el deber de averiguar el carácter ilícito de la actividad? Aquí tenemos dos respuestas. Una objetiva, que tiene sentido ex-post, otra subjetiva, que tiene sentido ex-ante. Ex-post, resulta obvio que, siendo la actividad lícita, y por ende la averiguación de la naturaleza de la actividad jurídicamente irrelevante, nadie imputaría un deber al escéptico genovés. Sin embargo, ex-ante, la actitud consistente en no averiguar, dada la sospecha inicial, podría ser considerada como reprochable. De hecho es, por así decirlo, por suerte, que el ignorante deliberado no ignoró algo penalmente relevante. Así que, ex-ante, es posible imputarle un deber moral (y su violación).

Refiriéndose a la doctrina dominante continental, y especialmente al derecho alemán, Ragués I Vallès puede constatar que “mientras en todos los casos de desconocimiento de los elementos del tipo la respuesta ha de ser forzosamente la impunidad o, cuando menos, la importante atenuación que merece la actuación imprudente, pueden existir situaciones de desconocimiento de la antijuridicidad que, sin

embargo, merezcan la misma pena que los supuestos de auténtico conocimiento” (p 25).

La ignorancia del derecho penal y la ignorancia de los elementos del tipo parecen ser dos cuestiones completamente independientes. Sospecho, sin embargo, que en el contexto real de la valoración penal de la ignorancia deliberada de los hechos que definen el tipo penal, los dos elementos son indisolubles. Esta indisolubilidad depende, en último análisis, del elemento que, según el autor proporciona la justificación más plausible de la distinta respuesta penal para los delitos dolosos y los imprudentes:

mientras en la realización típica el sujeto activo doloso expresa con su hecho la negación de determinados valores compartidos en un determinado modelo social, o de las normas jurídicas que los protegen, en el caso de las realizaciones imprudentes no se advierte tal expresión (p 28).

A partir de tal justificación de la diversidad de respuesta penal que el sistema jurídico imputa a los casos de dolo y a los de imprudencia, resulta claro que la equiparación de la ignorancia deliberada al dolo supone la equiparación del significado expresivo de la conducta tradicionalmente dolosa y de aquella por ignorancia deliberada. Si y solamente si el ignorante deliberado, con su ignorancia, manifiesta una crasa indiferencia respecto de los valores protegidos por la norma penal o una sofisticada manipulación, típica del bad man holmesiano, del derecho penal en vista de evitar la sanción, la respuesta penal debe ser tan severa como lo es la sanción para delitos dolosos.

Los dos casos, sin embargo, merecen ser tajantemente distinguidos.

### **A. La crasa indiferencia hacia los valores protegidos por la norma penal**

El caso de crasa indiferencia puede traducirse por la ignorancia de la ley penal y por lo tanto por la ignorancia de los elementos del tipo penal, cuyo desconocimiento deliberado no puede ser relacionado con

una actitud de zorro, porque, desconociendo el tipo penal, el sujeto no tiene la posibilidad de dirigir activamente su ignorancia. Si no conozco los hechos a los cuales el derecho penal imputa consecuencias penales, no puedo decidir ignorarlos para evitar tales consecuencias. Los casos de crasa indiferencia parecen difícilmente sancionables, a menos que, a partir de una distinción sustantiva entre (al menos) dos categorías de valores protegidos, se considere que un cierto tipo de crasa indiferencia, más allá de haber provocado la ignorancia de ciertos elementos del tipo penal, merece una sanción. Una precisión adicional es importante. Si ignoro la ley penal, mi ignorancia de ciertos hechos puede asumir dos formas: puedo ignorar el hecho bruto o puedo ignorar el hecho institucional. En otras palabras, puedo ignorar, retomando el caso de las arañas protegidas, que matar arañas protegidas constituye un elemento de un tipo penal, o puedo ignorar que ciertas arañas son arañas protegidas. Puedo ignorar el carácter antijurídico de una conducta o puedo ignorar ciertos elementos de una conducta, independientemente de su carácter antijurídico.

La distinción entre valores adquiere aquí toda su importancia. No es de más recordar la distinción kelseniana entre *mala prohibita* y *mala in se*.

### 1. *Mala prohibita* que son *mala in se*

La noción de *mala in se*, rechazada, en virtud de su positivismo, por Kelsen, fue central en los primeros casos de justicia penal internacional. A pesar de la ausencia de una norma penal vigente que castigara la comisión de crímenes de lesa humanidad, se consideró que el hecho de participar en su comisión era expresión de una crasa indiferencia respecto de los valores que la prohibición quiere proteger (no podían ignorar la inexistente prohibición). Desde un punto de vista puramente formal, la norma penal que establece una sanción para el exterminio de un grupo étnico y la norma penal que establece una sanción para el exterminio de una especie de arañas protegidas, son perfectamente idénticas, y las cuestiones relativas a la ignorancia deliberada se plantean de la misma forma. Nadie, sin embargo, sostendría, a partir de

sus intuiciones morales (que todos tenemos, a pesar de no otorgarle ninguna objetividad, como sostendría un escéptico moral) que existe una diferencia fundamental entre los dos casos. Aún admitiendo la ausencia de valores morales objetivos, desde un punto de vista puramente estadístico, sería fácil afirmar que del total de la población mundial entrevistada, solo una pequeña minoría afirmaría que los dos casos merecerían el mismo tratamiento. En fin, para decirlo en términos claramente escépticos y evitar la relativa crítica: desde un punto de vista de una meta-ética estrictamente escéptica y no-cognitivist, no existe ninguna diferencia; pero desde el punto de vista empírico de las probables reacciones (completamente irracionales y subjetivas), ni el más ortodoxo de los escépticos negaría que tal diferencia existe.

Generalizando a partir de los dos casos, por cierto, extremos, es plausible afirmar que existen valores hacia los cuales la crasa indiferencia deja presumir, en el sujeto indiferente, rasgos morales objetivamente (o, diría el escéptico, subjetivamente y mayoritariamente) condenables. La ignorancia deliberada, por ejemplo, de un militar serbio respecto del hecho que las casas que está destruyendo con sus misiles pertenecen a un pueblo integralmente poblado por bosnios, siendo que el pueblo está ubicado en una zona en donde hay pueblos bosnios y pueblos multi-étnicos (esto es, dada una situación en que la ignorancia de un elemento del tipo penal es plausible), difícilmente, desde un punto de vista moral, podrá ser considerado decisivo al momento de imputarle la comisión de un genocidio o, por lo menos, la sanción que le va aparejada.

Si la conducta prohibida es también un *malum in se*, entonces la ignorancia deliberada, como expresión de una crasa indiferencia respecto al valor protegido, parece merecer una sanción. Que estemos o no de acuerdo con esta conclusión, dos implicaciones deben ser destacadas: primero, esto torna irrelevante la cuestión epistémica de la ignorancia; segundo, esto pone de manifiesto que la sanción se funda sobre un reproche moral dirigido al sujeto ignorante lo que, si no existe una moral objetiva cuya aplicación constituya un deber para los jueces, constituye un claro ejemplo de imputación de responsabilidad penal justificada exclusivamente por la subjetividad moral del juez.

2. *Mala prohibita que no son mala in se*

Es posible que un sistema jurídico penalice una conducta para proteger valores que desde la perspectiva de la moral (supongamos la moral positiva vigente en el grupo) se consideran poco importantes o incluso nefastos.

Una legislación francesa, de la cual, afortunadamente, se ha planteado la eliminación, impone sanciones penales a cualquier persona haya brindado ayuda a una persona en estadia irregular:

Toda persona que haya, directa o indirectamente, facilitado o intentado facilitar la entrada, la circulación o la estadia irregulares, de un extranjero en Francia será castigado con un pena de prisión de cinco años y una multa de 30 000 Euros.

El objetivo principal del legislador fue probablemente limitar las actividades ilícitas relativas al trafico de personas en general y las actividades criminales que se expresan en toda la organización logística necesaria para quienes desean ingresar al territorio de un Estado sin tener las correspondientes autorizaciones.

Sin embargo, dicha norma fue de hecho utilizada para enjuiciar a personas por haber, es el caso por así decir paradigmático, aceptado hospedar el amigo de un amigo que resultó ser inmigrante ilegal. No es difícil imaginar la situación. Un sujeto A vive en un departamento relativamente grande; un querido amigo B de origen senegalés, quien vive en un departamento chico pide a su amigo A si puede hospedar a su hermana C que viene de visita. Por amistad y por solidaridad, A acepta. Después de varios días, semanas o meses, de agradable convivencia, un día llegan al domicilio de A unos policías, informados por una vecina (la existencia de una vecina impertinente es probablemente una de las pocas verdades universales); C amablemente abre la puerta, y en el momento en que los policías le solicitan que enseñe su identificación oficial, y que la joven solo presenta su pasaporte senegalés, se actualiza automáticamente el supuesto del delito –como lo nombraron irónicamente en Francia– de solidaridad.

Resultará particularmente instructivo aplicar a este caso los criterios del Tribunal Supremo español. La inmigración clandestina de extranjeros senegaleses es un hecho notorio. Es, por lo tanto, plausible que exista una sospecha inicial sobre la clandestinidad, probablemente confirmada por el hecho que C solía no salir mucho. Existía la posibilidad de confirmar la sospecha, dado que habría sido suficiente preguntar. Pero A no lo hizo, probablemente por preferir quedarse en la ignorancia, y gracias a tal ignorancia traer un beneficio de la agradable convivencia. La conducta de A, sin embargo, parece ser la consecuencia de ciertas virtudes morales, como la ausencia de curiosidad gratuita, la amistad, la solidaridad, etc. Todos los criterios del Tribunal, sin embargo, son perfectamente satisfechos. A pesar de la ignorancia de un elemento del tipo penal, esto es, el carácter ilegal de la estada de C, A debería ser condenado.

Hay que hacer hincapié en la indiferencia crasa que se expresa en este caso y en la relación entre ignorancia de un elemento del tipo penal con la ignorancia de la ley penal. Por haber vivido en Francia durante la vigencia de tal norma, puedo confirmar que se trataba, al principio, de una norma poco conocida y solo una vez que una colega que acostumbraba hospedar inmigrantes ilegales me compartió su experiencia criminal, pude enterarme. No conocer la norma supone obviamente, particularmente en un abogado, la indiferencia crasa del valor que la norma protege. Estoy hablando de la norma aplicable al caso descrito y no obviamente de la norma aplicable a los casos de tráfico de personas. La disposición en cuestión en efecto expresa varias normas, algunas de las cuales protegen valores como la dignidad de los inmigrantes, en la medida en que se propone evitar que sean objeto de reducción en esclavitud. Pero tal disposición, de hecho, por como fue aplicada a casos como el descrito, expresa también una norma que protege el valor, por así decir, de la delación o de la anti-solidaridad. Los que viven intentando cumplir con la exigencia moral de solidaridad no pueden sino manifestar una indiferencia crasa respecto del delito de solidaridad, indiferencia que obviamente puede implicar ignorar deliberadamente y sistemáticamente el status migratorio de las personas que entran en su casa.

B. La condena moral del bad man, y la excusabilidad moral del ignorante buen samaritano

Pensemos ahora al caso del tráfico de drogas y al beneficio económico obtenido por el ignorante deliberado. Supongamos que se trate de un sujeto sin precedentes penales, no particularmente inteligente pero muy preciso y cumplido, acostumbrado a ejecutar tareas sin preguntar, cuya madre necesita dinero para poder pagar ciertos tratamientos médicos particularmente costosos. Un compañero de primaria, encontrado por caso, le propone entregar ciertas cantidades de dinero. Este trabajo le permitirá ayudar a su madre etc. En tal caso, también, tenemos un beneficio. Pero el beneficio sería bien distinto si el sujeto en cuestión no tuviera necesidades económicas. Cualquier alumno de la facultad de derecho pensaría que se trata de una variación sobre el caso del robo de las manzanas, cometido por hambre. Sin embargo, el alumno en cuestión estaría pasando por alto una diferencia radical entre los dos casos. En el caso de las manzanas, los elementos del delito son todos presentes. Se trata de un delito doloso cuyo castigo puede provocar sensaciones desagradables en términos de justicia, pero no en términos de legalidad; todo lo contrario: es precisamente el principio de legalidad que, a pesar de su injusticia, impone aplicar la sanción. En cambio, en el caso del tráfico de drogas, el principio de legalidad, o de culpabilidad, impone no aplicar la sanción, a menos que se pruebe la existencia del dolo –prueba que supone el conocimiento (por lo menos eventual) de todos los elementos del tipo penal– por parte del agente.

Imputar una sanción penal en este caso de ignorancia deliberada suscitaría probablemente ciertas críticas. Aun así, podría rebatirse este caso no entraría en la categoría de ignorancia deliberada en sentido estricto ya que esta solo se da, según Ragués i Vallès,

en aquellos casos en los que el sujeto ha contado con una sospecha inicial de que su conducta presente o futura podía resultar lesiva para algún interés penalmente relevante pero ha preferido mantenerse en un estado de ignorancia como una estrategia para, llegado el caso, poder alegar dicha ignorancia en su descargo cabe advertir una necesidad de sanción similar

a la de los casos de dolo eventual y, desde luego, superior a los supuestos habituales de negligencia (pp 33).

Mas la situación no es tan clara. Nuestro sujeto buen samaritano, cuyo objetivo es ayudar a su madre, ignora deliberadamente por razones moralmente aceptables. Pero imaginando que sea más inteligente de lo que resulta en mi ejemplo, podría ignorar con la precisa intención de evitar la sanción penal. Imaginemos que los medicamentos que la actividad ilícita permite comprar sean efectivos si y solo si un familiar se queda cerca de la madre enferma, y que el sujeto sea el único familiar: evitar la cárcel es en tal caso vital y adoptar una estrategia al respecto parece ser una conducta moralmente justificada. Habría entonces que precisar la definición de Ragués I Vallès, incluyendo la exclusividad del propósito malvado.

En fin, el caso paradigmático de ignorancia deliberada culpable sería el caso del bad man quien, a partir de un conocimiento detallado de la norma penal, se esfuerza para ignorar todo lo que debe ser ignorado para evitar la aplicabilidad de la norma penal. En tal caso la reprochabilidad de la conducta podría ser hasta superior que en los casos de dolo tradicional.

En poquísimas palabras: el bad man merece quizá una sanción penal. Pero el elemento clave para llegar a esta conclusión, sospecho, no es la prueba de ese complejo conjunto de elementos cognitivos (la ignorancia) y teleológicos (el beneficio) que parece constituir el núcleo de la doctrina de la ignorancia deliberada. Se sanciona, sencillamente, por dolo tradicional, porque se imputa (no se descubre) el dolo en virtud de un juicio moral sobre el acusado. Y este juicio de reproche moral es el único elemento que distingue los casos en que sancionar al ignorante deliberado suscita adhesión de los casos en que suscita protesta. Aun si sostuviéramos la plausibilidad de la doctrina de la ignorancia deliberada, incluso en la versión estricta que propone el autor, e invocáramos la prueba de todos los elementos que la hacen operativa, a la vez cognitivos y teleológicos, persistiría, sin embargo, la sospecha de que la prueba de cada uno de estos elementos depende de la valoración moral del juez sobre la reprochabilidad moral del sujeto.

## Comentario al artículo de Ramón Ragués<sup>1</sup>

Luís Greco\*

El estimulante artículo de Ragués propugna el reconocimiento de la nueva figura jurídica de la ignorancia deliberada, cuyo tratamiento debe ser idéntico a aquel conferido al dolo. Mis reflexiones tendrán por objeto principalmente la defensa de esta figura; pues un relevamiento exhaustivo de la bibliografía sobre el tema superaría los límites de un trabajo que se propone ser un mero comentario de otro artículo. Pretendo demostrar que, en buena parte de los casos en que fue reconocida por la jurisprudencia española, la figura es prescindible, porque en realidad, se debería hablar de dolo eventual (abajo 1). Los casos que tiene en mente Ragués, sin embargo, son aquellos en que el contenido de la figura excede el del dolo (“ignorancia deliberada en sentido estricto”); aquí, no obstante, ella me parece inaceptable (abajo 2). Por último, como consideración adicional, dotada de menor importancia científica pero de gran importancia práctica, tengo serias dudas respecto de la adecuación de la figura con el derecho positivo argentino o español (abajo 3).

\* Privatdozent Dr. Jur., Universidad de Ludwig Maximilian, Munich, Alemania.

<sup>1</sup> Traducción de María Valentina Risso

## I. El carácter en parte superfluo de la ignorancia deliberada

En la mayoría de los casos en que la idea de la ignorancia deliberada ha sido reconocida, existe, en rigor, dolo. El primer caso español citado por Ragués (ítem IV.A) en que alguien que, acusado de encubrimiento por llevar una considerable cantidad de dinero en efectivo a un paraíso fiscal, alegó no saber que el dinero era proveniente del tráfico de drogas, existe dolo: el autor del encubrimiento no tiene que saber que la cosa obtenida es producto de este o de aquel delito, tan solo, que ella es producto de un delito<sup>2</sup>. Piénsese, también, en el caso en que alguien que acaba de hacerse un examen para detectar si es o no portador de una enfermedad contagiosa decide no abrir el sobre con el resultado del examen y sin conocer con seguridad el peligro que representa, termina contagiando a un tercero.

En esos casos, no hay mucho que discutir. En ellos, como precisa Ragués (ítem IV.A), existe indiscutiblemente dolo, al menos bajo la forma de dolo eventual<sup>3</sup>.

A menudo, el *propio comportamiento que inmediatamente<sup>4</sup> causa el resultado* ya irá acompañado de la conciencia de que algo puede terminar mal, de que posiblemente existe algún riesgo para un bien penalmente protegido. Esa conciencia será, en la mayoría de los casos, suficiente para justificar un dolo eventual. Aunque tenga por objeto solamente la posibilidad de un riesgo, posibilidad de un riesgo y existencia de un riesgo son nociones que, desde una perspectiva ex ante, se confunden. Y es esa la perspectiva decisiva al momento de evaluar el dolo, ya que el dolo constituye disvalor (subjetivo) de la acción. Desde una

<sup>2</sup> Cf. por todos Altenhain, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4<sup>a</sup>. ed. Beck, Munique, 2013, § 259 nm. 60.

<sup>3</sup> Suponiendo aquí que se acepta la distinción clásica entre las tres formas de dolo- en contra, con argumentos convincentes, Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4<sup>a</sup>. ed. Beck, Munique, 2013, § 15 nm. 105 e ss.

<sup>4</sup> Se entiende por “inmediatamente” aquel comportamiento que hace posible la realización del tipo sin que sea necesaria la práctica de otra conducta por el autor –algo así como el componente objetivo del concepto de tentativa acabada (sobre ese concepto, por todos, Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. 2, Beck, München, 2004, § 30 nm. 155).

perspectiva *ex ante* solo hay posibilidades; lo real, en rigor, interesa solo en el momento de imputar el disvalor de resultado. Quien dispara contra una persona que tal vez parezca muerta, pero que en realidad está durmiendo, actúa con dolo de matar tanto si tuviera conocimiento de que la persona está viva, como si conociera –simplemente– esa posibilidad. Del mismo modo, el conocimiento de la posibilidad de contagiar a otra persona ya configura, pues, el elemento cognitivo del dolo de lesiones corporales. En estos casos, no existe ignorancia propiamente dicha.

En otros casos, el autor, en el momento en que practica ese comportamiento inmediatamente causante del resultado, no pensó siquiera en el riesgo o en la posibilidad del riesgo. En cierto modo, hay aquí ignorancia. En la mayoría de los casos, sin embargo, será posible identificar un *comportamiento previo*, en que ese conocimiento mínimo estaba presente y en que se tomó la decisión a favor de la ignorancia. Cuando esto ocurre, por regla será ese comportamiento anterior, y no el comportamiento inmediatamente causante de la realización del tipo, el comportamiento transgresor de la norma. Aquí, no hay más que una autoría mediata en que el autor hace uso de su yo futuro como instrumento que actúa con error excluyente del dolo. De la misma forma que el autor puede dar un revólver a un inocente X, garantizar que está descargado, y convencerlo a dar un susto a Y, quien muere en virtud del disparo, el autor puede, al menos en teoría, hacer de sí mismo lo que hizo de X. Digo en teoría, porque es casi inimaginable que ese autor no se acuerde de su actuar previo. Si, en un ejercicio de imaginación jurídica, construyésemos un caso en que incluso ese recuerdo no existiera, no habría, en general, obstáculo para que se declare la decisión previa como la verdadera acción que realiza el tipo. Habrá aquí algo como una *actio libera in causa*, aunque poco típica, ya que el comportamiento previo no excluye, como en los casos prototipo de *actio libera in causa*, la culpabilidad del actuar posterior y sí su carácter doloso. De cualquier forma, en sustancia existe una *actio libera in causa* / una autoría mediata que, en el fondo, tampoco difiere sustancialmente de los casos en que el autor comete un delito a distancia. Quien coloca un reloj bomba en algún lugar puede estar

dormitando al momento de la explosión; el conocimiento que fundamenta el dolo tiene que estar presente en el momento de la práctica de la acción que infringe la norma, esto es, en el momento en que la bomba es instalada.

Es decir: la mayor parte de los presuntos casos de ignorancia deliberada son casos en los que o bien no existe tal ignorancia, y si la acción que inmediatamente realiza el tipo es practicada con conciencia de la posibilidad de un riesgo, lo que es suficiente para el dolo eventual; o bien en que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento, de modo que el comportamiento previo justificará la responsabilidad por dolo, según los principios de la autoría mediata /de la *actio libera in causa* / del delito a distancia. Ya sea por vía directa o por vía indirecta, existe aquí dolo eventual y no ignorancia.

## II. La ignorancia deliberada en sentido estricto

Los casos discutidos precedentemente, sin embargo, no son los que tiene en mente Ragués. El autor distingue la situación por él denominada de “ignorancia deliberada en sentido estricto” (ítem IV), que comprende los casos en que parece imposible justificar, incluso por vía indirecta, una imputación a título de dolo. Entre los ejemplos mencionados se encuentran el del director de una empresa que emite la orden a los empleados para que repelan las comunicaciones oficiales; o el de un director que difunde una dirección de e-mail para fines de comunicación de irregularidades en el funcionamiento de la empresa, e-mail este que, desde un principio, estaba dispuesto a no abrir nunca. También en el *leading case*, *United States v. Jewell*, parece difícil afirmar el dolo<sup>5</sup>: quien recibe dinero para cruzar, con un automóvil, la frontera de México hacia los Estados Unidos, consciente de que el

<sup>5</sup> Al menos desde nuestra perspectiva, que reconoce el dolo eventual. Dejo abierta la discusión si el término “knowing”, usado por los tipos penales en cuestión, exige una forma calificada de dolo, como el dolo directo de segundo grado.

automóvil tiene un compartimento secreto y de que en él hay alguna carga, puede hasta saber que algo anda mal; si se trata de 110 libras de marihuana como era el caso, o de armas, de pornografía infantil, o de órganos, él no tiene cómo saberlo. En esos casos, hay que reconocer la imposibilidad de fundamentar el dolo. Ragués considera, no obstante, que sería una respuesta inadecuada del ordenamiento castigar aquí únicamente por imprudencia o dejar al autor impune si el delito en cuestión ni siquiera reconoce la forma culposa. Sus argumentos, desarrollados en dos niveles, no me parecen del todo convincentes (abajo, a), b)). Además, la idea de un desconocimiento equivalente al dolo enfrenta un problema adicional, especialmente respecto al tratamiento de la tentativa (abajo c)).

a) El primer argumento lleva la discusión a un nivel que, realmente, no tiene cómo esquivarse: el de la *razón de la punición por dolo*. Ragués considera que el fundamento del tratamiento más severo conferido en el ordenamiento jurídico para los casos de dolo estaría en que el dolo presenta un *contenido significativo* distinto de la imprudencia (V. 1). El dolo es entendido como un desafío frontal a la vigencia de la norma. La imprudencia, por su parte, no solo no expresaría semejante mensaje, sino que en general expondría al autor a los peligros de una *poena naturalis*. Ragués afirma que ciertos casos de ignorancia deliberada, especialmente aquellos en que el autor se beneficia de la propia ignorancia –volveremos a este argumento enseguida– se situarían más próximos del dolo que de la imprudencia.

No cuestionaré el argumento en su dimensión empírica- sociológica<sup>6</sup> que, a primera vista, me parece plausible. La tesis contraria, de que la norma es desafiada con menor intensidad por el comportamiento practicado en estado de ignorancia es, no obstante, igualmente plausible, lo que ya insinúa que el problema no puede ser solucionado en el plano empírico. Pero incluso si se acepta la tesis empírica propuesta por Ragués, la perspectiva comunicativa por él defendida no me resulta convincente. Si lo que interesa es el conte-

---

<sup>6</sup> Suponiendo que se trata de un modelo empírico.

nido significativo del hecho, actos practicados a plena luz del día presentarían mayor contenido de injusto que los actos practicados en secreto. El llamado “crimen perfecto”, que nadie descubre, ni siquiera existiría. Revelar un delito sería más grave que cometerlo. La razón por la cual el derecho prohíbe y castiga comportamientos no puede estar, pues, en lo que ellos comunican respecto de la vigencia de una norma y sí en el peligro que esos comportamientos representan para la subsistencia de un bien<sup>7</sup>.

Desde esta perspectiva, que no es la de Ragués, pero que me parece la más adecuada<sup>8</sup>, queda bastante clara la diferencia entre dolo e ignorancia deliberada. Quien actúa dolosamente, esto es, al menos con conocimiento de un riesgo, controla el riesgo inherente a su actuar, dispone de un cierto *dominio* que no está presente en quien no tiene ese conocimiento<sup>9</sup>: el conocimiento permite al autor adaptarse a nuevas circunstancias, reaccionar ante lo inesperado. Esto le da un control sobre la realización del tipo que otorga al ordenamiento dos razones para dirigir sus atenciones a tal comportamiento. En primer lugar, se trata de un comportamiento más peligroso, no para la vigencia de la norma y sí para la subsistencia de un bien; un legislador interesado en proteger bienes jurídico tendrá, pues, una razón de bien común, esto es *consecuencialista* para emplear sus escasos recursos preventivos –generales principalmente en el sentido de reprimir la práctica de ese comportamiento. En segundo lugar, cada quien es particularmente responsable de aquello que domina, porque esto tiene una íntima relación con su libertad, y existe como un principio fundamental, moral y jurídico, que correlaciona libertad y responsabilidad. De este modo, existe una razón no de bien común sino de respeto o *deontológica* en el sentido de una imputación más severa de quien actúa con conocimiento.

<sup>7</sup> Esa crítica en Greco, *Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld*, in: GA 2009, p. 636 e ss., 642 e s.

<sup>8</sup> Cf. Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 304 e ss.

<sup>9</sup> Argumento formulado en Greco, *Dolo sin voluntad*, en: Silva Dias e otros (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 885 e ss., p. 891 e s.

En comparación, la perspectiva de Ragués parece insatisfactoria. Ella se ocupa únicamente del primer orden de consideraciones –de aquello que la sociedad obtiene por castigar más gravemente el dolo–, no importándole si la sociedad tiene o no derecho de buscar ese beneficio reprimiendo al autor. La afirmación de que la sociedad castiga para neutralizar el contenido de sentido expresado por el autor justifica la pena exclusivamente a partir de una perspectiva de la sociedad, mencionando un fundamento de interés social o de bien común. Y ella ni siquiera describe de modo adecuado el interés social que aquí se trata, el cual, como dije, es un beneficio referido a la subsistencia de bienes, y no a la vigencia de normas.

b) La tesis de la ignorancia deliberada como equivalente del dolo carece, pues, de un fundamento adecuado. Podríamos detenernos aquí. Sin embargo, Ragués arremete con un argumento dotado de plausibilidad intuitiva y que, por consiguiente, puede ser separado de la fundamentación expresivista más general (ítem V.2). Este argumento es la diferenciación, introducida por Luban, entre dos órdenes de razones para el desconocimiento: existen casos en que el autor se comportaría como un avestruz, en que el desconocimiento no equivaldría al dolo. Pero en los casos en que el autor se comporta como un zorro, sería el principal beneficiado de la ignorancia. No sería justo, pues, recompensarlo. Podríamos decir que, por el contrario, el autor estaría beneficiándose dos veces, primeramente por la mayor facilidad con que alcanzará su objetivo, en segundo lugar por escapar del castigo a título de dolo.

Reconócese que el argumento tiene cierta plausibilidad intuitiva. Me parece, sin embargo, que esa intuición no pasa de ser un sentimiento impasible de verdadera justificación. Porque la distinción entre dolo e imprudencia no tiene nada que ver con la estructura más o menos altruista de la motivación del autor. Hay dolo altruista e imprudencia egoísta. El hecho de que alguien, a pedido de una víctima que no aguanta más las agonías de un cáncer que todavía puede acarrearle años, le administre una inyección letal, no excluirá el dolo de matar, de la misma forma que el hecho de que un médico desatento, en verdad, odia al paciente no tendrá el poder de, por sí solo, justificar ese dolo.

Motivaciones de un lado, dolo / imprudencia del otro, se encuentran en planos distintos. Estos últimos tienen que ver con el riesgo creado por el autor, es decir, guardan en última instancia una íntima relación con la idea de que el fundamento del injusto penal es la lesión a un bien jurídico; aquellos por su lado son a primera vista un cuerpo extraño en la teoría del injusto (y hasta de la culpabilidad), y solo recientemente se consiguió fundamentar de forma convincente su relevancia<sup>10</sup>. El hecho de que la perspectiva expresivista tienda a oscurecer esa distinción de planos es, en rigor, más una señal de cuanto esa perspectiva es insatisfactoria.

c) Por último, me gustaría presentar una objeción dogmática de carácter más general, que deberá ser superada por todo aquel que defiende la tesis de que sea igualada al dolo una situación en que no existe siquiera conocimiento. Los casos de imprudencia solo se castigan si se realizan todos los elementos del tipo; la presencia del dolo, por su parte, legitima la punición, aún careciendo de uno o más de dichos elementos, en este caso habrá *tentativa*. Si la ignorancia deliberada equivale al dolo, eso significa que, en los casos en que el tipo no se realice por completo el autor no quedará exento de pena y sí deberá ser castigado por la tentativa. Esto, sin embargo, genera una serie de dificultades que, a mi modo de ver, demuestran que la figura es, en el mejor de los casos, una imprudencia un tanto grave, pero nunca un dolo o algo a él equivalente.

Explicitemos estas dificultades con base en los tres casos encima mencionados de ignorancia deliberada en sentido estricto. Imagínese que, al final, nunca se dirigiera una comunicación oficial a los empleados que recibieron la orden de jamás tomar conocimiento de ella; o que nunca se escribiese un e-mail a la cuenta que fue instituida para nunca ser abierta. Si realmente se toma en serio que la ignorancia deliberada equivale al dolo, el emisor de la orden o quien creó la cuenta de e-mail tendría, aún así, que ser *castigado por la tentativa*. Ya eso parece un contra sentido. Piénsese también en el caso americano, United

---

<sup>10</sup> Me refiero a Peralta, Motivos reprochables, Marcial Pons, Madrid etc., 2012, p. 121 e ss.

States v. Jewell, ahora sin modificación alguna: en rigor, no habría posibilidad alguna de castigar por el delito de transportar conscientemente sustancias estupefacientes. Como el autor deliberadamente ignoraba lo que transportaba, si armas, órganos, pornografía infantil, etc., él en rigor podrá ser castigado por tentativa de tenencia o transporte de armas, órganos, pornografía infantil, etc.<sup>11</sup>.

Obsérvese que existen todavía tres dificultades adicionales. La primera respecto a la *fijación del inicio de la tentativa*; al no haber conocimiento, no hay plan del autor, punto de referencia con base al cual el inicio de la tentativa es generalmente fijado en la actualidad.

A esa dificultad súmase una incluso mayor, que es la de *determinar el tipo cuya realización se está tentando*. Y cuando no ocurre nada ¿tentativa de qué? ¿De homicidio, de lesiones, de daño, de estafa, de evasión fiscal, de contaminación de aguas? Si de alguna de ellas ¿de cuál? La única respuesta posible, una vez más, es: de todos.

Con eso llegamos a una tercera dificultad, de orden práctica o procesal. Los problemas apuntados no solo saltan a la vista en los casos americanos por razones procesales, una vez que el fiscal americano solo acusa por lo que él entiende necesario y el tribunal resuelve, en principio, solamente por la calificación escogida por el fiscal<sup>12</sup>. En un sistema procesal que reconoce el principio de legalidad procesal y la libertad del juez de recalificar jurídicamente los hechos objeto de la acusación, ellas se tornan insuperables no solo en teoría sino también en la práctica. Si aceptásemos la ignorancia deliberada, tendríamos que acusar por la tentativa de todos los tipos que podrían haberse realizado, e incluso los que la acusación no haya mencionado y condenar por todos ellos.

En fin, la idea de la ignorancia deliberada parece tener sentido cuando se piensa el delito desde una perspectiva *ex post*, a partir de que el resultado acontece. Si tenemos ya el transporte de marihuana,

<sup>11</sup> Suponiendo, obviamente, la existencia de tipos penales correspondientes y de la punibilidad de la tentativa.

<sup>12</sup> Sin embargo el problema subsiste, porque el fiscal tendría, en verdad, discrecionalidad para acusar por todas esas tentativas o para usarlas como moneda de cambio para constreñir al imputado a una declaración de culpabilidad.

de armas, de órganos o de pornografía infantil, o la muerte de A, la lesión de B, la destrucción de la propiedad de C, la falta de pago de un tributo o el desecho de toxinas en un río, es fácil reconducir ese resultado a la decisión del autor de conocer al menos de la posibilidad de que ese resultado suceda. Pero la norma de comportamiento se formula no desde una perspectiva *ex post* sino *ex ante*; desde una perspectiva *ex ante*, en muchos casos difícilmente se podrá identificar de qué delito se trata, a no ser que se tenga en cuenta el conocimiento del autor.

Aquí se percibe bien por qué la ignorancia deliberada en sentido estricto solo pueda ser considerada imprudencia: si alguien viola su deber objetivo de cuidado/crea un riesgo jurídicamente desaprobado, por ejemplo, realizando un adelantamiento peligroso y nada ocurre, el derecho no lo castiga por la tentativa, también<sup>13</sup> por la imposibilidad de distinguir aquí entre tentativa culposa de homicidio, lesiones o daño<sup>14</sup>.

### III. Barreras de lege data

Por último, Ragués afirma que no existen obstáculos en el derecho español ni en el argentino para el reconocimiento de una ignorancia deliberada equiparable al dolo (V.2). Pienso que aquí Ragués no valoró en profundidad el texto de la ley, que tanto en España (art. 14.1 CP) como en Argentina (art. 34.1 CP) contienen una regla expresa sobre el error de tipo, que determina que el desconocimiento de elementos del tipo excluye el dolo. Me parece que esa regla, existente también en el derecho alemán (§ 16 I StGB) o en el brasilero (art. 20 caput CP), excluye de antemano la figura de la ignorancia deliberada en sentido estricto; reconocerla significa hacer una analogía *contra reo*, en violación al principio *nullum crimen*. Es curioso que Ragués ni siquiera mencione esos dispositivos y que no proponga una reinterpretación

---

<sup>13</sup> Los fundamentos más profundos de la no punibilidad de la tentativa culposa quedarán para otra oportunidad.

<sup>14</sup> Suponiendo que el ordenamiento castigue el daño culposo, lo que en general no sucede.

“constructiva”<sup>15</sup>. De todos modos, vislumbro pocas posibilidades de releer dispositivos que dispongan que el error sobre el elemento del tipo excluya el dolo en el sentido de que errores sobre elementos del tipo justifiquen el dolo. La tesis de la ignorancia deliberada puede, como máximo, ser sustentada de lege ferenda, como propuesta de reforma legislativa.

---

<sup>15</sup> Como hace, por ejemplo, Pérez Barberá, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 50 e ss. –sin éxito, en mi opinión.



*¿Mejor no saber?  
Algunas consideraciones sobre la atribución de  
responsabilidad penal en caso de ignorancia*

**María Laura Manrique**

*CONICET - Argentina*

## **I. Introducción**

La discusión sobre la atribución de responsabilidad por casos de ignorancia deliberada ha cobrado relevancia teórica y práctica en los últimos años<sup>1</sup>. El excelente artículo de Ramon Ragués muestra, de forma clara y directa, cuáles son los problemas centrales, y el diferente tratamiento que esta figura recibe en los ámbitos del *common law* y del derecho continental<sup>2</sup>. En su trabajo, Ragués analiza la tensión entre, por un lado, la exigencia de conocimiento como un elemento básico para la atribución de responsabilidad penal a título de dolo y, por otro lado, la pretensión de resolver como dolosos los casos de

<sup>1</sup> Por ejemplo, véase: Husak, Douglas y Callender Craig, 'Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality', *Wis.L.Rev.*, 1994, 29, pp. 29-69; Luban, David, 'Contrived Ignorance', *Georgetown Law Review*, 87, pp. 957-980; Peels, Rick, 'Ignorance is Lack of True Believe: A Rejoinder to Le Morvan', *Philosophia*, 2011, 39, pp. 345-355.

<sup>2</sup> Este artículo de Ramon Ragués puede considerarse el último (hasta ahora) de una saga sobre el tema que comienza con su trabajo doctoral (Ragués, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999) y, su libro sobre ignorancia deliberada (Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007) aparte de otros artículos en diversas revistas especializadas sobre el mismo tema.

ignorancia deliberada. Su opinión es que los casos de ignorancia deliberada muestran que dolo e imprudencia son insuficientes como las únicas formas de atribución de responsabilidad de los sistemas continentales<sup>3</sup>. Sin embargo, Ragués sostiene que cierto tipo de casos de ignorancia deliberada deben ser reprochados de la manera más grave, i.e. de modo similar al dolo. En esos casos, el agente muestra tal grado de indiferencia a las reglas penales y los bienes jurídicos que sería incomprensible un reproche leve o disminuido.

En general, coincido con Ragués en muchos de sus principales argumentos<sup>4</sup>. Por ejemplo, estoy de acuerdo en que las categorías de dolo y negligencia son insuficientes para dar cuenta de la variedad de elementos subjetivos que poseen relevancia práctica y también creo que esta variedad debe reflejarse específicamente en el tipo de sanción y el quantum de la pena. De igual manera estimo que la atribución de responsabilidad penal debería refinarse (sobre todo, en la tradición continental) para dar cuenta adecuadamente de los estados mentales de los agentes.

No obstante ello, hay ciertos temas y argumentos señalados por Ragués que merecen un mayor desarrollo a los efectos de ofrecer una adecuada solución al problema del reproche por ignorancia deliberada. En este trabajo destacaré, sin pretensión alguna de exhaustividad o sistematicidad, algunos de estos temas que considero más importantes. En especial, consideraré a continuación (i) la conexión entre ignorancia deliberada y dolo eventual, (ii) la estrategia de disminuir la noción de dolo a una estructura que no requiere conocimiento, (iii) la vinculación entre la noción de agente y la relevancia de los motivos, y (iv) el marco teórico necesario para darle cabida a los motivos.

<sup>3</sup> Ragués, Ramon, 'Mejor no saber', *Discusiones*, N° XIII, UNS, 2013, *Discusiones*, pp. 11-12

<sup>4</sup> Sin embargo, estoy en desacuerdo sobre algunas de las ideas que expone sobre el tema en su libro *La ignorancia deliberada en Derecho penal* que no trataré aquí. Para ello véase: Manrique, María Laura, 'Ignorancia deliberada y responsabilidad penal', *Isonomía*, ITAM, México, en prensa.

## II. *Mejor no saber*. Sus presupuestos

### II. a. Ignorancia y dolo eventual

Ragués señala que, como una cuestión de hecho, muchos casos de ignorancia deliberada son resueltos mediante la figura del dolo eventual. Para este autor el hecho de que los códigos penales no definan al dolo y la imprudencia hace posible que los tribunales puedan resolver los problemas según ‘la respuesta punitiva que consideran adecuada para cada caso o grupo de caso’<sup>5</sup>. Sin embargo, esta estrategia no es satisfactoria. En particular, subraya Ragués, cuando se resuelven a título de dolo eventual los casos de mera representación se generan dos problemas. En primer lugar, caen bajo el mismo título o etiqueta una gama variada de estados mentales a las que se atribuyen las mismas consecuencias normativas, y ello resulta en una pérdida de sensibilidad para la atribución de consecuencias. En segundo lugar, no se solucionan los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Es decir, aquellos casos donde el agente intencionadamente evita adquirir los conocimientos mínimos<sup>6</sup>.

Estoy de acuerdo con Ragués acerca de los problemas que surgen a partir de la equiparación entre ignorancia deliberada y dolo eventual. Sin embargo, creo conveniente añadir a sus argumentos dos razones generales que también debería sumarse al debate. En primer lugar, dando por supuesto que la ignorancia deliberada es asimilable al dolo eventual, parece oportuno recordar que en la dogmática existe cierta discusión sobre si el dolo eventual merece ser reprochado del mismo modo que los otros tipos de dolo<sup>7</sup>. En otras palabras, aun cuando se asumiese que el dolo eventual es la clave para entender a la ignorancia

<sup>5</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p 18.

<sup>6</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p 18.

<sup>7</sup> Por ejemplo, Bustos Ramírez sostiene que el dolo eventual merece un reproche menor que otras formas de dolo Bustos Ramírez, ‘Política Criminal y Dolo Eventual’, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, pp. 29-48. Al respecto, véase también Manrique, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

deliberada, todavía es necesario analizar si ambos merecen o no un reproche disminuido.

En segundo lugar, hay buenas razones para rechazar la equiparación entre ignorancia deliberada y dolo eventual ya que estas figuras se refieren a etapas o momentos diferentes de la acción humana. Por una parte, en los casos de dolo eventual el sujeto sabe exactamente aquello que hace –de hecho, él quiere hacer lo que está haciendo– pero conoce que es probable que su acción genere determinadas consecuencias dañinas que no desea. El agente actúa sin ningún error de comprensión y la probabilidad de que una consecuencia dañina efectivamente se produzca depende de cómo es el mundo y sus relaciones causales. Por otra parte, en los casos de ignorancia deliberada el agente no sabe si está realizando determinada conducta porque carece de información relevante para comprender aquello que está haciendo. Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de desconocimiento. Un ejemplo puede ayudar a aclarar la idea. María, que por ciertos motivos quiere mantener oculto el hecho de que acaba de dar a luz, pone a su hijo recién nacido en un armario y lo tapa con toallas para que sus padres –que imprevistamente llegan a visitarla– no escuchen el llanto de su hijo. Ella sabe que como consecuencia de ello es probable que el niño muera. Finalmente, el niño fallece. Para la dogmática este es un caso claro de dolo eventual<sup>8</sup>. María sabe lo que está haciendo y quiere poner a su hijo en un armario, pero no quería que este muriera. Supongamos ahora que María pone a su hijo en un bolso y se lo da a su amiga Ana para que ella lo guarde en un armario. Ante la pregunta de su amiga, María responde que es mejor que no lo sepa. La amiga sospecha que algo no va bien, pero accede a ‘guardar el bolso’. Si eliminamos la consecuencia desagradable, ¿qué datos poseemos para correlacionar esa conducta con una acción diferente a la de guardar un bolso? Sin duda, podrían darse una inmensa cantidad de descripciones posibles, pero –una vez que se elimina la consecuencia– estamos incapacitados para atribuir *una* acción de

---

<sup>8</sup> Esta es una reformulación de un ejemplo tomado de Díaz Pita, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 42.

manera clara. La descripción de la acción de ‘guardar un bolso’ es compatible con otras tales como la de esconder un animal, de guardar dinero, esconder droga, ocultar un objeto robado, o, simplemente, la de guardar un bolso. En nuestro ejemplo, Ana desconoce exactamente aquello que está haciendo. Por supuesto, ello también la lleva a desconocer las consecuencias de lo que hace. A su vez, si suprimimos la consecuencia dañina puede que incluso en el caso del dolo eventual entendamos que María puso en riesgo a su hijo. Pero, si suprimimos las consecuencias en el accionar de Ana no tenemos ningún rasgo que se pueda utilizar para atribuir responsabilidad.

## II. b. Ignorancia deliberada y ausencia de conocimiento

A diferencia del apartado anterior en los que cierta representación del agente sugería la posibilidad de asimilar la ignorancia deliberada al dolo eventual, en este apartado analizaré qué tipo de responsabilidad puede atribuirse a quien no posee *ningún* tipo de conocimiento concreto sobre la situación delictiva. La mayoría de autores considera que en esa situación no se puede considerar al comportamiento como doloso. Sin embargo, para Ragués, el problema es que, en algunas de estas ocasiones, el reproche a título de imprudencia o la impunidad parecen extraños e insatisfactorios<sup>9</sup>.

En la dogmática continental, Jakobs ha sido uno de los primeros autores que ha puesto en duda la idea de que el dolo requiere conocimiento<sup>10</sup>. Para Jakobs, el diferente tratamiento que el código penal alemán da a las situaciones de error de tipoy error de prohibición son un contrasentido. Para Jakobs, las normas del código penal alemán

<sup>9</sup> Por esa razón, han surgido algunas estrategias para castigar dichas situaciones. Algunas sentencias del Tribunal Supremo español son un ejemplo de esta estrategia. Ellos se apropian de la figura norteamericana del willful blindness para poder reprochar en esas situaciones. Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.* p. 19 y ss.

<sup>10</sup> Jakobs ha mantenido estas ideas en numerosos lugares. Véase, por ejemplo, Jakobs, Günther, *Derecho Penal –Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 314; Jakobs, Günther, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 189.

obligan a responder de forma injustificadamente benigna ante ciertos supuestos de desconocimiento, concretamente los que denomina casos de ‘imprudencia dirigida a un fin’ o ‘ceguera ante los hechos’<sup>11</sup>. Estas consecuencias son injustas porque favorecen a quien desconoce cierto tipo de cosas (los hechos) y perjudican a otras (quienes desconocen la existencia de ciertas normas). A su vez, esto puede tener el efecto de premiar a quien desconoce por indiferente y castigar a quien conoce por concienzudo y precavido<sup>12</sup>.

Una solución a este desafío es atenuar la relación entre de dolo y conocimiento. Para ello, la estrategia sería vincular al dolo a la noción de indiferencia<sup>13</sup>. Ragués<sup>14</sup> señala que, en relación al derecho penal, u-

---

<sup>11</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p. 26.

<sup>12</sup> Jakobs, Estudios de Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1997, p. 378. También en página 138; Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, pp. 12-13. La tesis de que no hay razones para tratar el error de tipo y el error de prohibición de diferente manera no es extraña, al menos en el ámbito de la filosofía moral. Así autores como Anscombe o Zimmerman sostienen, con diferente terminología y esquemas conceptuales, esta misma idea. Véase, Anscombe, G.E.M, ‘Two kinds of error’, *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, N°14, 1963, Symposium: Human Action pp. 393-401; Zimmerman, Michael ‘Moral Responsibility and Ignorance’ *Ethics*, 107, 1997, pp. 410-426. Una reconstrucción de este otro ámbito de discusión serviría para advertir que aun cuando se concediese que ambos errores deben ser equiparados, no se seguiría que ellos tengan que ser resueltos del modo menos benigno para el agente. Todavía se podría sostener que en ambos casos debe exonerarse al agente. Por ejemplo, véase Zimmerman, Michael, ‘Moral Responsibility and Ignorance’, *op.cit.*, p. 425.

<sup>13</sup> Quien en un primer momento estableció la diferencia entre dolo eventual e imprudencia basado en la indiferencia fue Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, pp. 186 y ss. (Cita extraída de Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 83)

<sup>14</sup> Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, *op.cit.* En ocasiones utilizaré el libro de Ragués para completar sus ideas, aunque fue publicado varios años antes que el trabajo que se está comentando aquí sirve para clarificar algunas dudas y problemas que no pueden identificarse fácilmente por la limitación de espacio que posee un artículo en comparación al libro. Aunque en este artículo hay tesis que no se sostienen expresamente los presupuestos

na persona puede ser considerada en una doble faceta: primero como potencial infractor y, segundo, como individuo que reclama protección. Así, el mensaje de la pena también es doble. Por un lado se dirige a quienes reclaman protección ya que la pena contribuye a la pacificación social restaurando la vigencia de los valores que son puestos en duda por el agente al cometer el delito. Por otro lado, transmite el mensaje a quien infringe la norma de que utilizar medios ilícitos para conseguir sus objetivos está condenado al fracaso<sup>15</sup>.

De manera correlativa, las razones que justifican la diferencia de reproche entre dolo e imprudencia también son dos. Primero, para que la sanción pueda reafirmar los valores amenazados y contribuir a la pacificación del grupo social es necesario que se responda más severamente frente a la hostilidad que ante la mera indiferencia. Segundo, si la pena se dirige a frustrar al infractor, entonces es necesario aplicar consecuencias más graves sobre la persona que ha conseguido su objetivo ilícito. De todo ello se seguiría que quien actúa con dolo directo debe ser castigado de mayor manera que quien simplemente dañó un interés protegido como consecuencia de su comportamiento, i.e. dolo eventual o imprudencia<sup>16</sup>. A su vez, los actos que reflejan indiferencia deben ser castigados de manera más leve que los actos que reflejan hostilidad<sup>17</sup>.

De esta manera, la indiferencia no solo juega un papel determinante para comprender en qué se distingue el dolo de la imprudencia sino que también es esgrimido como una justificación del mayor reproche en casos de delitos dolosos. Por ello, no debe sorprender que Ragués, por ejemplo, admita que los casos de indiferencia grave tienen que ser castigados también de forma grave, i.e., los casos que caen bajo el rótulo de dolo eventual son castigados como casos de hostilidad<sup>18</sup>.

---

de su trabajo siguen siendo los mismos. Por esa razón asumo que las tesis que defiende expresamente o podría defender también son similares a la del libro.

<sup>15</sup> Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op.cit.*, p. 182.

<sup>16</sup> Un problema de esta fundamentación es que no explica por qué motivo castigamos en general los casos de tentativa, donde el sujeto no consiguió su objetivo ilícito, de modo más grave que los casos de su equivalente consumado imprudente.

<sup>17</sup> Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op.cit.*, pp. 180-182.

<sup>18</sup> Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op.cit.*, p.182.

La importancia que posee la indiferencia se aprecia claramente cuando Ragués afirma:

Desde un punto de vista expresivo, tanto en los casos de mero conocimiento como de desconocimiento se advierte una indiferencia hacia el valor lesionado: en el primer supuesto porque el sujeto no desiste de sus planes pese a ser consciente de que estos entrañan un riesgo de lesión; y en el segundo porque el interés lesionado importa tan poco al sujeto que este ni tan siquiera se da cuenta de que lo pone en peligro. Con todo, entre ambas situaciones existe una distinción que radica en el hecho de que mientras en el caso del conocimiento la indiferencia tiene como referente concreto el objeto de protección, en el caso de desconocimiento tal indiferencia se manifiesta, de manera más difusa, respecto de todos aquellos intereses susceptibles de ser lesionados. Esta sutil diferencia puede explicar que se traten de manera distinta el dolo eventual y la imprudencia<sup>19</sup>.

En síntesis, el reproche será más grave en caso de conocimiento porque el agente es indiferente ante una situación concreta que puede lesionar bienes jurídicos específicos. En cambio, en los casos de ignorancia el agente es indiferente ante una variedad de posibles lesiones a bienes jurídicos.

Creo que hay un germen de verdad en la propuesta de Ragués, pero ella posee dos dificultades. En primer lugar, si tanto en situaciones de conocimiento como en las de desconocimiento el agente puede ser indiferente, la indiferencia sigue siendo un rasgo que no puede ser utilizado para separar los casos más graves de los menos graves. En este sentido, la indiferencia también es ineficiente para distinguir los casos de dolo de aquellas otras situaciones de negligencia. Por ello, la estrategia de Ragués de identificar ‘clases’ de indiferencia según si el agente conoce o desconoce una determinada situación riesgosa no le permite solucionar los casos de ignorancia deliberada del modo en que él pretende. Así, en casos de ignorancia deliberada en sentido es-

tricto el sujeto *desconoce* y por lo tanto la ‘indiferencia se manifiesta, de manera más difusa, respecto de todos aquellos intereses susceptibles de ser lesionados’ y las razones del reproche siguen siendo las mismas que para el delito imprudente.

En segundo lugar, creo que entender la justificación del mayor reproche de los delitos dolosos sobre los imprudentes haciendo énfasis en la noción de indiferencia genera una brecha entre, por un lado, la noción de agente y explicación de la acción humana y, por otro, la atribución de responsabilidad. No puedo justificar directamente esta idea en los límites de este trabajo y, por ello, solo sugeriré sus principales lineamientos a la luz de la distinción entre responsabilidad básica y responsabilidad consecuencial<sup>20</sup>.

El término ‘responsabilidad’, al igual que sucede con nociones como causa, razonamiento, acción, posee más de un significado<sup>21</sup>. En general, en el ámbito jurídico utilizamos el término ‘responsable’ o ‘no responsable’ para afirmar que alguien es apto, o no, para sufrir determinadas consecuencias desagradables (responsabilidad consecuencial). Así, si Juan es responsable de matar a Pedro él puede ser castigado. Sin embargo, hay otra acepción que es central pero que con cierta frecuencia es pasada por alto: la llamada responsabilidad en sentido básico.

Una persona es básicamente responsable cuando posee la habilidad de explicar y dar razones por lo que hizo como agente. Es la capacidad de ofrecer justificaciones y excusas por aquellas acciones que uno realizó. Esta habilidad es innata y nos atraviesa como agentes racionales ya que, como agentes racionales, no podemos dejar de lado la aspiración de explicar nuestra conducta en términos de razones<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Sigo en este punto a la conocida reconstrucción de Gardner. Al respecto, véase, Gardner, John, *Ofensas y defensas –Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal–*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 197-219. Véase también Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p. 287.

<sup>21</sup> Platts, Mark, *Ser responsable –Exploraciones filosóficas–*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012, pp. 21 y ss.

<sup>22</sup> Por supuesto, ello no quiere decir que una explicación de nuestra conducta en

No solamente debo ofrecer razones sino que, en un contexto explicativo, ellas deben ser las razones por las que se ha actuado, i.e. las que determinaron la conducta<sup>23</sup>.

Dado que esta es una aspiración que posee todo ser racional, y ella está en el centro de la idea de responsabilidad, un diseño institucional será más o menos adecuado según facilite o dificulte que los agentes ejerzan su responsabilidad en sentido básico. Y, en gran medida para que esté justificado atribuir responsabilidad consecuencial, i.e., imputar consecuencias desagradables a una persona, es necesario que primero ella haya sido considerada básicamente responsable. Así, estructurar la atribución de responsabilidad en términos de *indiferencia* no da lugar a que el agente explique adecuadamente las razones por las que actuó.

Si un agente actúa con ira, por miedo, por codicia, para salvar a alguien, etc., en general es consciente de que su actuar tiene determinadas características, e.g., es dañino, incorrecto, peligroso, heroico, etc. Cuando afirmamos que una persona actúa de manera ignorante, indiferente, desconsiderada, etc., queremos decir que nosotros como observadores vemos algo que esa persona no vio al momento de actuar, que ella no posee información completa sobre aquello que está haciendo, i.e. ella no es consciente de todo el panorama. En este sentido, las razones por las que el agente puede esgrimir al momento de actuar son parciales según el punto de vista del observador. Todas las razones que pueda dar el agente serán insuficientes porque el observador está analizando un evento que el agente conceptualmente no pudo ver. Así, si las razones que el agente da son siempre insuficientes (porque se refieren a otro evento), ello sugiere que esas razones son irrelevantes. En síntesis, lo esencial en este modo de atribuir responsabilidad es aquello que el

términos de razones siempre es suficiente para justificar un comportamiento. Hay malas y buenas razones. Gardner, John, *Ofensas y defensas*, 'El sello de la responsabilidad', *op.cit.*, pp. 197-202.

<sup>23</sup> En general, el derecho penal limita las razones por las cuales uno puede obtener con éxito una justificación o una excusa. Sin embargo, este no es el tema aquí. Lo que quiero resaltar es el valor de tener la posibilidad de esgrimir razones y explicar por qué realizamos determinada conducta. Para un desarrollo de estas ideas, véase: Gardner, John, *Ofensas y defensas*, 'Justificaciones y razones', *op.cit.*, pp. 125-135.

observador imputa (atribuye), desplazando el papel central del agente en la explicación de sus acciones. Este sistema está estructurado para que las razones del agente sean insuficientes e ineficientes. En consecuencia, este es un sistema que disminuye el valor que posee tratar a las personas como agentes racionales. Si esto es así, no tener en cuenta aquello que el agente creyó y quiso al momento de hacer lo que hizo, que imputa dolo ante comportamientos indiferentes e ignorantes es un diseño que descuida la responsabilidad en sentido básico y se aleja de la idea de agente como eje central del proceso.

Una consecuencia, conectada con esto, es que la fundamentación del reproche en base a las diferentes clases de indiferencia deja al margen o disminuye la importancia de los estados mentales. Calificar a alguien como indiferente es señalar (atribuir) que su comportamiento carecía de determinadas características, por ejemplo, cierto cuidado, consideración, etc. Por el contrario, considerar los estados mentales como relevantes es descubrir o averiguar qué quería realizar el agente, qué conocimientos poseía para utilizar los medios para conseguir su objetivo y qué razones o motivos tenía el agente al momento de realizar la conducta. Aquí no importa aquello que el agente *debía* tener en consideración (cuidado) sino qué motivos efectivamente impulsaron su acción. Dado que Ragués pretende darle relevancia a los motivos para fundamentar que los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto puedan ser castigados de manera más grave que la imprudencia, creo que ello lo compromete con encontrar otro tipo de fundamentación para justificar el mayor reproche de los delitos dolosos sobre los imprudentes.

### III. *Mejor no saber. La propuesta*

Para Ragués los casos de ignorancia deliberada se sitúan en un lugar híbrido entre dolo y negligencia. En particular, ello ocurre cuando el agente sospecha de que se está introduciendo en un ámbito ilícito y, sin embargo, no investiga al respecto. Siguiendo a Luban<sup>24</sup>, Ragués destaca la relevancia de los motivos por los que un

---

<sup>24</sup> Luban, David, 'Contrived Ignorance', *op.cit.*, pp. 957-980.

individuo decide permanecer en situación de ignorancia. Para ello, distingue entre aquellos agentes que no investiga por debilidad moral (caracterizados como ‘agentes tipo avestruz’ por el mito de que esas aves esconden la cabeza ante los problemas) y aquellos otros que no quiere salir de su ignorancia solo para eludir la responsabilidad (identificados como ‘agentes tipo zorro’ por el estereotipo de animal calculador y astuto). Un ejemplo de este último tipo de casos sería el de un individuo que no abre una maleta, aún cuando sospecha que su contenido es una sustancia ilícita, para beneficiarse de su ignorancia en caso de ser apresado. Para Ragués, estos casos pueden ser castigados incluso más gravemente que si fueran realizados con conocimiento. Así, para Ragués hay dos razones que justifican tratar este tipo de desconocimiento de forma más grave que la mera imprudencia y similar al dolo:

En primer lugar, porque desde un punto de vista expresivo no solo cabe valorar el desconocimiento, sino los motivos que han llevado a él: no en vano, *un observador medio nunca diría que quien ha querido mantenerse en la ignorancia se encuentra en una situación de error*, máxime si partía de la sospecha inicial de que su comportamiento podía lesionar algún interés –ciertamente no concretado– colectivo o de otro sujeto. 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. Con la impunidad en tales casos se dirigirá a la ciudadanía el mensaje de que en determinadas circunstancias peligrosas para terceros resulta más aconsejable inhibirse que preocuparse.<sup>25</sup>

A continuación, y durante lo que resta del trabajo, dedicaré las dos secciones siguientes a analizar brevemente ambos argumentos.

### III. a. Ignorancia deliberada y motivos

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

Creo que esta relevancia de los motivos implica un desafío para las concepciones epistémicas del dolo (i.e, dolo = conocimiento), que Ragués ha suscripto en otros trabajos. Por ejemplo, una década atrás, el sostenía que:

...hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) *solo* como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, *el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento*<sup>26</sup>.

Sin embargo, esta exclusividad de los elementos epistémicos en la configuración del dolo es difícil de reconciliar con atribuir relevancia a los motivos del agente. No estoy afirmando que Ragués haya pasado por alto este problema. Por el contrario, es parte central de su trabajo,

<sup>26</sup> Ragués, Ramon, ‘Consideraciones sobre la prueba del dolo’, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* – N° 4 – Año 2004, p. 13.

aunque no estoy segura de que su solución sea satisfactoria. A continuación expondré algunas dudas sobre su propuesta.

Al momento de modelar el concepto de dolo, Ragués defiende una concepción normativa del dolo<sup>27</sup> y, en particular, insiste en una reconstrucción de esa figura depurada de elementos volitivos<sup>28</sup>. En este marco es conveniente reflexionar acerca de por qué razón, dentro de su teoría, podría fundamentarse la necesidad de dar cabida a los motivos. A diferencia de lo que ocurre con el dolo, no tiene sentido insistir en que los motivos deben ser entendidos en sentido normativo. Los motivos son relevantes por el modo en que ellos determinan la acción humana y, en ese sentido, ellos ayudan a explicar nuestra conducta. Por tanto, en un contexto explicativo, la descripción de los motivos de la conducta de un agente no solo se refiere a las razones que el agente tenía para hacer lo que hizo sino que también tienen que ser *las* razones por la cual el agente hizo lo que hizo, i.e. deben ser tanto una razón guía como una explicativa<sup>29</sup>.

Por ello, creo que enfrentamos a la siguiente disyuntiva: (a) le damos cabida a los motivos para resolver, a título de dolo, los casos de ignorancia deliberada, o (b) se mantiene que la estabilización de expectativas normativas es, en última instancia, el fundamento de los reproches más graves. En el primer caso, es necesario abandonar una noción del dolo que no incluya a los elementos volitivos (e.g., un conocimiento entendido en sentido normativo) y la fundamentación del mayor reproche del delito doloso como una cuestión de estabilización de expectativas normativas cumple un papel secundario o accesorio.

En el segundo caso, se debe abandonar la idea de que los motivos pueden ser útiles para distinguir y reprochar de forma similar al dolo

<sup>27</sup> Ragués, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, *op.cit.*, p. 249.

<sup>28</sup> Creo que es un error entender que el dolo se conforma solo con elementos epistémicos y no con elementos epistémicos y volitivos como tradicionalmente se lo consideraba, sin embargo esto no es relevante para el punto que pretendo señalar aquí. Para una defensa de ello véase, Manrique, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, *op.cit.*, pp. 107-136.

<sup>29</sup> Gardner, John, *Ofensas y defensas*, *op.cit.*, pp. 113 y ss.; en el mismo sentido Peralta, José M., *Motivos reprochables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 199.

los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Esta última opción aunque es conceptualmente posible me parece desafortunada. Dejando de lado la cuestión acerca de si existe o no una disposición jurídica específica que imponga o excluya la necesidad de tener en cuenta los motivos para la ignorancia deliberada, ¿qué justificación podría invocarse para descartar a esos motivos? Sin dudas, la persecución penal sería más simple si el Estado no tuviese que probar un estado mental específico para obtener una condena en virtud de la ignorancia deliberada. Sin embargo, ello sería similar a sostener que el Estado, en virtud de exigencias de simplicidad probatoria, no tiene necesidad de probar la voluntad de ejecutar (o el conocimiento de la probable realización) del resultado típico. Por supuesto, que el Estado *debe probar* que la ignorancia fue *deliberada* y, por esa razón, podría generarse la ilusión de que la persecución penal no se desentiende de la prueba de los estados mentales. Pero, parece incoherente que estos estados sean relevantes para calificar la ignorancia y, al mismo tiempo, negarle relevancia para determinar el grado de responsabilidad.

### III. b. Ignorancia deliberada y los códigos penales

Según Ragués, la ausencia de una regulación específica de la ignorancia deliberada impide graduar adecuadamente las penas conforme a los distintos tipos de imputación subjetiva, e.g., con intención, conocimiento, desconocimiento provocado, etc<sup>30</sup>. Por esa razón, concluye que los sistemas penales continentales deberían acoger una mayor cantidad de tipos de reproche.

Entre estas situaciones particulares que merecen un tratamiento específico que no puede consistir en una reconducción automática a los casos de intención, conocimiento o desconocimiento se cuentan, sin duda, los supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto que se han descrito en las anteriores páginas. Estos casos son, como se anunciaba, una pequeña brecha que pone en evidencia algunos de los graves

---

<sup>30</sup> Ragués, Ramon, 'Mejor no saber', *op.cit.*, p.34.

problemas que presenta el vigente sistema continental de imputación subjetiva<sup>31</sup>.

Como he señalado anteriormente, estoy de acuerdo con Ragués en la necesidad de una reforma legal que imponga mayor sensibilidad en el tratamiento de diversos estados mentales de los agentes. Sin embargo, Ragués también sugiere que aun cuando nuestros sistemas no sean modificados, se podrían reprochar como dolosas las conductas con ignorancia deliberada. En su opinión, es conveniente aceptar esta alternativa antes de dejar que ellas resulten impunes (o con un reproche sensiblemente menor).

Creo que esta solución es inaceptable y a continuación daré algunos argumentos en contra de ella. Para Ragués, los sistemas jurídicos—como el español o argentino—que no consagran una definición expresa de ‘dolo’— permiten reprochar de la manera más grave a los casos paradigmáticos de ignorancia deliberada. Es decir, para él no existirían ‘problemas insalvables de legalidad’<sup>32</sup>. En gran medida, su argumento se basa en el ámbito de libertad interpretativa que resulta del hecho de que no existen definiciones legales expresas que limiten el sentido de ‘dolo’, ‘imprudencia’, etc., y, por tanto, impongan una solución específica a los problemas de qué cuenta como dolo o imprudencia<sup>33</sup>.

Por razones de simplicidad, denominaré ‘tesis de la asimetría’ al argumento de Ragués. Esta tesis señala que frente a definiciones legales expresas los jueces no poseen libertad para apartarse de esos significados, pero que en caso de que no existan esas definiciones, los jueces pueden desarrollar discrecionalmente propuestas interpretativas. En este último caso, la dogmática cumpliría un papel fundamental, suministrando argumentos específicos que limiten la arbitrariedad interpretativa.

Sin dudas, la dogmática posee amplia libertad para desarrollar sus propuestas en el ámbito del conocimiento científico. Ello implica que

<sup>31</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p.34.

<sup>32</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p. 33.

<sup>33</sup> Ragués, Ramon, ‘Mejor no saber’, *op.cit.*, p.33.

los dogmáticos no enfrentan restricciones institucionales para sus propuestas interpretativas. Por el contrario, los jueces no gozan de la misma libertad; en virtud de los compromisos derivados del imperio de la ley en el Estado de Derecho, ellos están vinculados por las decisiones del legislador ya que ellos tienen la obligación de justificar sus decisiones en esas normas existentes. Esta vinculación de los jueces y demás agentes que aplican el derecho exige fidelidad al *modo o manera* en que el legislador utilizó el lenguaje ('las palabras de la ley'). Estas ideas acerca de los diferentes papeles institucionales de la dogmática y los jueces son bien conocidas, pero tal vez por su misma familiaridad, en ocasiones es fácil pasar por alto ciertos presupuestos y consecuencias:<sup>34</sup>

1. Las normas son expresadas por los textos promulgados por la autoridad. Dado que los textos son motivacionalmente inertes, es conveniente asumir que las normas son el significado de los textos legales.
2. El significado de los textos legales depende del modo en que el legislador haya usado las palabras de la ley.
3. El legislador puede usar las palabras de la ley de dos maneras diferentes (e incompatibles). O bien, usa esas palabras en su sentido ordinario, o bien, se aparta del uso ordinario.
4. En general, el legislador usa las palabras que emplea en la formulación de sus normas *porque* ellas tienen ya un determinado significado en la comunidad. Pero, en caso de apartarse del uso ordinario del lenguaje, el legislador tiene que indicar cuál es el sentido específico de sus palabras. En ese caso, es usual que el legislador imponga mediante definiciones legales (i.e, definiciones estipulativas como las del término 'violencia' en el art. 77 del CP Argentino, que incluye al uso de medios hipnóticos y narcóticos) el significado específico que le ha atribuido a sus palabras.
5. El hecho de que el legislador introduzca una definición no es todavía una prueba concluyente de que haya *usado* de ese modo el

<sup>34</sup> Para un desarrollo minucioso de estas ideas véase: Alchourrón C. y Bulygin, E., 'Definiciones y normas', *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463.

término en cuestión. Aunque es relativamente infrecuente que el legislador introduzca una definición y luego no la use, nada impide que existan estas discrepancias –sobre todo en textos que sufren diversas enmiendas a lo largo del tiempo. Por ello, el dato decisivo es el modo en que el legislador usa efectivamente la palabras y no tanto lo que dice en sus definiciones acerca de cómo va a usar esas expresiones—<sup>35</sup>.

6. Cualquier ampliación o restricción de los significados atribuidos por el legislador a sus textos es una modificación del mandato del legislador. Ello se produce tanto cuando los intérpretes (i) atribuyen un sentido técnico a palabras de la ley que el legislador ha usado convencionalmente, (ii) atribuyen un sentido convencional a palabras de la ley para las que el legislador ha estipulado un sentido técnico específico y (iii) atribuyen un sentido técnico ‘X’ a palabras de la ley que a las que el legislador les ha asignado otro sentido técnico ‘Z’.

De allí se siguen una consecuencia directa en contra de la tesis de la asimetría. La vinculación del juez al legislador tiene *contenido similar* tanto en casos donde hay una definición legal de las palabras de la ley como en los casos donde esas definiciones no existen. Por una parte, en los casos relativamente infrecuentes en que el legislador ha definido expresamente un cierto término, pero lo ha usado de otro modo, esas definiciones legales no imponen restricciones a los jueces. Por otra parte, aun cuando no existan definiciones expresas los jueces están comprometidos a usar las palabras de la ley en el *mismo sentido* en que las ha usado el legislador. En resumen, a efectos de fundar sus decisiones en la ley, los jueces tienen que determinar en qué sentido el legislador *efectivamente utilizó* el término ‘dolo’, ‘imprudencia’, etc.

<sup>35</sup> Por ejemplo, un indicio de que el legislador no ha usado su definición de ‘violencia’ sería el hecho de que hubiese establecido diferentes sanciones para los delitos cometidos con violencia y aquellos realizados mediante el uso de medios hipnóticos o narcóticos. Véase, Alchourrón C. y Bulygin, E., ‘Definiciones y normas’, *op. cit.*, pp. 440-454.

¿De qué manera se puede analizar el modo en que se usa un concepto como el de dolo en caso de que no exista una definición explícita? Aun cuando no haya una respuesta concluyente a este interrogante, es posible señalar una manera paradigmática en la dogmática penal contemporánea. Por ejemplo, para los autores que defienden la vinculación entre dolo y conocimiento, un indicio de que el legislador ha asumido esa conexión se encuentra en las razones que excluyen el dolo. Así, por ejemplo, en otro trabajo Ragués señala:

... para afirmar que se ha obrado dolosamente basta con acreditar que el sujeto activo ha actuado representándose la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos exigidos por el tipo... Una conclusión que, por lo demás, resulta plenamente coherente con la circunstancia de que aquello que excluya el dolo en los textos legales vigentes sea solo el error y no una inexistente causa de eliminación de la voluntad<sup>36</sup>.

No creo que estas sean razones para afirmar que el dolo es *solo* conocimiento pero sí es una razón para entender que el conocimiento forma parte del dolo. Incluso si el legislador no ha definido expresamente el dolo, en códigos como el español o el argentino, existe de hecho la figura del error. Una consecuencia de lo que dijo el legislador es que si el agente posee una creencia equivocada o, incluso, no posee una creencia *x* en relación a cierto comportamiento no se puede atribuir responsabilidad a título de dolo. Por esa razón, incluso aunque haya razones morales para reprochar de la forma más grave en casos de ignorancia deliberada, los códigos penales que poseen la figura del error (aunque no hayan definido el dolo) establecen un límite para el reproche de esas conductas.

Finalmente, una dogmática penal que asume el valor del principio de legalidad debería insistir en la necesidad de una reforma legisla-

<sup>36</sup> Ragués, Ramon, 'Consideraciones sobre la prueba del dolo', *op.cit.*, pp. 15-16. En el mismo sentido, con un argumento desarrollado véase: Gimbernat Ordeig, Enrique, 'Acerca del dolo eventual', en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 240-265.

tiva para castigar a la ignorancia deliberada con la misma severidad que al dolo. Por supuesto, si la conducta de un agente que obra con ignorancia deliberada queda sin reproche la pena no cumple una de sus funciones específicas: provocar el fracaso del plan del delincuente. No es necesario negar aquí las limitaciones o ineficiencias de nuestras prácticas del castigo para dar cuenta de aquellos casos impunes de ignorancia deliberada. Sin embargo, es necesario resaltar que esta limitación está basada en una razón de principio: no está justificado castigar penalmente más que en aquellos casos expresamente determinados –y de la manera taxativamente establecida– en nuestros ordenamientos jurídicos penales.

#### IV. Balance

El trabajo de Ramon Ragués es interesante, claro y novedoso. Como señalé al comienzo, muchos de sus argumentos y tesis, e.g., la insuficiencia de las categorías de dolo e imprudencia, son especialmente apropiados. Sin embargo, en este artículo he destacado algunos problemas y desafíos que aún están pendientes. En especial, he señalado que:

- La ignorancia deliberada en ningún caso puede asimilarse a la estructura del dolo eventual.

- Utilizar la noción de indiferencia para justificar el reproche del modo más grave en los casos de ignorancia deliberada es ineficiente e injustificado. Es ineficiente porque tanto en los casos de dolo como imprudencia el sujeto puede actuar de manera indiferente. Está injustificado porque utilizar la noción de indiferencia para justificar el mayor reproche genera una brecha entre la noción de agente, la explicación de la acción y la atribución de responsabilidad.

- Para que Ragués pueda dar cabida a la noción de motivos para distinguir los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto podría ser necesario justificar el reproche de manera distinta al modo en que lo realiza el autor.

Particularmente, y aunque no intentaré fundamentarlo aquí, creo que una teoría que considere como base de la atribución de respon-

sabilidad al conocimiento y la voluntad está en mejor condiciones de explicar por qué razón nos parece más grave los delitos cometidos por quien desconoce *deliberadamente* (i.e., queriendo desconocer) que quien no alcanzó ese grado de conocimiento por ser descuidado o negligente al respecto. Independientemente de otras razones conceptuales, al tener en cuenta más rasgos característicos de la acción, la ausencia o la presencia de ciertos elementos pueden hacer variar de una gama más amplia las maneras el reproche (hay más casos que se pueden analizar). A su vez, esta base facilita la incorporación de los motivos como criterio para diferenciar la ignorancia más grave de la menos grave.

Por último, creo que la dogmática el único camino que tiene para generar atribuciones de responsabilidad conceptualmente más sensibles es reclamar que los códigos penales reflejen esa variedad de situaciones.

## Bibliografía

- Alchourrón C. y Bulygin, E., 'Definiciones y normas', *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463.
- Anscombe, G.E.M, 'Two kinds of error', *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, N°14, 1963, Symposium: Human Action pp. 393-401
- Bustos Ramírez, 'Política Criminal y Dolo Eventual', *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, pp. 29-48.
- Díaz Pita, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000.
- Gardner, John, *Ofensas y defensas –Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal-*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal –Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Jakobs, *Estudios de derecho penal*, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

- Jakobs, Günther, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Husak, Douglas y Callender Craig, 'Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality', *Wis.L.Rev.*, 1994, 29, pp. 29-69
- Luban, David, 'Contrived Ignorance', *Georgetown Law Review*, 87, 1999, pp. 957-980.
- Manrique, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- Manrique, María Laura, 'Ignorancia deliberada y responsabilidad penal', *Isonomía*, ITAM, México, (en prensa).
- Peels, Rick, 'Ignorance is Lack of True Believe: A Rejoinder to Le Morvan', *Philosophia*, 2011, 39, pp. 345-355
- Peralta, José M., *Motivos reprochables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- Platts, Mark, *Ser responsable –Exploraciones filosóficas–*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012
- Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010,
- Ragués, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999
- Ragués, Ramon, 'Consideraciones sobre la prueba del dolo', *REJ – Revista de Estudios de la Justicia –* N° 4 – Año 2004, pp. 13-26.
- Ragués, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007
- Ragués, Ramon, 'Mejor no saber', *Discusiones*, N° XIII, UNS, 2013,
- Zimmerman, Michael, 'Moral Responsibility and Ignorance' *Ethics*, 107, 1997, pp. 410-426.

*Mejor no saber... más*  
*Sobre la doctrina de la ceguera*  
*provocada ante los hechos en Derecho Penal*

**Bernardo Feijoo Sánchez**

## **I. La normativización del concepto de dolo como solución<sup>1</sup>**

### **I.1. El dolo eventual**

Las decisiones –de hacer o no hacer– en situaciones de incertidumbre o con una representación con dudas es el terreno en nuestra tradición dogmática del dolo eventual. Nuestra actual praxis punitiva se basa en la idea de que el que contempla la posibilidad de cometer un hecho antijurídico debe eludir tal posibilidad, absteniéndose, actuando en sentido distinto o adoptando medidas adicionales para evitarlo. Si no se adecúa a la situación de incertidumbre comete la modalidad de injusto más grave, la dolosa.

La imprudencia, en sentido contrario, es siempre un error en relación a los elementos del tipo (en los delitos de resultado a los elementos que configuran el riesgo no permitido). Se trata de un error de tipo (mediato o indirecto de prohibición) punible en la medida en la que se entiende que sería evitable con una mayor prestación de atención o se encuentra vinculado a una gestión poco cuidadosa de riesgos. La denominada “imprudencia consciente o con representación” también es un supuesto de error: el autor infravalora el riesgo porque, por ejem-

<sup>1</sup> Observaciones a los tres primeros apartados del trabajo del Prof. Ragués.

plo, sobrevalora sus propias capacidades (que es lo que suele suceder en los homicidios y lesiones en el tráfico viario) o le da un mayor peso a los contra-indicios que a los indicios (el asunto parece turbio, pero tiene una gran confianza personal en quien le hace el encargo). Es decir, el autor imprudente nunca tiene el hecho típico “ante los ojos”, ni siquiera con dudas, sino que infravalora las “alarmas” o las “señales de aviso”. En estos casos la decisión de actuar u omitir se produce “por error”. La posibilidad de cometer el hecho típico es procesada como una posibilidad abstracta o estadística, pero el autor la desecha como posibilidad en el caso concreto<sup>2</sup>.

Actuar por error no es lo mismo que “con error”, en la medida en la que nunca abarcamos intelectualmente todas las dimensiones

<sup>2</sup> No acierto a concluir si esto coincide con la perspectiva del el Prof. Ragués cuando considera que lo que podría explicar el tratamiento diferenciado del dolo eventual y la imprudencia es que “*mientras en el caso del conocimiento la indiferencia tiene como referente concreto el objeto de protección, en el caso del desconocimiento tal indiferencia se manifiesta, de manera más difusa, respecto de todos aquellos intereses susceptibles de ser lesionados*”.

Este aspecto no es tenido suficientemente en cuenta por MANRIQUE PEREZ, Acción, dolo eventual y doble efecto, Madrid y otras, 2012, pp. 85, 129 s., 135, 272 ss. y *passim* que pretende “*unir el dolo eventual a las formas de los delitos imprudentes*”, de tal manera que considera que “*las consecuencias previstas no forman parte de las razones por las que el agente actúa, no generan compromisos prácticos específicos y su relevancia está paradigmáticamente asociada al reproche por imprudencia*” y que el que trata el dolo eventual igual que el dolo directo “*debe asumir que los delitos cometidos con imprudencia consciente tienen que ser reprochados de la misma manera que las conductas abarcadas por el dolo eventual, ya que la estructura conceptual en ambos casos es idéntica, i. e. responsabilidad por las consecuencias previstas*”. En la imprudencia consciente no se puede hablar, sin embargo, de consecuencias previstas de la acción, sino que el autor a lo sumo conoce que está realizando algo que estadísticamente genera ciertas consecuencias, pero en el caso concreto ha desvinculado su acción de tales consecuencias abstractas o estadísticas. Por ejemplo, sabe que ha bebido alcohol pero considera erróneamente que la ingesta de alcohol no afecta seriamente a sus capacidades. No veo que la relevancia y el desvalor sean los mismos que la conducta del conductor que, por una apuesta, circula en sentido contrario 5 km. a 150 km/h obligando a los conductores que vienen de frente a desviarse o colisionar.

de nuestro comportamiento. Si lo tuviéramos que hacer para actuar estaríamos condenados a la inactividad. Se podría decir que siempre actuamos con mayores o menores niveles de ignorancia. Por ello lo decisivo a efectos de imputación no es si el sujeto ignoraba ciertos aspectos, sino si existe un error o defecto cognitivo respecto de los elementos que configuran el hecho como típico, es decir, si el error o la ignorancia tiene relevancia para excluir el dolo.

En este sentido, desde la visión normativa que vengo manteniendo por escrito desde hace quince años<sup>3</sup>, la mayoría de los ejemplos propuestos por el Prof. Ragués son supuestos en los que parece que no plantearía problemas la calificación como dolo eventual aunque los autores se encuentren “*en un estado de incertidumbre*”<sup>4</sup>. No se detectan divergencias relevantes entre lo que realmente sucede desde la perspectiva del sistema jurídico y las representaciones del que decide intervenir en el suceso. Siendo esto así, no existen problemas para imputar un injusto doloso en la mayoría de los casos del que participa en una simulación o en un tráfico ilegal. El injusto es doloso siempre que el autor se represente el hecho que va a suceder o los elementos típicos, aunque sea de forma insegura (dolo eventual), de tal manera que con una mínima disposición jurídica ya no se puede confiar en que no se producirá el hecho (en los delitos de resultado lesivo, que no se producirá el resultado como consecuencia del riesgo que se está creando). En “*el caso del testaferro profesional que, a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores*”, el testaferro es consciente de que está participando en una simulación. Ni siquiera la eventualidad es en muchos casos sobre si va a participar en un injusto o no, sino que actúa con un dolo alternativo

<sup>3</sup> La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, Cuadernos de Política Criminal 1998, pp. 269 ss. (El dolo eventual, Universidad Externado de Colombia, 2004); Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva, Madrid, 2007, pp. 85 ss.

<sup>4</sup> Sigo opinando, como ya sostuve en CPC 98 –nota 3–, p. 355, que “*una correcta construcción de la imputación a título de dolo puede resolver casi todos los casos de «ceguera ante los hechos provocados».*

con respecto a la modalidad de injusto fraudulento (contrato simulado en perjuicio de un tercero, defraudación tributaria, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, etc.). El que es consciente de que se incorpora a una simulación organizada por terceros no necesita saber más para responder por dolo eventual<sup>5</sup>.

El problema dogmático a resolver es el del objeto del dolo en la participación o en los casos de codelinuencia, es decir, qué exige el ordenamiento jurídico que ha de saber el que interviene en un hecho

<sup>5</sup> Recomiendo una breve entrevista que se hace en el programa “Salvados” de la cadena de televisión española la Sexta, localizable por internet, de 24 de noviembre de 2013, en el que se entrevista a un parado que se anuncia como testaferro en internet y que confiesa que siempre se sabe que se está participando en algo ilegal, con independencia de que se tengan mayores o menores datos del hecho en el que se está participando.

Es enormemente discutible, por ello, la siguiente afirmación de la STS 34/2007, de 1 de febrero, en relación al testaferro que actúa en un negocio de compraventa simulado a sabiendas: *“la participación en un negocio simulado, en principio, no es por sí un hecho típico ni penalmente relevante, salvo el caso del 251.3. En realidad se lo puede considerar un acto neutral desde el punto de vista penal. La doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa”*. Lo que es socialmente adecuado es comprar un inmueble, por lo que es cierto que si un tercero orienta la compraventa en un sentido delictivo es algo irrelevante para la responsabilidad del otro interviniente. Por ejemplo, alguien realmente compra un terreno a precio de mercado sabiendo que el que lo vende quiere alzarse con el dinero en efectivo en perjuicio de sus acreedores o que el que se lo vende a precio de mercado se dedica al narcotráfico. Pero no se puede decir lo mismo cuando alguien aparece falsamente como titular de un inmueble para ocultar a su verdadero titular. En ese caso el testaferro ya no puede decir que solo el tercero, pero no él mismo, están orientando su comportamiento en un sentido fraudulento o de ocultación y que se le está haciendo responder de un hecho ajeno. Lo dicho no significa, sin embargo, que siempre exista dolo eventual. Por ejemplo, puede ser que el testaferro se crea la historia de un amigo o un familiar que le da una explicación plausible de la simulación totalmente ajena a la comisión de un delito. Que el planteamiento de la STS 34/2007 no es correcto lo demuestra que acaba condenado por un blanqueo imprudente. Si realmente fuera socialmente adecuado aparecer falsamente como titular de un bien no cabría ningún tipo de responsabilidad, ni dolosa ni culposa.

con otros para entender que su participación es dolosa. No se trata más que de una cuestión relativa al alcance del conocimiento con respecto a comportamientos antijurídicos ajenos<sup>6</sup>. Nada nuevo bajo el sol, salvo la demostración de una creciente necesidad de trabajar dogmáticamente en el objeto del dolo en la participación e intervención delictiva a un nivel equivalente al que se ha venido trabajando el objeto del dolo en relación a la autoría en los delitos de resultado lesivo.

Un ejemplo obvio: el que proporciona un cuchillo a otro en una pelea no puede pronosticar con exactitud qué va a pasar. A nadie se le ha ocurrido plantear que su responsabilidad subjetiva depende de que pregunte al que proporciona el cuchillo si piensa mantenerse dentro de los límites de la legítima defensa, lesionar, matar a uno o matar a varios y, en caso de que no lo haga, responda absolutamente de todo lo que suceda con ese cuchillo. Como señala correctamente la STS 258/2007, de 19 de julio (Ponente Enrique Bacigalupo) en un caso de estas características, *“en la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido solo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado “doble dolo”, de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder”*.

---

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión MIRO LLINARES, Conocimiento e imputación en la participación delictiva, Barcelona, 2009, especialmente pp. 209 ss. que, en lo que interesa al tema que nos ocupa, parte del problema de la participación en atentados terroristas como los del 11-S en Nueva York y el 11-M en Madrid sin un conocimiento detallado de los planes de los terroristas.

Si trasladamos esta doctrina al caso de “*quien recibe una importante cantidad de dinero a cambio de transportar una maleta a otra ciudad y prefiere no preguntar exactamente qué es lo que se aloja en el interior*”, cabe también afirmar que dispone de una representación suficiente de todos los datos relevantes en relación al comportamiento ajeno que convierten su comportamiento en antijurídico. Eventualmente se pueda tratar de dinero, drogas, armas fuera de control legal, material radiactivo, explosivos, material de doble uso, especímenes de flora protegidos y un largo etc. Lo único relevante es que alguna de esas posibilidades se entienda como imprevisible en determinadas circunstancias (transportar una bomba atómica o un cadáver descuartizado) en la medida en la que lo decisivo es que todo este abanico de posibilidades quede abarcado por el potencial lesivo de su contribución de una forma consciente. Como señala el Prof. Ragués en relación a la sentencia del caso *United States v. Jewell, leading case* en la materia, si alguien no sabe exactamente lo que transporta, pese a tener sospecha de estar haciendo algo ilegal, actúa con dolo eventual con respecto a las posibilidades razonables. Esta parece ser también la opinión del Prof. Ragués y hasta aquí estamos de acuerdo: “*pese a su renuncia a conocer, en tales casos el sujeto cuenta ya con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo: así, por ejemplo, en el caso del transporte de la maleta con droga bastará con que el acusado haya sido consciente de la posibilidad de estar transportando dicha sustancia para entender que ha obrado dolosamente, aun cuando no haya llegado a cerciorarse plenamente de todas las características concretas (naturaleza, peso, pureza) del objeto del delito*”. En este sentido, una de las frases más utilizadas por el Tribunal de Casación español es que “*en rigor nos encontramos con un partícipe en un episodio de tráfico de drogas en el que el acusado no muestra un conocimiento equivocado, sino mera indiferencia, como mínimo, con consentimiento en la participación fuese cual fuese la sustancia objeto del transporte. En estos casos el autor solo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y sin embargo, acepta realizar la acción, por lo que no se excluye el dolo y se satisface el elemento subjetivo del tipo respecto al componente material del delito*”<sup>7</sup>. Hasta

---

<sup>7</sup> SSTS 359/2008, de 19 de junio; 821/2012, de 31 de octubre, ambas con ulteriores referencias.

aquí se puede hablar por lo tanto, de un amplio acuerdo doctrinal y jurisprudencial en la doctrina española, salvo, quizás, en casos extremos, y de la constatación de que son necesarias mayores contribuciones que combinen la doctrina del dolo con la doctrina de la participación.

## I.2. La ceguera provocada o deliberada ante los hechos.

La doctrina de la ceguera provocada o deliberada intenta llegar a las mismas conclusiones, pero no trabajando sobre las exigencias del ordenamiento jurídico sobre lo que se debe conocer para responder de forma dolosa, sino cambiando el momento de la “intencionalidad”. Mediante tal cambio, se entiende que el sujeto que provoca deliberada o intencionadamente su propia ceguera, porque le interesa para facilitar o hacer más cómoda su decisión moral, es tratado como el que realiza el hecho delictivo de forma intencionada o deliberada. Se trata, formulado en términos dogmáticos más clásicos, de un supuesto de *actio libera in causa* o de imputación extraordinaria<sup>8</sup>, una especie de “dolo por asunción”. El sujeto es así hecho responsable de su ceguera voluntaria, deliberada o intencional<sup>9</sup> o, incluso, como señala el Prof. Ragués en su exposición de la doctrina del *willful blindness* en el *common law*, citando la sentencia *Spurr v. United States*, cuando es consecuencia de una “indiferencia grosera” (*grossly indifferent*). Para el Derecho Penal sería lo mismo, desde esta perspectiva, el desconocimiento provocado que el conocimiento. Es significativo en este sentido que desde la primera sentencia que adoptó esta doctrina, la STS 1637/1999, de 10 de enero, se haga referencia a que el autor “*se pone en situación de ignorancia deliberada*”.

<sup>8</sup> RAGUES I VALLÈS, La ignorancia deliberada en Derecho Penal, Barcelona, 2007, pp. 159 ss.

<sup>9</sup> Tiene razón la STS 797/2006, de 20 de julio (Ponente Enrique Bacigalupo) al señalar que las expresiones “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional” no son idiomática ni conceptualmente correctas y que existe *contradictio in terminis*. Ese es un problema de una mala traducción. Pero ello no debe desviarnos de la cuestión material. La teoría es conceptualmente coherente, la cuestión es si es asumible para fundamentar una condena por el injusto más grave que conoce nuestro ordenamiento, que es el doloso.

Este adelantamiento de la imputación puede servir para considerar que el hecho no es solo objetiva, sino también subjetivamente imputable. Desde esta perspectiva el planteamiento no encierra grandes novedades. Sin embargo, queda pendiente la cuestión de si es legítimo seguir hablando de una imputación a título de dolo. La *actio libera* o el actuar precedente tendrá, para ello, que reunir también todas las características que exige el ordenamiento jurídico para poder hablar de responsabilidad dolosa. Si se decide que lo correcto es que en los casos de error pasemos a evaluar los motivos del mismo para delimitar dolo de imprudencia, no alcanzo a ver las razones de fondo por las que solo hay que hacerlo en los casos de provocación de la ceguera y no en todos los casos y con respecto a todas las conductas. Aquí es donde empiezan a surgir los problemas y donde deben quedar al descubierto las “trampas” que oculta la doctrina de la ceguera provocada.

### **I.3. Inconvenientes de la mal denominada “ignorancia deliberada” desde la perspectiva de lege data**

Los diversos sistemas jurídicos tienen soluciones funcionalmente equivalentes a determinados problemas sociales que, trasladadas a otros ordenamientos, pueden generar disfuncionalidades y fricciones, como cuando se introduce una especie nueva en un ecosistema. Esto es lo que está sucediendo con la malhadada importación de la doctrina de la “ignorancia deliberada” en la jurisprudencia española que da lugar a que el error se trate como dolo cuando “*no se sabe porque no se quiere saber*”<sup>10</sup>. Quizás esta teoría responda a determinadas

<sup>10</sup> Son cada vez más abundantes las SSTS que parten de que cabe constatar la existencia de dolo eventual, especialmente en supuestos de tráfico de drogas (pero también se ha aplicado a estafas, alzamientos de bienes, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc.), no solo cuando «*al agente le resulta absolutamente indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad*», sino también cuando «*a quien pudiendo y debiendo conocer algo no lo conoce y, sin embargo, presta su colaboración*», de tal manera que «*quien no quiere saber que aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ig-*

necesidades que haya que resolver mediante una leal cooperación entre doctrina y jurisprudencia, pero, en la actualidad, más que resolver problemas, se los lleva zafiamente por en medio y, en la mayoría de las ocasiones, en perjuicio del reo. Alejandro Magno cortó el nudo de Gordio con su espada alegando de forma tramposa que tanto monta cortar como desatar, pero los Tribunales de un Estado de Derecho deberían ser más sutiles en la fundamentación de sus sentencias condenatorias. Si solo se tratara de una teoría que llega a conclusiones correctas en sus resultados en casos en los que materialmente existe un dolo eventual, o bien de un mero añadido retórico, tampoco habría que perder mucho tiempo debatiendo sobre este “elemento extraño” en nuestro cuerpo doctrinal. Pero no se trata solo de que sea un cuerpo extraño que aporta más confusión que claridad en nuestros sistemas jurídicos, generando unas enormes dosis de inseguridad en la aplicación del Derecho, sino que su introducción en nuestros sistemas jurídicos encierra peligros que se concretan en consecuencias indeseables entre a las que a mí me preocupan las siguientes:

***Se trata de una doctrina que castiga con la pena del delito doloso saltándose las exigencias legales para tal modalidad delictiva***

El art. 14.1 CP dispensa obligatoriamente un trato más benigno a los que actúan con una errónea representación de los elementos del tipo, y ello con independencia de las valoraciones sobre las razones de tal error. El Código Penal español en el art. 14 solo tiene en cuenta los motivos personales del error para distinguir entre injusto imprudente y ausencia de injusto. Sostener de *lege data* que no existe un error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber y, por lo tanto, es responsable de su desconocimiento es una normativización *contra legem*. Según el Derecho positivo español, error sobre los elementos del tipo y dolo son incompatibles, por lo que la equiparación

---

*norancia alguna*». Cfr. SS. T. S. 1637/99, de 10 de enero; 1583/2000, de 16 de octubre; 946/2002, de 22 de mayo; 465/2005, de 14 de abril; 1142/2005, de 20 de septiembre; 1410/2005, de 30 de noviembre; 1004/2006, de 11 de octubre; 359/2008, de 19 de junio.

solo se puede hacer a través de una reforma legislativa expresa pero no por vía judicial<sup>11</sup>.

La imprudencia es también indiferencia, solo que frente a la norma de cuidado. El delito doloso es una indiferencia con un conocimiento mínimo de la situación típica y el delito imprudente sin tal representación. No se trata de ocultar que la distinción entre dolo e imprudencia sea una materia de gran complejidad, pero la teoría de la ceguera voluntaria diluye hasta tal punto los límites que ya no se sabe bien de qué estamos hablando. Si se quiere hacer responder por un delito doloso, el autor debe abarcar intelectualmente el hecho típico ya en el momento de la *actio libera* o del momento previo en el que se la hace responsable de su ceguera. No puede ser que la referencia a una estructura de responsabilidad “por asunción” convierta sin más la “imprudencia por asunción” en “dolo por asunción”, equiparando conductas que para el Derecho vigente se merecen un tratamiento diferenciado.

***Se trata de una teoría versarista. Al que se le condena por no querer saber se le hace responsable de todas las consecuencias, hasta de las más imprevisibles***

Argumentos como “*quien por su propia decisión asume una situación debe asumir las consecuencias de un delictivo actuar*” y “*el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido*”<sup>12</sup> tienen una preocupante impronta versarista y, por tanto, pueden dar lugar a una imputación excesiva de responsabilidad. La teoría nos retrotrae a los viejos problemas –que parecían superados– que generaba el entendimiento de que la mera voluntariedad de la acción hace que los hechos y resultados se imputen dolosamente (presunción del dolo), de tal manera que nos quedamos con una doctrina de la “provocación voluntaria de la ceguera” que trata igual las consecuencias previstas que las

<sup>11</sup> Para el Derecho alemán ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 4ª ed., Munich, 2006, 12/34.

<sup>12</sup> SSTs 359/2008, de 19 de junio; 446/2008, de 9 de julio; 464/2008, de 2 de julio; 440/2011, de 25 de mayo; 1044/2011, de 25 de mayo; 157/2012, de 7 de marzo; 821/2012, de 31 de octubre.

difícilmente previsible. Lo que quiero decir creo que se expone muy bien con un ejemplo: en el doble fondo de la maleta de nuestro ejemplo hay una bomba para eliminar a miembros de otra organización, lo cual es desconocido por el que lleva la maleta a pesar de que es consciente de que está transportando algo prohibido. Si se quiere ser consecuente con la literalidad de la teoría, se deberían imputar todas las muertes que deriven de la explosión como homicidios o asesinatos con dolo eventual.

La conclusión es inaceptable porque es necesario que el dolo del partícipe abarque los elementos que configuran la naturaleza del injusto. El que tiene datos de estar participando en un tráfico ilegal o un acto de contrabando conoce lo suficiente para responder, con independencia del objeto con el que se trafique, mientras no se trate de algo fuera de toda previsión. Sin embargo, ello no significa que actúe dolosamente en relación a un evento violento. Por ejemplo, creyendo que transporta drogas para una organización de narcotráfico ya que le han mostrado indicios en ese sentido intencionadamente, en realidad está transportando armas bioquímicas para un terrible atentado terrorista. En el mismo sentido, el que tiene datos de estar participando en una simulación no abarca de manera dolosa estar participando en hechos violentos o intimidatorios. Hay que tener en cuenta la heterogeneidad de los injustos y de las características del hecho principal desde la perspectiva subjetiva.

### ***Problemas desde el punto de vista de la presunción de inocencia***

La mal denominada teoría de la “ignorancia deliberada” permite eludir la prueba de la responsabilidad subjetiva y las exigencias desde el punto del principio de presunción de inocencia con respecto a los elementos subjetivos del delito que se han ido construyendo jurisprudencialmente<sup>13</sup>. La imputación se basa en una valoración sin soporte

<sup>13</sup> SSTC 68/1998, de 30 de marzo; 171/2000, de 26 de junio; 137/2002, de 3 de junio; 267/2005, de 24 de octubre; 177/2007, de 4 de junio; 91/2009, de 20 de abril; STS 474/2013, de 24 de mayo, con una amplia y completa exposición de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre

fáctico real que da lugar a una inversión de la carga de la prueba: el que es responsable de su desconocimiento responde dolosamente a no ser que pruebe que no fue por falta de interés. Las acusaciones dejan de tener que asumir la carga probatoria de indicios en la medida en la que se abren las compuertas a la posibilidad de condenar por dolo si no hay contraindicios. Si se me permite el sarcasmo, se trata de una institución que permite la condena por dolo sin tener que probar el dolo, sino solo la existencia de una provocación voluntaria como, por ejemplo, aceptar un encargo.

Esto no es solo purismo dogmático ante una institución que a determinados teóricos nos resulta extraña. Algunos magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han percibido los peligros de esta doctrina y han alertado sobre los mismos. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 57/2009, de 2 de febrero (Ponente Manuel Marchena Gómez), pone en entredicho esta figura objetando certeramente que

“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS1637/199, de 10 de enero ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta idea ha venido reiterándose en otros muchos pronunciamientos de los que las SSTS 446/2008, 9 de julio, 464/2008, 2 de julio, 359/2008, 19 de junio y 1583/2000, 16 de octubre, no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una contradictio in terminis, pues tales expresiones –ignorancia deliberada o de 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. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (cfr. STS 797/2006, 20 de julio).

Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa idea más allá de lo

---

las exigencia de prueba de los elementos subjetivos y fácticos del dolo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que solo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena.

Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado solo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo”.

El propio ponente ha reiterado estos argumentos en la más cercana sentencia 234/2012, de 16 de marzo, y ha señalado la misma solución que se propugna en este trabajo; es decir, una adecuada teoría del dolo eventual, sin necesidad de ocultar ficticiamente los problemas, convierte en superfluas otro tipo de construcciones que generan más problemas que los que resuelven y que pueden ser fuente de soluciones injustas en la medida en la que permiten que la pena no refleje adecuadamente el desvalor de la conducta del sujeto:

“La experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, si quiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los

delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior –prevista para las infracciones imprudentes– o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada.

De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1°.- Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido.

2°.- Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

3°.- Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal. En el presente caso, es claro que se colman los requisitos expuestos, hasta el punto de que ninguna duda puede albergarse acerca del dolo eventual –expresado en su indiferencia respecto

del menoscabo del bien jurídico protegido— con el que Aurelio trasladó al zulo de la localidad de Valgañón la mochila en cuyo interior se hallaba el subfusil. La morfología de los objetos que fueron trasladados, asociada a la funcionalidad predicable de los zulos utilizados por ETA para la consecución de sus fines, no hace difícil representarse y aceptar con indiferencia que a lo que se estaba contribuyendo era a la ocultación de armas que luego podían ser utilizadas en los atentados de la banda terrorista”.

La condena con base en los hechos declarados como probados es justa en este caso porque el sujeto ejecutó su decisión teniendo una representación suficiente del hecho que estaba realizando, con independencia de cuál fuera su intención o interés. Es evidente que cuando alguien participa en las actividades de una organización terrorista o de una organización criminal que, por sus características, permiten contribuciones puntuales y muy compartimentadas carece de un conocimiento completo del alcance de su conducta. Ello no afecta al dolo si conoce todos los datos relevantes para conocer el significado de su propia conducta y saber, por ejemplo, que está ocultando un arma en un zulo. No hace falta recurrir a la mal denominada doctrina de la “ignorancia deliberada”, como hace alguna otra resolución próxima en el tiempo<sup>14</sup> que, como ya se ha expuesto, encierra enormes peligros de arbitrariedad.

Creo que un ejemplo real vale más que una extensa exposición argumentativa. La STS 496/2006, de 3 de mayo, confirma la condena de un camionero por transportar mercancías robadas (receptación) y su absolución por tenencia y tráfico de explosivos porque en el mismo camión transportaba en un paquete elementos que permitirían construir artefactos caseros. En este caso no se trata de que el sujeto no supiera lo que estaba llevando, sino que estaba convencido de que solo transportaba mercancía robada. La sentencia de instancia considera probado que el conductor conocía el origen ilícito de las mercancías a efectos del delito de receptación, pero manifestó “serias dudas” en relación al conocimiento de la llevanza de explosi-

---

<sup>14</sup> STS 157/2012, de 7 de marzo.

vos. El Ministerio Fiscal recurrió la absolución esgrimiendo que “*la misma argumentación que el tribunal de instancia dedica a la acreditación del conocimiento sobre el origen ilícito de las mercancías que fundamentan el delito de receptación, sirve para afirmar el conocimiento del transporte de los explosivos y, al tiempo, afirma ese conocimiento desde el principio que invoca de «ignorancia deliberada», en cuya virtud, en términos de la STS 946/2002, de 22 de mayo, «quien no quiere saber y puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia», afirmando que el acusado, admitió la llevanza de un paquete, como había realizado respecto a otros, conociendo la anti-juridicidad de su conducta para entregarlo en el extranjero a personas que conocía*”. La absolución se mantiene afirmando que si bien

“Es cierto que esta Sala, en una reiterada jurisprudencia ha afirmado que el conocimiento sobre la llevanza de objetos de tráfico ilícito se ha afirmado desde la clandestinidad de la conducta, desde el beneficio económico que obtiene el transportista y desde la propia conducta desplegada, en este caso, el aprovechamiento del camión para la llevanza de mercancías de procedencia ilícita. Se trata de inferencias racionales sobre un elemento subjetivo, el conocimiento de la antijuridicidad de la acción que resulta de indicios acreditados. En el presente supuesto el tribunal de instancia afirma tener serias dudas sobre el conocimiento del transporte de los explosivos, efectivamente transportados y esas dudas las sostiene sobre tres elementos principales: en primer lugar, la ocultación en un paquete de la sustancia explosiva; las declaraciones del acusado afirmando que de saberlo no la hubiera transportado en la cabina del camión, sino en la caja para no correr riesgos; y, sobre todo, del resultado de una intervención telefónica, en la que, un acusado rebelde habla con una tercera persona y acuerdan que la mercancía fuera bien envuelta para que el transportista desconociera su contenido. Así lo fundamenta la sentencia y es una expresión razonable de las dudas sobre el conocimiento de la llevanza de la sustancia explosiva”.

Mi sensación personal es que el camionero del ejemplo se libra de la condena por tenencia y tráfico de explosivos por pura casualidad, gracias a que una intervención telefónica de la policía aporta pruebas de su falta de conocimiento. La doctrina de la “ignorancia deliberada” hubiera llevado a la condena sin un especial esfuerzo probatorio por parte del Ministerio Fiscal (le bastó en su recurso con ondear la bandera de la “ignorancia deliberada”) y la doctrina no se aplica, sencillamente, porque en este caso existe –casualmente– prueba a favor del reo. Personalmente me causa enorme desazón pensar qué hubiera sucedido de no haber existido la intervención telefónica.

## II. ¿Problemas mal resueltos?

El Prof. Ragués considera en el apartado IV de su trabajo que la actual doctrina del dolo eventual tiene pendiente por resolver dos grandes problemas: Uno sería que un concepto excesivamente amplio de dolo no refleje la diversa culpabilidad de los autores, al cobijar *“bajo un mismo título de imputación subjetiva –y, en principio, se castiguen con la misma pena– supuestos muy distintos desde el punto de vista del grado de implicación subjetiva del sujeto en el hecho”*. Otro estaría relacionado con déficits preventivos: puede haber supuestos excepcionales *“en los que, de manera intencionada, el sujeto haya evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual”*. Paso a tratar estas dos cuestiones, empezando por la última.

### II.1. La desvinculación del conocimiento como solución a las insuficiencias preventivas del dolo eventual.

Según el Prof. Ragués, *“el planteamiento mayoritario en Derecho continental considera que la falta de conocimiento –siquiera eventual– de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, lo que lleva a la impunidad o, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta como imprudente”*. Esta posición le parece insatisfactoria e injustificada en ciertos casos, en la medida en la que conduce a la impunidad o a una atenuación im-

portante de la pena si existe una modalidad imprudente específicamente tipificada, y ello le resulta más intolerable en aquellos casos en los que “*el individuo ha buscado beneficiarse de su estado de ignorancia para eludir responsabilidades*”. Su planteamiento queda perfectamente ilustrado con el ejemplo del individuo que da instrucciones para no admitir comunicaciones oficiales, planteando que podría realizar una desobediencia dolosa frente a un juzgado que le requiere documentación pasado un tiempo.

Considera que ciertos casos de ceguera provocada que obedecen a un grave desinterés por parte del autor tendrían un trato más adecuado como delitos dolosos a pesar del desconocimiento. Es decir, que, al igual que sucede en el Código Penal español con causas de exclusión de la culpabilidad como el trastorno mental transitorio (art. 20.1º) o la intoxicación plena (art. 20.2º), el error no atenúe o exonere si “*hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*”, es decir, si el déficit de conocimiento es de su responsabilidad en la medida en la que deriva de una disposición jurídica deficiente. Según el Prof. Ragués no habría problema en trasladar estas cláusulas referidas a la inimputabilidad a la regulación del error aunque el legislador no lo haya dispuesto así.

Sin duda, como señala en su apartado IV.2., el autor más representativo y sugerente con respecto a este tipo de planteamientos ha sido JAKOBS<sup>15</sup>, con contribuciones también muy interesantes en

<sup>15</sup> Por diversos lugares, y sin ánimo de exhaustividad: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Berlín, 1991, 8/5 ss., con nota 9; Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), p. 532; El principio de culpabilidad, Anuario de Derecho Penal 1992, pp. 1058 s.; Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, 1996, pp. 55 ss.; Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma, Poder Judicial nº 49 (1998), pp. 303 s.; Gleichgültigkeit als dolus indirectus, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 114 (2002) (existe una traducción de PEREZ DEL VALLE en Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid, 2004), pp. 584 ss.; Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Madrid, 2003, pp. 85 ss. Sobre ceguera ante los hechos, LESCH, Dolus directus, indirectus und even-

este sentido de su discípulo PAWLIK, que ha acabado asumiendo este tipo de planteamientos de su maestro en la obra que compendia su visión del Derecho Penal, “*Das Unrecht des Bürgers*”<sup>16</sup> que, sin duda –con independencia de no compartir sus planteamientos– es una de las obras teóricas clave de estos primeros años del siglo XXI. JAKOBS lleva muchos años defendiendo que la “ceguera ante los hechos” (*Tatsachenblindheit*) debe tener el mismo tratamiento que la legislación, doctrina y jurisprudencia alemana vienen otorgando a la

---

tualis, *Juristische Arbeitsblätter* 1997, pp. 802 ss. y *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999, pp. 140 ss. En contra, la doctrina dominante: KINDHÄUSER, *Gleichgültigkeit als Vorsatz?*, en *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser*, Munich, 2005, pp. 345 ss., 356 s., en lo que creo que es la crítica más acertada contra la propuesta de JAKOBS; PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren einen neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik*, en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 483 s.; SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin, 2006, p. 175 y *passim*, en la línea de su maestro SCHÜNEMANN; la misma, *Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006), pp. 585 ss.; SCHNEIDER, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Berlin, 2004, pp. 118 ss.; SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 99, 106 s., que desde *Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht*, *Chengchi Law Review*, Vol. 50, Mayo 1994. Sonderausgabe zum *Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium*, p. 265 denomina la posición de JAKOBS como «*la total objetivación postmoderna del dolo*»; VOGEL, *Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?*, *Goldammer's Archiv* 2006, pp. 386 ss., especialmente 388 s.

JAKOBS parece querer recuperar la vieja idea aristotélica (*Ética Nicomáquea*, Libro III y Libro V, apartado 8 in fine) de que no es lo mismo la acción con ignorancia que con ignorancia y por ignorancia, siendo solo disculpable y, por tanto menos merecedora de pena, esta última. Cfr. *ZStW* 114, p. 589, nota 11. Debido a ello intenta recuperar la antigua tradición escolástica del *dolus indirectus* entre conocimiento e imprudencia (*ZStW* 114, pp. 584 ss.; *Dolus malus*, *InDret Penal* 4/2009, pp. 5, 18 s.).

<sup>16</sup> Ya había adelantado tales planteamientos, al igual que otros muchos de la misma obra, en *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004, pp. 85 s.

“ceguera ante el Derecho”, de tal manera que el error no siempre atenua y que, en todo caso, la atenuación dependa de la mayor o menor fidelidad al Derecho del autor y no de lo que esté dispuesto a conocer.

Como señala el Prof. Ragués, los problemas que preocupan a JAKOBS y en los que centra su exposición no tienen que ver con una ceguera intencionada, sino con una falta de interés por las normas o una indiferencia frente a la norma que le impide al sujeto percibir ciertos datos (al que no profesa la religión católica le da igual cuando empiece la cuaresma en sociedades en las que como la española el ceremonial católico ha dejado de ser un referente que protagonice la vida social). Es decir, lo que ha puesto de manifiesto JAKOBS es que ciertos déficits cognitivos tienen su origen en déficits volitivos. El problema es real y no cabe duda de que JAKOBS habilita una solución que podría ser válida. Es fácil percibir tal problema si tenemos en cuenta una evidencia neurocientífica como que los aspectos cognitivos o intelectuales y los afectivos o emocionales de los procesos mentales no operan separadamente, por lo que las emociones guían nuestra representación de la realidad y pueden existir sesgos cognitivos derivados de un desinterés por observar el Derecho (al igual que existen sesgos cognitivos que tiene su origen en una enfermedad mental). Las emociones pueden determinar las experiencias pasadas y conocimientos disponibles en un momento dado, así como la percepción de la situación<sup>17</sup>. Las representaciones y planificaciones de los individuos se ven condicionadas por su propio mundo emocional y de sentimientos. Si esto es así, los individuos pueden tener “puntos ciegos” derivados de una actitud general de desinterés frente al Derecho. Si tenemos en cuenta la expresión popular de que la codicia ciega o, como decía Joseph Conrad, “*no hay credulidad tan ansiosa y ciega como la credulidad*

---

<sup>17</sup> No comparto la opinión de ROXIN, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre der Vorsatzgefahr, en Hans-Joachim Rudolphi-FS, Neuwied, 2004, p. 257, de que solo a través de una teoría volitiva se puedan tratar de una forma valorativamente adecuada este tipo de realidades. La solución pasa por una mayor normativización del dolo, pero no necesariamente por una normativización del elemento volitivo hasta convertirlo en un mero criterio normativo de imputación difícilmente reconocible.

*de la codicia*”, también habrá otras emociones como el odio vinculado a prejuicios que cieguen aspectos de la realidad. Excepcionalmente, una disposición jurídica defectuosa o un sesgo emocional pueden hacer que el sujeto no procese adecuadamente datos de una situación que un ciudadano con una adecuada disposición jurídica habría percibido claramente. El problema no estaría ya en las decisiones morales a corto plazo y sus características, sino en las decisiones morales a largo plazo que tienen que ver con la actitud que el autor adopta frente al Derecho o frente a ciertos aspectos del ordenamiento.

JAKOBS y PAWLIK son coherentes en sus planteamientos con su visión del Derecho Penal, tanto del fundamento de la pena como de la teoría de la imputación jurídico-penal. Si se quiere asumir tal planteamiento hay que asumirlo al completo: lo único que importa es la mayor o menor fidelidad jurídica y la pena responde a la correspondiente falta de fidelidad jurídica. Si la función del Derecho Penal es estabilizar en la generalidad de la población la fidelidad al Derecho a largo plazo o como plan vital, lo decisivo deja de ser qué tipo de deberes infringió el sujeto y pasa a ser en exclusiva la valoración de la fidelidad manifestada en el hecho. Todo se valora desde este prisma valorativo, por lo que las características de las decisiones puntuales pasan a ser irrelevantes. La imputación subjetiva carece de entidad por sí misma y no es más que un indicador de la existencia de un quebrantamiento de la norma en virtud de un defecto de fidelidad suficiente como actitud vital (por ello el que tiene una permanente actitud vital contraria a Derecho es tratado como enemigo y no como persona en Derecho). Ello obliga, en sentido contrario a la teoría del delito dominante en la dogmática europea continental y a Códigos Penales como el español, a considerar que no existe distinción entre injusto y culpabilidad y, por tanto, entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad<sup>18</sup>. La culpabilidad es una categoría que acaba absor-

<sup>18</sup> Representativo JAKOBS, InDret Penal 2009 (nota 15), que deja claro en p. 5 que *“no se coloca un fenómeno psicológico (conocimiento) al lado de otro (enemistad); se argumenta normativamente, a partir de la exigencia de fidelidad jurídica, e incluso el conocimiento constituiría, desde esta perspectiva, únicamente el indicio de la existencia de un déficit, precisamente de fidelidad jurídica”*.

biéndolo todo<sup>19</sup> y, por ello, todas las instituciones de la teoría jurídica del delito son indicadores de una mayor o menor falta de fidelidad al Derecho, que es el elemento central de la imputación jurídico-penal y del castigo. Las categorías dogmáticas tradicionales (autoría/participación, dolo/imprudencia, etc.) quedan convertidas solo en factores cuantitativos de individualización de la pena. Si se quiere seguir esta vía para resolver un problema puntual hay que adoptar como válidas estas decisiones fundamentales.

No creo que esta sea la vía que se pretende seguir en el trabajo del Prof. Ragués. Por ello estoy de acuerdo con él en que *“en aquellos casos en los que el sujeto ha contado con una sospecha inicial de que su conducta presente o futura podría resultar lesiva para algún interés penalmente relevante pero ha preferido mantenerse en un estado de ignorancia como una estrategia para, llegado el caso, poder alegar dicha ignorancia en su descargo cabe advertir una necesidad de sanción similar a la de los casos de dolo eventual y, desde luego, superior a los supuestos habituales de negligencia”*. Pero no porque sean casos similares o valorativamente equivalentes a los de dolo eventual en los que se da muestras de un desinterés equivalente por el Derecho, sino porque son supuestos de dolo eventual. Actúa con dolo el que ha decidido seguir adelante sin despejar sospechas racionalmente fundadas o a pesar de la presencia de indicios racionales del significado de su conducta. El que busca eludir responsabilidades no tiene “puntos ciegos” si en el momento de provocar su ceguera dispone de todos los datos relevantes (con más o menos dudas o certidumbres) ya que esté previendo esa posibilidad con base en los datos de que dispone. Solo el que es consciente de la antijuridicidad de su conducta se esconde de la policía o crea concretas líneas de defensa preventivas para el caso de que le pillen o le detengan. Evidentemente, no todo el que actúa con dolo se ve sometido a una responsabilidad subjetiva sin límites. La decisión dolosa tiene que abarcar las consecuencias de la conducta o su vinculación con un hecho delictivo concreto. Incluso el

<sup>19</sup> Básicos JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Munich, 1992, pp. 43 s. y *Handlungssteuerung und Antriebssteuerung*. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, en *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, pp. 952 ss.

que provoca dolosamente su ceguera posterior puede verse afectado por algún error sobre algún elemento del hecho típico que excluya un hecho doloso o una participación dolosa. Por ejemplo, el que quiere evitar la previsible comunicación de que tiene que entregar su carnet de conducir porque ha perdido todos los puntos, no dispone de dato alguno de que vaya a recibir un requerimiento judicial.

No comparto la idea de que “*en ordenamientos como el argentino o el español no parece que existan problemas insalvables de legalidad para incluir estos supuestos en el concepto de dolo, una expresión muy abierta, de carácter eminentemente técnico y de la que no existe definición legal, aunque conviene tener presente que la inclusión de semejante casos en el concepto de dolo impedirá seguir definiendo esta figura a partir del conocimiento*”. No me puedo pronunciar sobre el Derecho argentino pero, aunque, a diferencia de otros ordenamientos, el Código Penal español no ofrece una definición del dolo, deja claro que todo error sobre la situación típica –vencible o invencible– lo excluye.

Creo que las insuficiencias preventivas exigen cambios legislativos, pero no en el sentido que parece apuntar el Prof. Ragués. Es conocido el viejo argumento contra el sistema de *numerus clausus* en la imprudencia de que genera lagunas de punición y que *de facto* provoca que la jurisprudencia extienda el alcance del dolo eventual. La solución no está en que el legislador bendiga una práctica perversa, sino en aligerar o reducir las tensiones que generan ciertos “casos límite”. En este sentido hace algo más de 15 años que propuse una solución consistente en crear una categoría intermedia de imprudencia grosera o grave desconsideración<sup>20</sup> –la denominación es lo de menos– que permitiera imponer una pena más grave que la adecuada a los supuestos ordinarios de imprudencia, con especiales exigencia de motivación, en aquellos casos en los que, como sucede en el Código Penal español, las diferencias de pena no se correspondan con el desvalor que se merecen las conductas. Es cierto que para la inmensa mayoría de los

<sup>20</sup> La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), Cuadernos de Política Criminal 1997, pp. 352 ss.; CPC 98 –nota 3–, pp. 353 s.

homicidios por imprudencia grave una pena de 1 a 4 años de prisión es más que suficiente (sobre todo teniendo en cuenta que el límite de la suspensión de la ejecución y de la sustitución por penas no privativas de libertad es de 2 años, lo cual es un poco incongruente). Pero el salto, en caso de dolo, a una pena de 10 a 15 años no siempre tiene sentido si tenemos en cuenta que existen casos de error en los que un sujeto con una disposición jurídica adecuada no habría incurrido en la representación errónea o sufrido los mismos sesgos cognitivos del infractor o en los que la inmensa mayoría de las personas habría procesado el hecho de otro modo (la jurisprudencia española castiga inadecuadamente por dolo eventual supuestos en los que un ciudadano razonable se habría dado cuenta de la gravedad del riesgo o de la seriedad de la situación aunque el sujeto concreto ni se lo plantee). La jurisprudencia nos enseña como existen situaciones en las que cualquiera diría: pero, ¿Cómo no se ha dado cuenta? ¡Cualquiera se hubiera dado cuenta! En muchos ordenamientos como el español se puede apreciar una excesiva rigidez para tratar adecuadamente estos casos excepcionales. Una solución posible y de amplia aceptación sería la introducción de una figura como la propuesta en la parte especial, no solo en los tipos que ya tienen contemplado un tipo imprudente como una modalidad agravada, sino también mediante nuevos tipos específicos, pero en los que más que una imprudencia estándar quede claro que se está castigando una imprudencia especialmente cualificada por los datos o indicios que el autor tenía a su alcance, aunque no los procesara intelectualmente, o por la entidad del desprecio a sus deberes profesionales. Un ejemplo lo podemos encontrar en el Código Penal español donde el blanqueo de capitales doloso tiene contemplada una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, mientras la pena por imprudencia grave es de una multa equivalente con pena de prisión de seis meses a dos años. Ante el trato punitivo equivalente creo que no es adecuado entender aquí “imprudencia grave” con el mismo sentido que en otros tipos penales, sino de manera más restringida en el sentido expuesto. Este tipo de soluciones en la parte especial permiten evitar modificaciones de una configuración de la responsabilidad subjetiva de sólida tradición que

pueden acabar siendo disfuncionales o de consecuencias imprevisibles. Quien crea que ello sería una cesión a necesidades preventivas y una expansión ilegítima del Derecho Penal, debe pensar que cuando la solución no entra por la puerta del Parlamento acaba entrando por la ventana de atrás de los Palacios de Justicia y, como ya he expuesto, con enormes peligros para elementos estructurales del sistema jurídico continental.

## II.2. Dolo eventual y pena proporcional al hecho

Ante semejante concepto de dolo sobredimensionado que deja prácticamente fuera solo los supuestos de torpeza, impericia o lo que el Prof. Ragués denomina “debilidad moral”, se busca una solución en el ámbito de lo que éste denomina “*tratamiento penológico*”, que permita “*la gradación de las consecuencias jurídicas por razones de imputación subjetiva*”, es decir, se traslada la solución al ámbito de la determinación o la cuantificación de la pena. “*El hecho de que bajo un único concepto de dolo –y, en principio, con la misma respuesta punitiva– deban incluirse situaciones tan diversas entre sí como la intención, la mera representación del riesgo o ciertos casos de desconocimiento provocado permite afirmar que esta figura no solo está conceptualmente “sobrecargada”, sino que, además, su aplicación plantea importantes problemas de proporcionalidad*”. Ciertamente, si la categoría del dolo abarca desde el dolo intencional hasta errores por indiferencia existe el problema de que bajo la denominación de dolo se cobijarán situaciones tan distintas, que parecen hacer inevitables mayores subdivisiones. Pero ese es un problema que plantea la ampliación del ámbito del dolo a supuestos en los que el sujeto actúa con base en un error o defecto de representación. Si se mantiene una distinción entre dolo e imprudencia basada en lo que el sujeto se representa a la hora de tomar su decisión de actuar o de omitir la diferencia de pena representará una diferencia esencial: el autor imprudente es alguien que no se encuentra de partida personalmente tan alejado del Derecho como el autor doloso porque su vinculación subjetiva con el hecho es menor. Forma parte de nuestra visión de las relaciones sociales, que un “no me di cuenta” sincero exonere o atenúe la respon-

sabilidad o el reproche personal. Esto se puede trasladar a procesos sociales de imputación y desvalor. El que actúa con dolo eventual ya no puede decir sinceramente “no me di cuenta”; a lo sumo, “no me lo tomé en serio aunque debería haberlo hecho”.

En este punto el Prof. Ragués se separa de un planteamiento normativista y parece que quiere tratar el dolo como un “estado mental”. Ello tiene una serie de problemas. Uno primero es de carácter teórico y es que, como he defendido en varias ocasiones, la teoría de la determinación de la pena tiene que guardar una coherencia interna con el fundamento de la imputación jurídico-penal. Desde el punto de vista práctico me parece arbitrario establecer, aunque solo sea a efectos de individualizar la pena, una distinción basada en los elementos volitivos o afectivos de la conducta o en una combinación de elementos volitivos y cognitivos como hace SCHÜNEMANN con su concepto tipológico de dolo, de tal manera que la indiferencia tenga automáticamente un tratamiento distinto de la intención. Nunca me han interesado demasiado las discusiones puramente nominales sobre si el concepto básico del dolo se corresponde con el de primer grado o con el eventual. Ambos configuran un injusto doloso. Lo que pretendo resaltar es que las diferencias cuantitativas del caso concreto pueden quedar adecuadamente reflejadas a través de una adecuada teoría de la determinación de la pena, pero no me parece adecuado asumir como punto de partida que el dolo eventual tiene que ser siempre y necesariamente menos grave que el dolo directo<sup>21</sup>. El sujeto de

<sup>21</sup> FEIJOO SANCHEZ, CPC 98 –nota 3–, p. 313; el mismo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires y Montevideo, 2007, p. 683; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, pp. 497 ss.; el mismo, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 99 (1987), p. 769, coincidiendo en que no siempre el dolo directo se merece un tratamiento más grave que el dolo eventual; el mismo, *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, en ROXIN/WIDMAIER (edits.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Tomo IV (Strafrecht, Strafprozessrecht); Munich, 2000, p. 290. De acuerdo en las conclusiones HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín, 1999, pp. 260 ss., 383 s., 391; *Juristenzeitung* 99, p. 1088 y *Kriterien für*

personalidad psicopática que juega con el sufrimiento de su víctima, formando parte del juego que le excita si la víctima morirá o conseguirá sobrevivir a su macabro juego (una consecuencia de su acción posible, pero no segura o necesaria), no creo que se merezca menos pena que un homicidio con dolo directo, de primer o segundo grado. Es cierto, por poner todas las cartas sobre la mesa, que en el ejemplo que menciono hay otros elementos que configuran la gravedad del hecho (el ensañamiento en las lesiones o el atentado contra la integridad

---

die Herstellung von Tatproportionalität, en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, pp. 118, 127, aunque de acuerdo a su teoría expresiva de la pena orientada a las personas en la que prima la orientación a la víctima (Straftheorien, Tubinga, 2011, con exposiciones resumidas en Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, en *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Tomo 1, Berlín, 2011, pp. 19 ss. y *passim* y *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion*, en v. HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Strafe-Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, pp. 24 ss.) plantea una fundamentación basada en que para la víctima resulta más amenazante el dolo directo que el dolo eventual. HÖRNLE, *Strafzumessung*, pp. 217 ss., 390, considera, influenciada en este punto por SCHÜNEMANN, que la definición de un hecho como injusto, es decir, como conducta lesiva socialmente y la determinación de su gravedad a efectos de determinación de la pena debe hacerse desde la perspectiva de la víctima de acuerdo con un juicio normativo realizado por un observador razonable y, según esta autora, esta perspectiva de juicio es tan relevante para el desvalor del resultado (pp. 221 ss.) como para el desvalor de la acción (pp. 260 ss., 391). Sin embargo, tiene que reconocer que esta posición no permite justificar la diferencia radical de tratamiento del Derecho positivo entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Comparto, sin embargo, la idea de esta autora de que no tiene especial relevancia desde el punto de vista de determinación de la pena que el dolo directo se califique de primer o de segundo grado.

En contra de las conclusiones de HÖRNLE y, por tanto, del texto, AHLERS-GRZIBEK, *Der normative Normalfall in der Strafzumessung*, Hamburgo, 2003, pp. 144 s., considerando que todos los tipos de dolo deben ser tratados de forma idéntica a efectos de determinación de la pena en la medida en la que el Derecho positivo no haga distinciones. Esta parece ser a día de hoy la posición dominante en la doctrina alemana.

moral), pero lo decisivo es que el dolo eventual con respecto a la muerte no se merece un tratamiento atenuado. En países como España, en los que los jueces suelen condenar a la mínima pena legalmente posible este tipo de distinciones se hacen difíciles, pero si establecemos la obligación de diferenciar punitivamente los casos de dolo directo de los de dolo eventual estamos creando un mayor problema de justicia que los que se derivan del tratamiento privilegiado de los autores imprudentes o con error vencible o evitable. El autor con dolo eventual toma una decisión a favor –eventualmente– del hecho desvalorado por la norma penal. Las razones o motivaciones de tal decisión son de lo más variado y no siempre el que actúa con dolo eventual se merece una menor pena que si hubiera realizado el hecho intencionadamente o con un conocimiento seguro o altamente probable de lo que va a suceder. Esto es evidente si se tiene en cuenta que la culpabilidad no es un concepto psicológico, sino estrictamente normativo y que la pena debe ser proporcional a la responsabilidad por el hecho. También si tenemos en cuenta la tenue diferencia de tratamiento que se merece la ejecución de una decisión con una representación segura o casi segura que convierte las consecuencias en necesarias (dolo directo) y la ejecución de una decisión con representación de unas consecuencias eventuales muy probables pero no con una probabilidad rayana en la certeza (dolo eventual). En todo caso, el trato proporcional depende, evidentemente, del concepto de injusto del que se parta.

### **III. Propuesta personal: Sobre el fundamento de la diferenciación punitiva entre injusto doloso e imprudente<sup>22</sup>**

La cuestión esencial a dilucidar sigue siendo la razón por la que el injusto doloso es más grave que el imprudente, y eso, como señala correctamente el Prof. Ragués, tiene que ver con los propios fundamentos del Derecho Penal, lo que convierte el debate en interminable. Sin embargo, no creo que tenga que ver con el momento en el que hay que valorar la conducta, por lo que no se trata de un problema espe-

cífico de ceguera provocada. Es decir, si consideramos que los casos de error evitable son menos desvalorables que los de representación insegura, esa valoración también se debe proyectar sobre las acciones que provocan la ceguera. Comparto con el Prof. Ragués la idea de que solo el “*distinto contenido expresivo que se constata en las acciones y omisiones dolosas si se las compara con las imprudentes*” representa un punto de partida adecuado para explicar esta característica esencial de nuestros ordenamientos, que tiene a su favor una amplia tradición histórica. No comparto, sin embargo, la idea de que el fundamento de la menor pena del delito imprudente radique en que la necesidad de pena forense es menos porque “*el delincuente culposo se halla, por lo general, expuesto a sufrir una poena naturalis a resultas de su comportamiento*”<sup>23</sup>. Existen tipos penales donde está totalmente excluida la amenaza de una *poena naturalis* como las falsedades imprudentes de funcionario, el blanqueo de capitales imprudente o los fraudes alimentarios nocivos imprudentes. Incluso en los delitos de resultado nucleares como el homicidio o las lesiones existen ámbitos donde no resulta excesivamente temible un autoperjuicio derivado directamente de la infracción del deber de cuidado como sucede, por ejemplo, con los accidentes laborales. Si éste fuera el argumento, bastaría con apreciar una atenuación genérica específica en los casos en los que el autor sufre consecuencias negativas como consecuencia directa de su actuación delictiva. Por otro lado, la amenaza de la *poena naturalis* no excluye la responsabilidad por dolo, como sucede en los casos de conductores suicidas-homicidas que pretenden ganar una apuesta. El propio JAKOBS me ha dicho personalmente en alguna ocasión que la teoría del Derecho Penal

<sup>23</sup> Este tipo de argumentos, como señala el Prof. Ragués en su trabajo, tienen su origen en JAKOBS (La normativización –nota 15–, pp. 81 ss. y ZStW 114 –nota 15–, pp. 593 ss.). Según este autor la pena en la imprudencia (no dirigida) es menor porque la *poena naturalis* hace de alternativa funcional parcial de la *poena naturalis*. Ya seguía los argumentos de JAKOBS para justificar normativamente la diferencia punitiva entre dolo e imprudencia en RAGUES I VALLES, El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, 1999, pp. 41 ss., 166 s.

puede dejar al margen de sus preocupaciones a los “desperados”, pero me parece evidente que esta teoría falla no solo con los delincuentes-suicidas sino con todos aquellos que estén dispuestos a asumir situaciones irracionalmente extremas de riesgo no solo para terceros. En realidad, el Prof. JAKOBS tiene que recurrir al argumento de la *poena naturalis* porque si a todo autor infiel a la norma le corresponde una pena para confirmar la vigencia de la norma vulnerada, solo ha encontrado un fundamento para atenuar la pena en que la *poena naturalis* es menos necesaria en los casos normales de imprudencia para estabilizar la norma al existir otros factores que ayudan a estabilizarla. Pero no siempre que están presentes esos factores se atenúa la pena si el sujeto no ha actuado con base en un error, mientras si ha actuado por error se atenúa la pena aunque no estén presentes dichos factores adicionales que harían menos necesaria la pena. Creo que el sufrir una *poena naturalis*, es decir, ciertos perjuicios derivados directamente de una actuación delictiva (el violador contrae el SIDA, un ladrón se cae por una fachada y queda tetrapléjico, el conductor imprudente pierde a su familia en el accidente que provoca, etc.) puede hacer menos necesaria la pena en el caso concreto y se trata un tema que debe formar parte de una adecuada teoría de determinación de la pena, pero no es el aspecto que justifica el diferente tratamiento que dispensan nuestros ordenamientos a la responsabilidad por dolo y por imprudencia<sup>24</sup>. Existen casos que es evidente que no deben ser tratados como dolosos (con la pena más grave) y en los que no cabe temer ni un daño personal propio o de persona afín ni pérdida de prestigio social o profesional. Es solo el dato de que el autor actúa con una falsa representación de la realidad lo que provoca que el hecho adquiera una dimensión comunicativa distinta. Como reconoce el Prof. Ragués en su escrito, tal exposición a la pena natural no se da en todos los casos de imprudencia y es totalmente contingente. Es cierto, como señala en referencia a JAKOBS, que el Derecho Penal tiene que garantizar

<sup>24</sup> FEIJOO SANCHEZ, CPC 98 –nota 3–, pp. 358 ss. De acuerdo HAVA GARCIA, La imprudencia inconsciente, Granada, 2002, pp. 55 s.; MANRIQUE PEREZ, (nota 2), pp. 102, 129.

determinados niveles de gestión de riesgos, pero eso explica por qué es preventivamente necesaria la responsabilidad por imprudencia en determinados ámbitos delictivos, no su menor punición.

En la línea de mi concepción de la prevención estabilizadora, la pena debe ser proporcional a la lesividad social de la conducta. Y, si esto es así, las conductas imprudentes son menos lesivas para el desarrollo de la vida social (no individualmente para un determinado bien o consideradas global y estadísticamente) que las conductas dolosas equivalentes. El hecho imprudente es más tolerable desde la perspectiva de la pervivencia de la configuración del orden social. Ante un mismo hecho, la importancia social de los deberes que se infringen determinan la gravedad del injusto y, por tanto, de la pena. Son menos necesarias o más prescindibles las normas de cuidado, precaución o diligencia que las que establecen deberes directos de evitación (en forma de mandatos o prohibiciones). Sería más difícil, pero no imposible, que las sociedades modernas mantuvieran sus dinámicas actuales desterrando la responsabilidad imprudente de las leyes penales, pero sería imposible vivir en una sociedad en la que quedaran sin castigo los homicidios y las lesiones dolosas. Para mantener la actual configuración de la vida social es más necesaria la estabilización de prohibiciones o mandatos directos en las que la actuación del sujeto ya no se basa en un error.

Lo decisivo a efectos de imputación jurídico-penal no es que el sujeto quiera infringir un deber, sino que exista una “decisión contraria a deber”, y por ello la diferencia entre el injusto doloso y el imprudente depende de la relevancia social de los deberes. En este sentido, cuando la norma describe un hecho como típico, de esa descripción se deriva un deber directo o inmediato de evitación, que es el que caracteriza al delito doloso. Los órdenes sociales más primitivos castigan básicamente conductas dolosas, pero a medida que se van haciendo más complejos y tecnificados precisan a veces otros deberes complementarios de evitación más indirectos o mediatos: los deberes de cuidado; de esta manera, se va asentando la responsabilidad penal por imprudencia (que, ciertamente, posibilita garantizar determinados niveles de gestión cuidadosa de riesgos, imprescindibles en una

sociedad tecnificada y con una intensa especialización profesional). Sin embargo, por muy complejos que se acaben volviendo los órdenes sociales, los deberes originales o primigenios (prohibido matar) que forman parte del código genético de la vida en sociedad siguen siendo funcionalmente más importantes para la pervivencia del orden social, por lo que su violación es mucho más perturbadora socialmente y su infracción se ha de ver en consecuencia castigada con mayor pena.

Desde una perspectiva comunicativa basada en la relevancia de los deberes para la sociedad se puede encontrar, por lo tanto, una fundamentación de la distinción punitiva entre dolo e imprudencia. Ello, además, es plenamente coherente con otros factores de determinación de la pena relacionados con la responsabilidad subjetiva en el ámbito de la imprudencia<sup>25</sup>. Es legítimo, por lo tanto, imponer mayor pena al que se le imputa la infracción de un deber más importante para la sociedad<sup>26</sup>, por lo que su hecho resulta más perturbador.

No comparto, por consiguiente, la perspectiva de que *“la pena debe intentar provocar, asimismo, el fracaso del infractor ante la colectividad, lo que exige consecuencias más severas frente a quien ha realizado su propósito destructor del interés protegido (dolo directo de primer grado) y, por tanto, ha alcanzado su objetivo, que ante quien simplemente ha dañado dicho interés como un efecto colateral de su comportamiento (dolo eventual o imprudencia)”*. Como ya he expuesto, la lesividad de la conducta no depende tanto de la intención del autor como de la importancia de los deberes que infringe. Aquél que, aunque con dudas, inseguridades o incertidumbres *“tiene el tipo penal ante los ojos”* y decide seguir adelante (o no actuar en los casos de omisión) manifiesta una hostilidad o indiferencia más grave que el que infringe su deber de cuidado pero no

<sup>25</sup> Las teorías más psicológicas siempre han tenido problemas graves para armonizar la distinción imprudencia con representación/sin representación con la gravedad de la pena. En tiempos recientes se plantean, por ejemplo, esos problemas tradicionales en la concepción psicologicista de SACHER, (nota 15), p. 257.

<sup>26</sup> Sobre los argumentos que se han ofrecido en la doctrina alemana para fundamentar el mayor desvalor del injusto doloso vid. por todos, en profundidad, SACHER, (nota 15), pp. 155 ss., centrándose en los dos autores que, en mi opinión, han trabajado con mayor profundidad estas cuestiones: FRISCH y JAKOBS.

tiene el tipo ante los ojos. El dolo eventual es dolo porque el autor con dolo eventual infringe la misma prohibición o mandato que el que actúa con dolo directo. La mayor o menor intensidad de sus voliciones con respecto al hecho típico es un aspecto secundario. Lo decisivo a efectos de imputación es lo que expresa intersubjetivamente, no sus fines o intenciones<sup>27</sup>. No encuentro un tercer lugar intermedio para la

<sup>27</sup> En sentido contrario, MANRIQUE PEREZ, (nota 2), pp. 105, 121, 229, 242 ss., 265 ss. y passim. Esta autora pretende desde la filosofía moral defender un diferente tratamiento jurídico-penal de la intención y de la previsión de consecuencias identificando dolo e intención en la medida en la que considera que existe una diferencia moral entre intentar y prever, a pesar de que reconoce que planteamientos como el mío se corresponden con “*la actitud dominante en la dogmática contemporánea*” (p. 115). Cuando me critica que “*una versión normativizadora del dolo tendría que mostrar por qué razón no podemos limitar el dolo a las intenciones efectivas del agente*” la respuesta es sencilla: porque el sistema jurídico no lo hace (por ello a veces existen tipos que exigen expresamente dolo directo y excluyen el dolo eventual). Mencionando un ejemplo suyo, en el fútbol no solo está prohibido tocar intencionalmente el balón con la mano (pp. 121 s.). El que salta en el área con los brazos abiertos de espaldas o de lado para evitar un tiro o un centro tocando el balón con la mano comete penalty aunque esa no fuera su intención. Es la norma y no la intención del jugador las que establece lo que se puede y no se puede hacer y ello se hace para facilitar el desarrollo del juego y en función de las necesidades del mismo. La identificación de los supuestos en los que se debe pitar penalty o en los que los hechos delictivos se deben castigar de forma más grave no depende de lo que quiera el agente, sino de la atribución de sentido por parte de la sociedad a través de sistemas especializados como el sistema jurídico. Lo decisivo en Derecho no es la razón por la que actúa el sujeto (que podría afectar a una disminución de la culpabilidad en todo caso), de tal manera que solo haya dolo cuando sus razones son totalmente delictivas, sino que las normas son razones para actuar u omitir.

La perspectiva de racionalidad subjetiva de MANRIQUE hace tiempo que fue abandonada por la doctrina jurídico-penal con buenas razones y ni siquiera los kantianos liberales como KÖHLER o ZACZYK mantienen en la actualidad posiciones tan estrictas sobre la vinculación del Derecho a las intenciones del autor, de tal manera que solo se puede atribuir responsabilidad por lo que se intenta. Cfr. por diversos lugares KÖHLER La imputación subjetiva: estado de la cuestión, en VARIOS AUTORES, Sobre el estado de la teoría del delito, Madrid, 2000, pp. 83 ss. Si, como afirma esta autora, la figura del dolo eventual responsabiliza a los agentes “*por las consecuencias que ocasionaron y no*

infracción de otro tipo de deber. El tipo objetivo en los casos de responsabilidad dolosa e imprudente es el mismo, por lo que el diferente tratamiento que el ordenamiento dispensa a ambos injustos estriba en la diversa relevancia de los deberes que se infringen. No veo que el autor que actúa con una representación segura o casi segura cometa un injusto distinto que el que lo hace con una representación con dudas, mientras sí veo una diferencia clara cuando el autor tiene una representación errónea y su injusto se basa en la infracción de un deber de cuidado, que es un deber de evitación del hecho típico más indirecto que el que caracteriza los injustos dolosos.

La exposición realizada está en consonancia con mi concepción normativa. El desvalor de la conducta dolosa no reside en el conocimiento o la representación del infractor, eso son solo datos fácticos. El fundamento del mayor desvalor se encuentra en la decisión de realizar u omitir a pesar de lo que se conoce. Dolo no es igual a conocimiento, sino que la distinción entre injusto doloso e imprudente tiene sentido en relación al horizonte de representaciones de los que realizan la conducta típica porque las normas penales regulan conductas humanas. La diferencia normativa relevante no se encuentra en las características psicológicas de la acción, sino en la infracción de deberes diferentes; la pena está vinculada a la importancia que para una determinada sociedad tengan esos deberes (al igual que es más importante la prohibición de matar que la de robar). Puede ser que en el marco de la determinación de la pena existan datos de la conducta que le otorguen un significado comunicativo al hecho que

---

*por lo que hicieron*” (p. 133), “*en el caso de atribución de responsabilidad a título de dolo eventual no hay un reproche por aquello que el agente intenta hacer sino únicamente por aquello a lo que el individuo dará lugar mediante su acción*” (p. 134) y “*la responsabilidad se desplaza desde el ámbito de lo que hacemos hacia la esfera de lo que ocurre*”, no solo debería castigarse menos, sino dejarse sin castigo al no tratarse de una acción culpable sino solo responsabilidad objetiva por las consecuencias. Por ello esta autora entiende que el reproche por dolo eventual podría quedar justificado sobre la base de otro tipo de exigencias como “*la mayor eficiencia en la persecución penal*” o la “*revalorización de la responsabilidad objetiva*”.

se merezca un adecuado reflejo normativo y punitivo, pero ello no depende rigidamente de la vinculación volitiva o afectiva del infractor con el hecho.

La mera idea de indiferencia, sin un adecuado tratamiento del elemento cognitivo e intelectual de tal indiferencia, acaba diluyendo elementos de distinción básicos entre responsabilidad dolosa (“indiferencia total”) e imprudente (“indiferencia relativa”)<sup>28</sup>. La imprudencia es también indiferencia con respecto al bien jurídico, solo que a través de la vulneración de la norma de cuidado. No solo creo que sea teóricamente erróneo centrar el desvalor de la conducta en la indiferencia frente al bien jurídico protegido, sino que tiene peligrosas consecuencias. Una de ellas es que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia española, basándose en un peligroso cóctel que tiene como ingredientes la indiferencia del autor frente al bien jurídico y su peculiar visión de la “ignorancia deliberada”, ha venido considerando que la infracción grave de deberes profesionales de conocimiento (por ejemplo, identificación de una operación como blanqueo) debe ser tratada como dolo, castigando de esta manera conductas imprudentes como dolosas. Ya hace tiempo que razones como estas llevaron a la doctrina dominante a rechazar la interesante “teoría de la indiferencia frente a la lesión” de ENGISCH<sup>29</sup>, basada en su concepción de la “culpabilidad por el carácter” tan influenciada por el determinismo de

<sup>28</sup> Por ejemplo, SACHER, (nota 15), pp. 180, 246 s. y passim, en la línea del concepto tipológico de dolo de su maestro SCHÜNEMANN que pondera fenomenológicamente los contrapesos del elemento intelectual y del elemento volitivo entendido como ánimo de enemistad hacia el bien jurídico (Temas actuales –nota 15–, pp. 106 ss.; Chengchi Law Review 94 –nota 15–, pp. 266 ss.) asume el dolo eventual en los supuestos en los que solo existe la representación de la posibilidad de la realización del tipo acompañada con una indefinida posición de indiferencia frente al bien jurídico por parte del autor. De esta manera se corre el peligro de extender muchísimo el alcance del dolo y de abrir las compuertas al arbitrio judicial en la línea de la doctrina jurisprudencial española de la “ignorancia deliberada”.

<sup>29</sup> En contra de esta teoría, FEIJOO SANCHEZ, CPC 98, p. 296, nota 67, con abundantes referencias a las críticas recibidas por esta variante de la “teoría del consentimiento” propuesta por ENGISCH.

SCHOPENHAUER<sup>30</sup>. Da la impresión de que un sector de la doctrina pretende volver por derroteros similares estableciendo diferencias tripartitas<sup>31</sup>.

#### **IV. Reflexión final: el camino que la doctrina tiene por delante**

En la medida en la que la distinción entre el delito doloso y el delito imprudente no tiene naturaleza ontológica, siempre estaré de acuerdo en *“reflexionar acerca de la necesidad de replantear un sistema de imputación subjetiva basado exclusivamente en la distinción entre dolo e imprudencia o, cuando menos, para revisar las consecuencias jurídicas que se asocian a cada una de estas figuras”*. La imputación subjetiva del hecho típico no se reduce a ser un mero reflejo de procesos psicológicos. Error y conocimiento no son más que hechos psíquicos que suponen el sustrato de la imputación jurídico-penal, pero no existe una armonía preestablecida y previa al Derecho que vincule la decisión valorativa sobre cómo deben ser tratados jurídicamente<sup>32</sup>. Sin embargo, sigo creyendo que en el contexto cultural actual sigue siendo adecuada una diferenciación valorativa entre conocimiento y error y que la distinción penológica entre comisión dolosa y comisión imprudente está justificada por la diferente entidad de los deberes que dan lugar a cada una de ambas modalidades delictivas. No veo lugar para un injusto intermedio. Al menos no he

<sup>30</sup> Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?, InDret Penal 2/2011, pp. 5 s.

<sup>31</sup> Sobre este tema FEIJOO SANCHEZ, La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda), CPC 97, pp. 347 ss., especialmente en contra de las tesis de SCHÜNEMANN.

<sup>32</sup> De hecho todo lo dicho vale solo para la “ceguera antes los hechos”. En la “ceguera voluntaria o por indiferencia ante el Derecho” no aprecio razones para la atenuación o un tratamiento privilegiado como el del art. 14.3 CP que solo conduce a una total separación entre ley y praxis judicial, de tal manera que muchas sentencias niegan el error de prohibición o mandato cuando se puede apreciar que lo que niegan es que el error pueda disculpar de alguna manera al infractor. El desarrollo de este tema nos llevaría, sin embargo, demasiado lejos del tratamiento de la ceguera voluntaria ante los hechos como tema central.

acertado a encontrar una alternativa mejor teniendo en cuenta todos los elementos a ponderar. Lo que sí cabe revisar son las enormes diferencias de trato punitivo (enormes reducciones de pena, impunidad, etc.) que se establecen entre conductas que, a veces, no presentan desvalores tan diferenciados y que derivan de la distinción cualitativa entre responsabilidad dolosa o imprudente. En mi opinión, la solución no está en modificar el concepto de dolo, sino en ampliar puntualmente el alcance de la responsabilidad imprudente, pero este es un tema que precisa todavía muchas clarificaciones y existen muchas posibilidades abiertas.

Estoy convencido de que en el estado actual de la dogmática del dolo la mayor o menor vinculación intelectual del individuo con el hecho sea la cuestión decisiva, sino más bien es preciso trabajar más en el objeto del dolo, es decir, qué es aquello que el sujeto ha de representarse para poder hablar de un delito doloso, especialmente en los casos de participación y en aquellos casos en los que alguien asume un papel muy concreto en una organización de un hecho delictivo dominada o controlada por otros. En mi opinión, la solución 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<sup>33</sup>, pero siempre respetando los límites que establece el principio de legalidad y principios estructurales básicos del Estado de Derecho como el principio de presunción de inocencia. Cuando tocamos las fibras más sensibles del sistema jurídico hay que tener en cuenta los equilibrios (homeostasis). En esta línea de normativización del dolo el Prof. Ragués ha realizado contribuciones de gran relevancia e interés desde su tesis doctoral. Espero que los cantos de sirena desde la orilla de la “ignorancia deliberada” no le desvíen de una sólida andadura que le han convertido en un referente para muchos que admiramos su obra científica.

<sup>33</sup> SSTS 890/2010, de 8 de octubre; 1187/2011, de 2 de noviembre; 384/2012, de 9 de mayo (de todas ellas ponente Alberto Jorge Barreiro), en una línea que inició la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 sobre el envenenamiento masivo con aceite de colza manipulado.



**A modo de contrarréplica:**  
*la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría  
dominante de la imputación subjetiva*

**Ramon Ragués i Vallès**

## **I. Introducción**

Antes de dar respuesta a los cuatro trabajos que preceden a estas páginas de réplica final debo expresar mi sincera gratitud a los queridos colegas *María Laura Manrique, Bernardo Feijoo, Luis Greco y Alberto Puppo* por sus interesantes observaciones y propuestas, así como también por sus objeciones y críticas. Que estos cuatro admirados académicos hayan dedicado su valioso tiempo a reflexionar y escribir sobre mi trabajo representa un inmenso honor. Mi gratitud también a los editores, por invitarme a participar en una publicación con un formato tan sumamente adecuado para la discusión científica. Aunque en los ambientes académicos los debates son algo habitual, el *tempo* de la discusión rara vez es el adecuado: en los seminarios las preguntas y las respuestas suelen formularse sin la reflexión y la precisión necesarias; y en la literatura los comentarios a menudo no llegan hasta que otro colega escribe sobre el mismo tema, lo que muchas veces no sucede hasta años más tarde, cuando el destinatario de las observaciones ya anda interesado en otros asuntos. *Discusiones* hace posible replicar con proximidad temporal y, al mismo tiempo, con la precisión y reflexión que solo el texto escrito proporciona. Además, permite que el debate vaya mucho más allá de la sala de seminarios o de unas notas al pie permitiendo que otras personas disfruten del intercambio de opiniones. Se trata de una singular contribución al debate académico que supone un estimulante reto para el autor invitado.

Como el lector habrá podido advertir, los cuatro trabajos previos coinciden en algunas de sus observaciones y difieren en otras. De ahí que, para dar respuesta a los cuatro textos en un número razonable de páginas, lo que parece más adecuado es agrupar la respuesta a aquellas observaciones en las que existe coincidencia entre los autores, procediendo, cuando sea necesario, a responder de manera particular a aquellos comentarios u objeciones que se hayan formulado solo a título individual. Dado que en el momento de redactar estas líneas aún no es posible conocer la paginación final del presente volumen, las referencias a pasajes concretos de los cuatro textos previos se realizarán citando el número de cada apartado.

## II. ¿Tiene un sentido propio la ignorancia deliberada?

### II.1. Una doctrina en gran medida innecesaria en los sistemas continentales

De la ignorancia deliberada lo primero que se cuestiona es la posibilidad de su propia existencia en tanto que, por así decirlo, hecho psíquico o estado mental: “si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora”, dice el Tribunal Supremo español en una sentencia ya citada *supra* (IV.1) y en una afirmación que comparte *Bernardo Feijoo* (I.2. nota 9)<sup>1</sup>. Sin embargo, los sencillos ejemplos expuestos al principio del texto inicial muestran que *la decisión de no profundizar o no perfeccionar los conocimientos básicos con los que cuenta una persona es una forma de comportarse no precisamente infrecuente en la vida cotidiana*: en modo alguno resulta extraño o incomprensible decir que alguien, por ejemplo, “no ha querido confirmar sus sospechas” respecto de una posibilidad que le resultaba desagradable.

Ciertamente, una situación cuya concurrencia parece improbable –y seguramente en la que estaba pensando el Tribunal Supremo

<sup>1</sup> También PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, Buenos Aires, 2011, p. 799 (nota 387) coincide en que “si hay completa falta de representación no es imaginable una deliberación para ignorar”.

español en la citada resolución– es aquella en la que el sujeto evita deliberadamente conocer aquello que ni tan siquiera ha llegado a sospechar que pueda existir. Sin duda, *debe coincidirse con la Sala Segunda en que nadie puede pretender evitar la adquisición de conocimientos sobre una realidad que ni tan siquiera sospecha que existe*<sup>2</sup>; pero sí que se dan situaciones en las que un sujeto es consciente del potencial lesivo más o menos determinado de su conducta –u omisión– y prefiere no hacer el esfuerzo necesario para precisar exactamente en qué consiste dicha lesividad y cuáles son las características cualitativas, cuantitativas o temporales del riesgo creado. Para poder efectuar las necesarias precisiones parece adecuado distinguir entre tres situaciones posibles que, para una mejor comprensión, se expondrán de la mano de los siguientes ejemplos:

- 1.º A recibe un mensaje de correo electrónico de un juzgado que lleva por título “notificación oficial”<sup>3</sup>. Dado que sospecha que puede tratarse de un requerimiento de información que espera desde hace tiempo, pero no quiere cumplimentar, decide borrar el mensaje –que contenía efectivamente un requerimiento de información– sin llegar a abrirlo siquiera.
- 2.º A recibe un mensaje de correo electrónico de un juzgado que lleva por título “notificación oficial”. A sospecha que puede tratarse de varias cosas que le desagradan: un requerimiento de información, una citación a declarar como testigo o una sentencia que le conde-

<sup>2</sup> Se coincide en este punto, aunque con matices, con *Alberto Puppo* cuando señala (III.A) que “si no conozco los hechos a los cuales el derecho penal imputa consecuencias penales, no puedo decidir ignorarlos para evitar tales consecuencias”. En determinadas situaciones de desconocimiento provocado la representación de la que parte el sujeto no supone un conocimiento en el sentido fuerte de la expresión, sino una sospecha –incluso leve– de que una determinada circunstancia, presente o futura, puede llegar a concurrir.

<sup>3</sup> Ciertamente el ejemplo puede sorprender a quienes en 2014 vivan en lugares en los que las administraciones aún prefieran comunicarse por escrito con los ciudadanos. Pero cabe imaginar perfectamente que el correo electrónico sea en el futuro la vía habitual de comunicación como ya lo es en España, por ejemplo, para ciertos trámites.

na a privación del permiso de conducir. Para no confirmar sus sospechas prefiere borrar el mensaje, que contenía un requerimiento judicial de información que queda sin cumplimentar.

- 3.º A piensa que de la administración nunca puede llegar ninguna noticia agradable. Por ello, cuando instala su programa de correo electrónico incluye la dirección de los organismos públicos en una lista de “correo basura” que suprime directamente los mensajes que se reciban con dicho origen. Por este motivo, cuatro años más tarde ignora que se le ha enviado un requerimiento de información de un juzgado, una petición que obviamente no cumplimenta.

De manera indiferenciada la jurisprudencia española (cfr. mi artículo inicial IV.1) aplica la teoría de la ignorancia deliberada a casos que presentan la estructura de las tres situaciones descritas, aun cuando en los casos primero y segundo dicha doctrina no sea estrictamente necesaria si lo que se pretende es condenar por un delito de desobediencia en su modalidad dolosa<sup>4</sup>. De hecho, un punto en el que existe amplio consenso entre los anteriores colegas es en la constatación de que *muchos de los supuestos que habitualmente se han tratado por la jurisprudencia bajo la denominación de ignorancia deliberada son, en realidad, casos que, de acuerdo con el sistema de imputación subjetiva más extendido en el ámbito continental, son de auténtico dolo eventual* y, por ello, no existe ninguna necesidad de recurrir a esta doctrina anglosajona para darles la respuesta jurídica prevista para el dolo (en tal sentido, por ejemplo, *Feijoo I.1 in fine* o *Greco 1*). Así, tanto en el supuesto 1.º como en el 2.º el sujeto es consciente del riesgo –o de la probabilidad– de que el mensaje que destruye contenga un requerimiento judicial de informa-

---

<sup>4</sup> Se partirá aquí de la premisa según la cual desatender con dolo requerimientos judiciales da lugar al citado delito de desobediencia. Es posible que en algunos lugares para aplicar la citada infracción no baste con una única desatención y sea necesario –como suele exigir la jurisprudencia española– que el sujeto se niegue reiteradamente a responder. Tal opción interpretativa no resta sentido a los ejemplos: piénsese simplemente en que la ausencia de respuesta no se produce una sola vez sino tras varias notificaciones electrónicas en un mismo sentido.

ción y, en consecuencia, concurre dolo eventual del delito de desobediencia si se admite que la representación del riesgo basta para esta modalidad de imputación subjetiva. De manera más concreta, en el primer caso concurre dolo eventual sin más, mientras que el segundo es un caso de dolo eventual alternativo (el sujeto se representa como posibles varios desenlaces lesivos para el interés protegido y uno de ellos coincide con la realidad).

Tanto en el presente volumen como en otras publicaciones previas he tratado de poner en evidencia respecto de la jurisprudencia española que *el “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. Precisamente porque –como subraya *Puppo (II)*– la presunción de inocencia extiende también sus efectos al tipo subjetivo, probar que alguien sabía que llevaba drogas en una maleta requiere realizar un juicio de inferencia no menos complejo que el que requiere demostrar que dicha persona, que llevaba drogas, no fue consciente de tal circunstancia porque intencionadamente (es decir, no por descuido, olvido o imposibilidad material) evitó cerciorarse del contenido del recipiente.

Sin embargo, en la jurisprudencia española este último elemento suele pasarse por alto y *en la aplicación judicial de esta doctrina el carácter deliberado del desconocimiento se infiere a menudo de la mera circunstancia de que el sujeto podía haber profundizado en ciertos conocimientos y no lo hizo*, una forma de proceder que convierte en inviable cualquier distinción entre dolo y culpa pues también en este último caso es necesario que el sujeto pudiera conocer y no lo hiciera, pues de otro modo se vulneraría el principio de culpabilidad. Por citar un ejemplo: el conductor de autobús que nota que los frenos de su vehículo hacen un ruido extraño pero que, confiando en que todo irá bien, prefiere no detenerse cuando pasa ante un taller y provoca al poco rato un grave accidente mortal, también es un ignorante deliberado, porque ante sus sospechas de

que algo funcionaba mal, ha optado por permanecer en el desconocimiento y renunciar a que el mecánico le aclarase la causa real de los extraños ruidos. No obstante, difícilmente alguien sostendría que, en un caso como éste, el sujeto merece ser castigado con la pena prevista para el homicidio doloso.

En muchos supuestos *el recurso a esta doctrina es tan innecesario como poco recomendable* por el evidente peligro de ampliación injustificada del ámbito de lo doloso, por la pérdida de criterios claros de diferenciación entre lo doloso y lo imprudente y porque, en la práctica, su uso ha ido acompañado de una evidente merma en la necesaria motivación de las razones por las que el juez considera que concurren los presupuestos fácticos que permite aplicar la figura del dolo<sup>5</sup>. Por ello se comparten plenamente las críticas que a propósito de la aplicación de esta doctrina por los tribunales españoles formula en su trabajo *Bernardo Feijoo* (I.3). A ellas cabría añadir, asimismo, el hecho de que en sus orígenes esta teoría fuera un criterio importado por la jurisprudencia española para dar respuesta, de modo casi exclusivo, a casos muy concretos de transporte de objetos relacionados con el blanqueo de capitales o el tráfico de drogas, en los que los tribunales suelen encontrarse con alegaciones de desconocimiento por parte de los acusados que no siempre es fácil desvirtuar con una motivación convincente. Cierto es, sin embargo, que en los últimos años su radio de acción se ha ampliado al Derecho penal económico-empresarial, aunque los términos de su aplicación en este ámbito sigan planteando dudas y disten mucho de ser uniformes<sup>6</sup>. Dicha ampliación, ciertamente, impide afirmar actualmente que esta doctrina sea solo un criterio de imputación buscado *ad hoc* para ciertos delitos (y delincuentes); pero su ampliación extiende las dudas que plantea esta teoría a otras modalidades de criminalidad.

<sup>5</sup> Un resumen de las críticas que, a mi juicio, merece la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, Barcelona, 2007, p. 210.

<sup>6</sup> Ver en tal sentido mi reciente trabajo “La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ / MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013, pp. 289-319.

## II.2. La ignorancia deliberada en sentido estricto

Dando por sentada la anterior conclusión –es decir: la mayoría de casos de ignorancia deliberada pueden ser de dolo eventual con una adecuada motivación de los juicios de inferencia<sup>7</sup>– no necesariamente debe negarse todo sentido a esta categoría en los casos denominados de *ignorancia deliberada en sentido estricto*, ciertamente poco habituales en la práctica pero en modo alguno inexistentes. El mejor ejemplo de ello es el caso 3.º de los antes descritos, así como otros supuestos que se proponen en el texto inicial (apartado IV), entre los que puede traerse a colación de nuevo el supuesto no tan infrecuente del testaferro profesional que, a cambio de una remuneración, se presta a figurar como administrador formal de cientos de empresas sospechando que es posible que alguna de ellas se acabe utilizando por sus verdaderos administradores, en algún momento futuro indeterminado, para la comisión de algún delito de muy difícil previsión y concreción en el instante, muy anterior en el tiempo, en el que se asume formalmente el cargo.

Ciertamente cabe sostener, como se hace por ejemplo en el texto de *Feijoo* (I.1.), que en tal circunstancia este último sujeto obraría con una especie de “*macrodolo eventual alternativo*” que abarcaría la comisión de prácticamente cualquier posible infracción penal que pudiera llegar a cometerse con dicha sociedad. Sin embargo, tal afirmación plantea problemas de compatibilidad con el concepto más extendido de dolo, que exige que la representación lo sea del riesgo concreto generado y que, en el caso más específico de partícipes en hechos ajenos, como el testaferro, requiere para afirmar el dolo la representación de los rasgos esenciales del hecho principal del autor (las “circunstancias

<sup>7</sup> De dolo eventual, cabe matizar, de acuerdo con el concepto de esta figura que defienden las teorías que consideran que concurre esta modalidad de dolo cuando el sujeto obra pese al conocimiento del riesgo de realización del tipo. Ciertamente, las premisas de las que se parte *supra* cambian si se acoge la perspectiva –no precisamente minoritaria– de que, además del elemento de representación, el dolo eventual requiere un componente de naturaleza volitiva (o pseudovolitiva), como el “aceptar”, “conformarse” o “resignarse” con la producción del resultado lesivo.

esenciales del hecho principal” o el “contenido esencial de la dirección del ataque”, se sostiene en la STS 258/2007 citada por el propio Feijoo). De quien “es consciente de que se incorpora a una simulación organizada” no puede afirmarse sin más que conozca solo por ello las “circunstancias esenciales del hecho principal” que pueda llegar a cometerse en un futuro indeterminado.

No deja de resultar *llamativo que, para evitar los riesgos que se asocian a la doctrina de la ignorancia deliberada, entre ellos el de ampliación injustificada de lo doloso, se recurra a una radical flexibilización del objeto del dolo*<sup>8</sup>. Y en tal sentido llama la atención que el propio Feijoo cite a favor de su perspectiva la Sentencia del Tribunal Supremo español 234/2012, en la que se sostiene que pueden tratarse como dolosos –a través de la doctrina de la ignorancia deliberada– casos en los que “la sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, *al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo*” (cursiva añadida). Como señala en su comentario Alberto Puppò (introducción), una sospecha inicial no es todavía conocimiento. O, cabe añadir, no es el conocimiento cualificado que en la doctrina más extendida suele exigirse para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente por medio de expresiones como “tomar en serio”, “representación del riesgo en concreto”, “contar con” etc.<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> En tal sentido se coincide con PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 799 (nota 387) cuando señala este autor que “si hay ‘algo’ de representación pero solo de conductas típicas indeterminadas, entonces es correcto que no se impute dolo”. Ciertamente tal coincidencia no pasa de este punto, pues este autor (*ibidem*) no admite que las razones que han impulsado al sujeto a no profundizar en su representación puedan convertir en doloso aquello que no lo es atendiendo al mero elemento cognitivo.

<sup>9</sup> En tal sentido resulta interesante la diferenciación que realiza Alberto Puppò (II) entre sospechar, creer o aceptar. Puede discutirse si para considerar concurrente el elemento cognitivo del dolo el conocimiento del sujeto debe situarse más bien en el terreno de las creencias o de la aceptación. Pero en cualquier caso la mera sospecha, entendida como un conocimiento “espontáneo e incontrolado” parece que no debería bastar para el dolo de acuerdo con los planteamientos más extendidos.

Al anterior problema *se añade otro de naturaleza temporal* en aquellos casos en los que el “ignorante deliberado” no es, como el testaferrero, un partícipe que colabora con el futuro autor realizando una aportación anterior en el tiempo al hecho principal, sino que es directamente el autor del hecho objetivamente típico. A tal efecto cabe recordar que las teorías más extendidas acerca del tipo subjetivo requieren que la representación que exige el dolo se presente a la vez que se realiza el hecho objetivamente típico, quedando fuera del concepto jurídico-penal de dolo tanto el llamado *dolus antecedens* como *el subsequens*, es decir, aquellos casos en los que la representación (o intención) exigidos por el dolo se presentan, respectivamente, antes o después de la realización del hecho. Retomando el ejemplo anterior: imagínese el caso del individuo que ha decidido en 2007 que todas las notificaciones oficiales que reciba en el futuro vayan directamente a la lista de “correo basura” ¿puede afirmarse que, cuando en 2014 no lea por tal motivo un requerimiento judicial, está representándose tal circunstancia? Responder afirmativamente a tal cuestión solo parece posible dando por buena una segunda flexibilización –en este caso temporal– del concepto de dolo más asentado.

Ciertamente una posibilidad para dispensar a estos ejemplos el tratamiento del dolo sería entender que para este título de imputación basta con obrar representándose que la conducta realizada es potencialmente lesiva para cualquier interés indeterminado protegido por el Código Penal. Y que, desde el punto de vista temporal, es suficiente para el dolo con que en algún momento el sujeto haya podido representarse que, con una acción u omisión propia futura, también absolutamente indeterminada, pueda acabar menoscabando algún objeto de protección. Sin embargo, *aceptando tales posibilidades aun parecen asumirse más riesgos de desbordamiento del concepto de dolo que con la doctrina de la ignorancia deliberada*, pues en la exigencia expresa de intencionalidad en la decisión del sujeto de ignorar esta teoría encuentra un límite para una ampliación muy sensible del ámbito de lo doloso.

### II.3. Similitudes y diferencias con otras situaciones

Señala *Luis Greco* en su trabajo que en los supuestos denominados de “ignorancia deliberada en sentido estricto” la infracción de la norma debe buscarse en el comportamiento previo, en el que el conocimiento por parte del acusado está todavía presente, actuando en el segundo momento el sujeto como una suerte de autor mediato que se instrumentaliza a sí mismo en situación de error. Se trata de una solución atractiva, a la que el autor sin embargo no atribuye curiosamente mucha relevancia práctica al señalar que “es casi inimaginable que ese autor no se acuerde de su previa actuación”, una afirmación que, sin embargo, desmiente el ejemplo antes expuesto de quien configura su programa de correo para que rechace notificaciones oficiales: una vez dispuesto el filtro de los mensajes, lo más lógico es que el sujeto solo esporádicamente recuerde su decisión y es perfectamente plausible que el día que ingrese en su servidor el concreto requerimiento judicial desatendido y durante los días de su vigencia no piense por un solo momento en tal posibilidad o que, en cualquier caso, la demostración procesal de una representación momentánea resulte sencillamente imposible.

Como señala el propio *Greco*, dicho ejemplo *presenta alguna similitud con el caso de consumación diferida en el tiempo* que concurre, por ejemplo, en el supuesto del sujeto que coloca una bomba de relojería que estallará horas más tarde sin que en el instante de la explosión dicho sujeto esté pensando en tal circunstancia. Sin embargo, existe una diferencia importante entre los dos supuestos: así, mientras en el caso de la colocación de la bomba concurre representación del riesgo durante una parte de la realización de la fase ejecutiva, en el caso del “correo basura” el sujeto cuenta con la representación exigida por el dolo (aceptando por bueno a efectos de dolo un conocimiento todavía muy indeterminado sobre un hipotético requerimiento futuro) cuando no ha surgido todavía el deber que acabará omitiendo, es decir, mucho antes de que pueda hablarse del inicio de la fase de tentativa y sin tener la certeza siquiera de si dicho deber acabará surgiendo algún día o de cuál será su contenido.

La estructura de tales supuestos sí plantea –como advierte el propio Greco y han puesto de manifiesto otros autores– similitudes evidentes con los supuestos de *actio libera in causa*, en los que el sujeto provoca la ausencia de un elemento necesario para su responsabilidad (como la voluntariedad de la acción o la culpabilidad) con el propósito de llevar a cabo una conducta ilícita. Sin ir más lejos, en su monografía sobre la *actio libera*, Ujala Joshi contempla el error de tipo como una de las situaciones que cabe encuadrar en esta estructura de imputación, afirmando expresamente que “la provocación de un error de tipo presenta una estructura igual a la provocación de la inimputabilidad”<sup>10</sup>. Por su parte, Rafael Alcácer propone una definición amplia de la *actio libera*, que abarque “el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal (en sentido amplio), pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso”<sup>11</sup>. Según este último autor, de acuerdo con esta definición tan amplia, “podría, en principio, incluirse bajo la figura de la *alic* la provocación de cualquier forma de exclusión de responsabilidad penal, desde la provocación de una situación de ausencia de acción hasta la ausencia de imputabilidad, pasando por la provocación de un estado de justificación (*actio illicita in causa*), de una situación de necesidad exculpante, *de un error de tipo* o de prohibición o de una causa de inexigibilidad”<sup>12</sup> (cursiva añadida).

Desde algunas perspectivas la traslación de esta estructura a los ca-

<sup>10</sup> JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho penal*, Barcelona, 1992, p. 87. El ejemplo que menciona esta autora (*ibidem*, pp. 83-84) es el de un ingeniero encargado de seguridad de la maquinaria de una industria que omite reparar el defecto técnico de una máquina que ha advertido pero que prefiere olvidar para dedicarse a otras cosas.

<sup>11</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente*, Barcelona, 2004, p. 21.

<sup>12</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera*, p. 22. Según este autor (*ibidem*, p. 23) “lo que caracteriza a la figura de la *alic* es esencialmente la particular estructura de que se compone” y, por tanto, “no habría, *prima facie*, obstáculos teóricos para acomodar esa estructura a cualquiera de las formas de exención de la responsabilidad penal, pudiendo admitirse una concepción amplia de la *alic* como expresión de un grupo de casos con una común estructura”.

sos de error de tipo puede plantear evidentes problemas de legalidad en aquellos ordenamientos –la totalidad de los que se conocen– que no han previsto excepción alguna para las situaciones de desconocimiento provocada: son los problemas ya conocidos con los que, de manera general, topa la doctrina de la *actio libera* allá donde la excepción que supone no está prevista en el texto de la ley. Sea como fuere, si se admite –con *Greco*– que la estructura de la *actio libera* puede aplicarse a estas situaciones y puede condenarse en tales casos por una conducta dolosa, *en el fondo se está dando la razón a la teoría de la ignorancia deliberada al aceptarse que puede haber dolo sin que por parte del sujeto exista representación del tipo objetivo en el momento de llevar a cabo la acción u omisión penalmente relevante*. Así, la teoría de la *willful blindness* no sería otra cosa que un caso particular de aplicación de dicha estructura de imputación –la *actio libera in causa*– al error como causa de exclusión del tipo subjetivo.

Tal posibilidad topa con los problemas clásicos de dicha teoría, pues, por lo menos en el planteamiento que se defiende de acuerdo con la llamada “solución o el modelo del tipo”, obliga a sostener que en el momento en que el sujeto decide llevar a cabo las acciones que impedirán que le alcancen determinados conocimientos ya ha iniciado la ejecución delictiva. Aun aceptando tal interpretación, sin embargo, el problema más grave se da en aquellos casos en los que no existe una intención específicamente dirigida a evitar la información. En tal sentido, debe valorarse con suma cautela la aplicación automática de esta teoría al tipo subjetivo, pues la renuncia a la exigencia temporal en este ámbito –es decir, a la simultaneidad entre representación y conducta objetiva– *puede llevar a afirmar necesariamente que existe dolo en aquellas situaciones en las que ha existido una representación inicial de un riesgo que ha sido eliminada mentalmente de forma voluntaria por el sujeto, en su confianza –más o menos fundada– de que todo acabaría bien: aceptar que para el dolo basta con representaciones o propósitos anteriores en el tiempo a la conducta inequívocamente típica entraña el riesgo de una importante ampliación del alcance de lo doloso a situaciones en las que, seguramente, nadie advertiría la necesidad de castigo propia del dolo*.

## **I.4. Conclusión**

En resumen: si bien coincide con los autores citados en que gran parte de los supuestos que suelen tratarse por los tribunales españoles en el marco de la doctrina de la ignorancia deliberada son en realidad de dolo eventual, siguen presentándose casos –los de ignorancia deliberada en sentido estricto– para los que la doctrina tradicional sobre el tipo subjetivo no parece tener una solución adecuada y su equiparación al dolo solo es posible con una flexibilización extrema de los elementos que integran esta figura o la disociación temporal entre tipo objetivo y subjetivo, con todos los riesgos que ello comporta de desbordamiento del ámbito de lo doloso. Por tal motivo, la vía que parece más adecuada pasa por buscar un tratamiento específico para estas situaciones, lo que obliga a retomar la pregunta de con qué condiciones las situaciones de ignorancia deliberada merecen ser tratadas como supuestos de dolo.

## **III. ¿Merece ser tratada la ignorancia deliberada como el dolo?**

### **III.1. De nuevo: sobre el distinto tratamiento de dolo y culpa en lo que respecta a las consecuencias jurídicas**

Para responder a la pregunta sobre el tratamiento que merece la ignorancia deliberada (en sentido estricto) es necesario partir de una determinada concepción acerca de cuáles son las razones que explican el distinto tratamiento entre dolo y culpa en lo que respecta a las consecuencias jurídicas previstas para ambas formas de imputación subjetiva. Esta cuestión inicial resulta básica para abordar la presente materia y respecto de ella cabe defender opiniones diversas, como se advierte en el debate doctrinal de los últimos años (cfr. el resumen ofrecido en el texto inicial *supra* V.1). y también en los anteriores cuatro trabajos, en que los autores que se pronuncian sobre la cuestión se posicionan entre una justificación basada estrictamente en el distinto contenido expresivo existente entre el hecho doloso y el imprudente

(*Feijoo*) o en la mayor peligrosidad para los bienes que concurre en el actuar doloso por el dominio que tiene el sujeto sobre su conducta y en la mayor responsabilidad del sujeto (*Greco*).

De entrada cabe señalar que el argumento de la peligrosidad no puede compartirse. Así, sostiene *Greco* que los hechos dolosos deben castigarse con mayor pena –o castigarse exclusivamente dejando impune la imprudencia en la mayoría de delitos– porque, al ser el comportamiento doloso más peligroso para los bienes jurídicos, desde una perspectiva consecuencialista es conveniente que el legislador destine prioritariamente sus recursos a prevenir tales actuaciones. Sin embargo, sostener tal opinión parece muy difícil cuando, por ejemplo, *en circunstancias normales el número de personas fallecidas por accidente en cualquier país supera ampliamente al de las víctimas de asesinatos*. Si de lo que se trata es de salvar bienes jurídicos ¿no tendría acaso sentido sancionar con mayor gravedad el homicidio imprudente? Por otra parte, la adaptación a las circunstancias fácticas que, según *Greco*, caracteriza al autor doloso y hace más peligrosa su actuación es por supuesto incuestionable, pero solo si se trata de un mayor riesgo que se manifiesta en el plano objetivo: ante peligros objetivos absolutamente idénticos el cambio en el tipo subjetivo (conocimiento o desconocimiento) no aporta una mayor peligrosidad al hecho. Finalmente, la idea de que el sujeto doloso es más responsable en tanto que ha obrado con mayor libertad puede seguramente compartirse porque es una afirmación que se corresponde con las precomprensiones más elementales sobre la noción de responsabilidad –la “intuición general” de la que habla *Alberto Puppo* (I)– pero de tal afirmación no se infieren sin más criterios que justifiquen el *quantum* de la pena si a ésta se le atribuye una función preventiva.

En el texto inicial (cfr. V) se han apuntado las razones que se consideraba que tenían mayor capacidad explicativa del distinto tratamiento punitivo entre estos dos modalidades delictivas, en concreto, la mayor indiferencia que muestra el autor doloso respecto del interés lesionado; y la pretensión de provocar con la pena el fracaso del delincuente doloso para evitar actos de imitación. Se trata de un planteamiento que acepta el factor expresivo como elemento básico, pero que

lo complementa con un elemento de tipo preventivo-disuasorio que, entre otras razones, resulta necesario para explicar que la pena no sea un puro acto de desautorización sino que esté también dotada de un contenido material aflictivo. Como ya se ha adelantado en las páginas iniciales, dicha perspectiva se basa en una premisa –que aquí solo se esboza– según la cual *la pena dirige un doble mensaje a todas las personas en su doble faz de ciudadanos que esperan ser protegidos por el Derecho y, al mismo tiempo, de infractores en potencia*. En los casos de dolo directo, como supuestos paradigmáticos de dolo, el autor muestra una gran indiferencia (o incluso hostilidad) hacia el bien que lesiona y, además, en los supuestos consumados de intención consigue por regla general sus objetivos, lo que aconseja que la pena se imponga en su máxima intensidad para reafirmar el valor negado y evitar actos de imitación; por el contrario, el grado de indiferencia mostrado por parte de quien lesiona un interés ajeno por culpa inconsciente es mucho menor y, además, el sujeto está expuesto a un elevado riesgo de fracaso en su planificación vital que hace que sean impensables actos de imitación por parte de terceros. Entre estos dos modelos extremos se da una transición gradual en la que se sitúan las restantes modalidades de dolo y culpa ... y también, cabe añadir, los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto.

Obviamente *el dolo y la imprudencia, en tanto que títulos de imputación, están diseñados partiendo de modelos ideales configurados a partir de determinadas características genéricas*, que en el caso concreto puede presentarse de manera más o menos perfecta o intensa, lo que sin duda requerirá que en ciertos casos se produzcan algunos ajustes en la determinación de la pena si la ley lo permite. Respondiendo a algunas objeciones planteadas: por supuesto también el delincuente doloso puede padecer pena natural (por ejemplo, el terrorista gravemente herido por la onda expansiva de su propia bomba homicida), del mismo modo que, excepcionalmente, el delincuente imprudente puede conseguir alguno de sus objetivos (como sucede en el caso clásico de *dolus subsequens*, en el que un sujeto atropella por descuido a un peatón desconocido que, casualmente, descubre *a posteriori* que se trataba de su peor enemigo, al que tenía proyectado asesinar la semana siguiente). Sin embargo, y

dejando de lado estos casos poco o nada frecuentes, lo que suele suceder en la práctica es que el delincuente doloso, a diferencia del imprudente, se abre camino con la realización efectiva de una determinada planificación vital entendida en sentido amplio, es decir, como mayor probabilidad de consecución tanto de los propósitos estrictamente típicos (como la producción del resultado en los tipos que lo requieran) como extratípicos (obtención de impunidad, por ejemplo). Quien sabe lo que hace tiene mayores probabilidades de realizar sus propósitos que quien obra sin saber lo que está haciendo y es lógico que exista una mayor riesgo de actos de imitación del primero que del segundo.

### **III.2. Sobre la respuesta jurídica adecuada en los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto**

¿A cuál de estos dos modelos ideales se parecen más los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto? Desde luego, casos como el del usuario de correo electrónico descritos al inicio de estas páginas parecen estar mucho más cercanos a los supuestos de intención que a los de descuido inconsciente. Puede discutirse si quien envía a la lista de “correo basura” todas las notificaciones oficiales que recibe muestra más o menos indiferencia respecto del correcto funcionamiento de las administraciones públicas que quien decide romper sin leer una notificación oficial. Pero, en todo caso, se trata de un grado de indiferencia muy superior al del sujeto olvidadizo que no atiende a un requerimiento judicial porque durante meses olvida revisar el buzón. Y, por otra parte, es evidente que el primero logra calculadamente sus objetivos, pues no solo no cumplirá con su obligación legal sino que, además, si llega a ser procesado podrá aportar pruebas fehacientes de que el concreto requerimiento nunca llegó a ingresar en la bandeja de entrada de su programa de correo electrónico y, por consiguiente, nunca tuvo un correcto conocimiento de su contenido.

Como ya se expuso en el texto inicial (V.2), *afirmar en casos como el anterior la concurrencia de una situación de error o de descuido no solo parece cuestionable respecto de las consecuencias jurídicas que comporta tal afirmación, sino que parece oponerse al propio uso cotidiano del lenguaje:*

nadie diría que el sujeto que ha configurado el servidor de correo de tal modo que todas las notificaciones oficiales vayan a la lista de “correo basura” se ha equivocado al no leer los mensajes o es una persona descuidada. Por otra parte, impedir que el sujeto alegue en su favor un estado de ignorancia que le es imputable en modo alguno parece contradecir algunos de los principios básicos de la teoría de la imputación jurídico-penal, sino al contrario: *existen razones de peso para sostener, partiendo del propio Derecho positivo, que rige en Derecho penal un principio según el cual nadie puede invocar en su descargo la concurrencia de un contexto de exoneración que él mismo ha contribuido a generar con el objeto de eludir la norma*, como sucede con los supuestos abarcados por la ya mencionada teoría de la *actio libera in causa*, o con la imposibilidad de aplicar causas de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad a quien ha provocado, respectivamente, la agresión ilegítima o la situación de necesidad. ¿Por qué no habría de tener su concreción este principio general –que tiene vínculos evidentes con la figura del fraude de ley– en lo que respecta al tipo subjetivo?

La cuestión a responder en todo caso en lo que respecta al tipo subjetivo *es qué cabe entender por haber generado de manera imputable un contexto de exoneración con el objeto de eludir la norma*. En este último sentido conviene no perder de vista, como ya se ha adelantado, que la decisión consciente de mantenerse en un estado de desconocimiento se presenta igualmente en situaciones en las que no parece que concurren las razones que justifican el tratamiento penológico agravado del dolo. También permanece en una situación de desconocimiento deliberado el cargo público que, por ejemplo, firma cientos de resoluciones que le han preparado sus subordinados sin repasar uno por uno los correspondientes expedientes; o el magistrado miembro de un tribunal que vota en un determinado sentido sin revisar personalmente los autos al confiar en el resumen del caso que le ofrece el magistrado ponente. ¿Cabría en tales supuestos sostener, en caso de ser engañados, que concurre una prevaricación que merece ser tratada como dolosa?

Todo indica que la respuesta a dicha cuestión debe ser negativa, lo que probablemente se explica porque el grado de indiferencia

mostrado hacia el interés lesionado y la circunstancia de que el sujeto no decidiera permanecer en la ignorancia como medio para esgrimir a su favor una eximente impiden sostener tal equiparación. De ahí que *seguramente deba restringirse notablemente la equiparación entre el dolo y ciertos casos de ignorancia deliberada y limitarlos a aquellas situaciones en las que concurran los dos elementos siguientes*: 1) Que el sujeto haya obrado en la *sospecha de estar llevando a cabo una acción u omisión potencialmente lesiva en el futuro para algún interés indeterminado*; y 2) Que haya permanecido en la ignorancia con *el propósito de “construirse” una excusa que le exonere en el supuesto de acabar produciéndose tal lesión*. El primer elemento incorpora el factor de indiferencia cualificada que, como se ha dicho, exige el tratamiento punitivo agravado del dolo respecto de la culpa; y el segundo toma en cuenta la necesidad –acentuada en los casos de dolo– de provocar con la pena el fracaso del sujeto infractor. Este último elemento, conviene precisar, *no solo consiste en la mera intención de no profundizar en la sospecha inicial* –algo que sucede también en casos anteriormente citados, como el del juez o el conductor de autobús– *sino en una especial motivación*: la voluntad de construirse una excusa que podrá esgrimir cuando se le exija responsabilidad.

En todo caso conviene señalar que la adición de este elemento de tipo intencional o, si se prefiere, motivacional aporta una capacidad delimitadora del alcance de la doctrina que conviene tener presente. Se trata, en palabras de la STS 234/2012, citada por el propio Feijoo, de *“un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad penal”*. La exigencia de este elemento permite superar críticas como la formulada en su trabajo por *Laura Manrique*, cuando señala (II.b) que la mera apelación a la indiferencia no permite diferenciar bien la imprudencia del dolo por cuanto, según la concepción aquí defendida, es un elemento común a ambos. Aun cuando, como ya se ha expuesto, el grado de indiferencia exigido en uno y otro caso es cuantitativamente diferente, la adición de este elemento motivacional añade una diferencia de carácter cualitativo y, como exige la propia autora (*ibidem*),

incorpora un elemento que toma en consideración las razones por las que actuó el sujeto. En cierto modo, cabe precisar, los déficits cognitivos que se presentan en estas situaciones se ven compensadas por el componente motivacional.

Esta capacidad de contener el riesgo de desbordamiento de la doctrina de la ignorancia deliberada puede advertirse con algunos ejemplos concretos: así, es dudoso que en algunos de los casos citados por *Feijoo* (casos del transporte de la bomba o de armas bioquímicas I.3), *Puppo* (caso del inmigrante ilegal III.1.A) o *Manrique* (caso del ocultamiento del bebé II.a) los sujetos activos hayan procurado evitar ciertos conocimientos como una forma de preconstituirse una alegación de descargo en caso de imputación penal. En tal sentido, los ejemplos no coinciden con el caso reiteradamente citado del correo electrónico o del testaferrero profesional en los que sí puede afirmarse que el sujeto ha pretendido permanecer al margen de cierta información para poder conseguir sus objetivos ilícitos (desobedecer requerimientos judiciales, administrar formalmente sociedades a cambio de dinero) preparándose una excusa (“yo no sabía”) para el caso en que alguien les exija responsabilidad por ello. En todo caso, y como no podría ser de otro modo, deberán ser las acusaciones quienes prueben la concurrencia de este elemento adicional y, en caso de apreciarlo, el juez deberá exponer sus razones en la sentencia, quedando así salvadas los comprensibles recelos acerca del respeto a la presunción de inocencia que expone *Feijoo* en su trabajo (I.3).

### III.3. Respuestas a cuestiones particulares

Sentadas las anteriores premisas, procede seguidamente dar respuesta a algunos de los comentarios formulados por los cuatro autores en sus respectivos trabajos:

1. La necesidad de que el sujeto haya buscado no profundizar en sus sospechas iniciales como una estrategia para exculparse en caso de ser descubierto no se opone a que dicho individuo pueda obrar guiado por otros propósitos y que alguno de estos propósitos, como

señala *Puppo* (III.B), pueda no merecer una valoración negativa sino todo lo contrario. Volviendo al ejemplo del testafarro profesional cabe imaginar, por ejemplo, que el hombre de paja pretenda destinar la retribución obtenida con el cargo de administrador formal, a obras de caridad. Sin embargo, la teoría del delito ya cuenta con otros elementos como la antijuricidad o la culpabilidad donde, si procede, pueden tenerse en cuenta tales factores: nadie cuestiona que quien intencionadamente se apodera a punta de pistola de las joyas ajenas obra dolosamente con independencia de lo que haga con ellas posteriormente (tal vez ayudar a su madre enferma comprándole medicamentos, por retomar el ejemplo propuesto por *Puppo*), pues para el dolo basta con que el menoscabo del interés protegido haya sido abarcado con el conocimiento y, según la modalidad aplicable, también la intención. Del mismo modo, para la ignorancia deliberada debería bastar con constatar que el sujeto ha decidido no profundizar en sus vagas sospechas con el propósito de procurarse una alegación exculpatoria en caso de ser descubierto, sin que sean relevantes a los efectos de la imputación subjetiva ulteriores propósitos que puedan explicar semejante decisión.

Por ello debe darse la razón a *Greco* cuando afirma que puede existir dolo altruista y culpa egoísta, del mismo modo que la ignorancia deliberada puede también presentarse en casos de concurrencia de motivaciones adicionales a la de preconstituirse una eximente, motivaciones ulteriores que, consideradas en abstracto, son susceptibles de una valoración de muy diverso signo. La teoría jurídico-penal de la imputación subjetiva no consiste en indagar a la hora de determinar la responsabilidad de un sujeto cuáles han sido todas aquellas razones, motivos o propósitos que puedan haber guiado su actuación, sino en determinar primero qué concretos motivos son relevantes para la atribución de responsabilidad penal (decisión normativa) y seguidamente ver en el juicio de subsunción fáctica si en el caso concreto concurren tales motivos.

En consecuencia –y replicando a *Puppo* (III.A.1)– la aceptabilidad moral última de las razones que mueven al sujeto es algo que ciertamente puede interesar a la teoría del delito (y que es especialmente

importante en concretas figuras delictivas o circunstancias agravantes que exigen una motivación especial), pero que es intrascendente para la teoría del tipo subjetivo, a la que solo preocupa si entre los propósitos del sujeto estuvo la causación del resultado lesivo (dolo directo de primer grado como modalidad de dolo) o procurarse una excusa para el caso de lesión (ignorancia deliberada), sin necesidad de mirar más allá. En consecuencia no se trata de valorar la reprochabilidad moral del sujeto en cuanto tal, sino solo de reprocharle moralmente la realización de un hecho con determinadas características objetivas y subjetivas así como las consecuencias negativas que tal realización entraña. En tal sentido, la aceptación de que ciertos casos de ignorancia deliberada merecen la misma respuesta que supuestos de dolo no debería entrañar ningún riesgo de menoscabo para la vigencia del principio de responsabilidad por el hecho.

2. Otra crítica a considerar es la que formula *Feijoo* (I.3.) *acerca del posible "versarismo" de la teoría de la ignorancia deliberada*. Desde su punto de vista, según esta teoría una vez tomada la decisión de no profundizar en ciertas sospechas, se imputaría subjetivamente al individuo cualquier resultado lesivo que pudiera llegar a producirse en el plano objetivo. Se trata de una crítica a tener muy en cuenta si bien —conviene advertirlo— puede extenderse también al concepto hiperflexible de dolo eventual alternativo que el propio autor defiende en páginas anteriores. En tal sentido es evidente que la actitud que muestra frente al interés lesionado quien sabe —o sospecha de manera fundada y concreta que lo está lesionando— es distinta que la de quien prefiere inhibirse y no llegar a conocer siquiera el interés que puede llegar a lesionar aun en la conciencia de que se acción u omisión es potencialmente lesiva para diversos intereses. Por volver al ejemplo del testaferro, la actitud ante el patrimonio ajeno que muestra con su comportamiento quien se presta a administrar formalmente una empresa a sabiendas de que será utilizada para cometer una estafa no es igual que la de quien se representa que los cientos de empresas administradas serán tal vez algún día empleadas para cometer algún fraude a algún patrimonio público o privado. El hecho de que en el

primer caso se llegue a concretar el interés lesionado y en el segundo tal interés quede en una situación inconcreta tal vez justifique que el grado de indiferencia mostrado en el segundo caso sea inferior, pero en todo caso se trata de una diferencia cuantitativa, no cualitativa, como la que el propio *Feijoo* reconoce (I.3 y III) cuando afirma que “la imprudencia es también indiferencia con respecto al bien jurídico, solo que a través de la norma de cuidado”.

Sin embargo, *los casos que especialmente preocupan a Feijoo son aquellos en los que la consecuencia objetiva resultaba totalmente inesperada*. Un supuesto en tal sentido podría ser, por ejemplo, el del testamento que se encuentra con que la sociedad que se prestó a administrar ha sido empleada no para cometer los delitos más frecuentes –insolvencias, fraudes fiscales, estafas, tráfico de drogas etc– sino delitos mucho más graves e infrecuentes: por ejemplo, relacionados con el terrorismo si la sociedad es empleada para financiar a una organización de tal naturaleza. Condenar en tal caso por cooperación con organización terrorista por la simple decisión de no querer profundizar en los detalles de una determinada sociedad de las decenas de centenares de sociedades que administra el testamento puede parecer desproporcionado por exceso. Pero, a la vez, puede parecer también desproporcionado por defecto tratar a este sujeto de igual manera –es decir, con la impunidad– que a quien ha sido engañado eficazmente por una persona de confianza para que se prestara a administrar la sociedad. Tal vez la consecuencia de ello sea que la indiferencia mostrada en el ejemplo citado hacia los intereses lesionados con los actos terroristas no sea tan grave como la de quien actúa con dolo directo. Pero deberá convenirse que, en todo caso, parece más grave que la del sujeto que ha confiado en que no se emplearía la sociedad en nada ilegal.

3. Por último, conviene dar una breve respuesta a una objeción planteada por *Luis Greco*, concretamente la que señala que, *si se equipara la ceguera intencionada al dolo, también deberán ser punibles aquellos casos de realización incompleta* o, en otras palabras, de tentativa realizada en ignorancia deliberada. Desde luego, tiene toda la razón *Greco* cuando afirma que, si se equipara la ignorancia deliberada al

dolo, en rigor en el caso *Jewell* (el sujeto que transportó drogas a través de la frontera mexicana) el acusado debería ser castigado por tantas tentativas como objetos ilícitos pudo imaginar estar transportando. Sin embargo, *éste no es un problema exclusivo de la teoría de la ignorancia deliberada, sino de la teoría del dolo eventual en general*: el mismo problema se plantea en el caso del sujeto que recibe una maleta para que la transporte a cambio de dinero y se representa el riesgo de que pueda contener drogas, dinero, armas o tal vez pornografía infantil. Si finalmente resulta que la maleta contiene solamente libros ¿deberá condenarse al sujeto por cuatro tentativas inidóneas con dolo eventual de los correspondientes delitos? No cabe duda de que la cuestión de si debe castigarse la tentativa (inidónea) con dolo eventual es especialmente espinosa y que las dudas que plantea esta cuestión se extienden también a la ignorancia deliberada si se admite la equiparación de otras figuras. En todo caso, la solución al problema no parece que deba consistir en rechazar la equiparación en algunos casos la equiparación entre ambas, sino que pasa por otras vías que permitan, en general, superar el problema de la tentativa en casos que no son de dolo directo, como la exigencia de intención para que la tentativa sea punible o, *de lege ferenda*, la previsión de un sistema de *numerus clausus* para la punición de modalidades intentadas en las que falte el propósito específico de consumir.

#### **IV. ¿Existen problemas *de lege lata* para equiparar la ignorancia deliberada al dolo?**

En algunos de los cuatro trabajos previos se cuestiona que la equiparación de ciertas formas de ignorancia deliberada con el dolo eventual sea compatible con el texto de la ley. A mi juicio para dar respuesta a tales cuestiones cabe distinguir entre dos situaciones posibles:

- a) En el caso de aquellos *ordenamientos que contienen una definición legal de dolo* –tal sería el caso, por ejemplo, de países como Colombia o Italia (como se señala en el texto de *Puppo*)– que exija expresamente conocimiento, el texto de la ley impide dar entrada a los casos de igno-

rancia deliberada en el concepto de dolo. Parece claro que entender que casos de ignorancia son subsumibles en términos legales como “previsión”, “conocimiento” o “representación” resulta imposible sin violentar el principio de legalidad. Sin embargo, *el que en tales supuestos la autoridad de la ley imponga como correcta una solución no zanja el debate sobre si hay casos de ignorancia deliberada que merecen la misma pena que el dolo eventual; y, si se responde afirmativamente a tal cuestión, entonces el texto de la ley es parte del problema y no de la solución*, como sucede en todos aquellos casos en los que el legislador impone una definición legal de los principales conceptos de la teoría del delito y la discusión académica pone en evidencia que existen supuestos que no están correctamente abarcados por el texto legal pese a que merecerían estar incluidos en él. Algo parecido cabe afirmar de aquellos casos, que pueden plantearse en ordenamientos, que no necesariamente contengan una definición legal de dolo, en los que algunos tipos penales incluyen exigencias concretas de naturaleza subjetiva, tales como que el sujeto obre “a sabiendas” o “con conocimiento” de un determinado elemento del tipo objetivo.

- b) Más dudas suscita, en cambio, la afirmación de que en aquellos países que carecen de un concepto de dolo *el obstáculo legal insalvable radicaría en la regulación del error de tipo* (opinión que se sostiene por los cuatro autores del presente volumen). Y ello es así porque, como se ha expuesto *supra*, *cabe discutir que se encuentre en una situación de error aquél que no quiere conocer una determinada realidad*: como sostienen algunas voces en la doctrina, solo yerra aquel que tiene interés en conocer, de tal modo que quien busca permanecer en la ignorancia no incurre en error alguno<sup>13</sup>. Puede discutirse el acierto o no de este planteamiento: pero en todo caso si se excluyen del concepto legal de error los casos de desconocimiento provocado no parece en

<sup>13</sup> En tal sentido, tajante, JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, trad. C. Pérez del Valle, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, p. 349: “¡Es tan obvio que no todo desconocimiento es un error!”.

modo alguno que se esté incurriendo en una vulneración del principio de legalidad. No desde luego en Derecho español, pues en el art. 14 del Código penal aparece la palabra “error” pero, a diferencia de lo que sucede en el Código alemán (§ 16), brillan por su ausencia expresiones como “conocimiento” o “representación”. No se quiere negar aquí la afirmación de *Manrique* cuando señala (III.b) que “aun cuando no existan definiciones expresas los jueces están comprometidos a usar las palabras de la ley en el *mismo sentido* en que las ha usado el legislador”. Sin embargo, ¿puede realmente entenderse que el legislador ha utilizado el término imprudencia en el sentido de incluir en este término los casos aquí descritos que en modo alguno responden al modelo del sujeto negligente?

Por tal motivo, no puede compartirse la opinión de *Feijoo* (I.3) cuando argumenta que “sostener de *lege data* que no existe un error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber y, por lo tanto, es responsable de su desconocimiento es una normativización *contra legem*”. Una afirmación de la que *debe discreparse no solo porque esté en discusión la legitimidad de realizar reducciones teleológicas* en aquellos elementos que excluyen la responsabilidad<sup>14</sup>,

<sup>14</sup> La doctrina es muy estricta con la prohibición de la analogía *in malam partem* cuando supone la ampliación de la prohibición más allá de los límites gramaticales del tipo penal, pero parece ser en cambio más tolerante con aquellas reducciones teleológicas que suponen la limitación del alcance de una determinada causa de exención de responsabilidad penal, como puede ser, por ejemplo, la legítima defensa –a la que se aplican sin base legal alguna en algunos países las llamadas “restricciones ético-sociales”– o el desistimiento voluntario, en el que mayoritariamente se interpreta que la voluntariedad debe negarse cuando concurren determinadas motivaciones aun cuando el sujeto haya tenido la posibilidad física de consumar el delito. Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho Penal”, en DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO / GARCÍA AMADO (coords.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, 2006, pp. 378-379, quien pone de manifiesto cómo, sin un criterio claro, el Tribunal Supremo español acude a las reducciones teleológicas en unos casos –además de los casos citados *supra*, por ejemplo, en la atenuante de confesión- y, sin embargo las rechaza en otros. En la doctrina alemana, sin ir más lejos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Vol. I: „Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenlehre“, 4.ª ed., Múnich, 2006., § 5 n.º marg. 42 y § 15 n.º marg. 52, señala tajantemente que el límite del tenor literal no rige en absoluto en las cau-

sino porque *cabe discutir incluso que tengan cabida en el tenor literal de la expresión “error” los casos de quienes buscan permanecer en el desconocimiento*. ¿Realmente el sujeto del reiterado ejemplo del correo electrónico puede alegar en su descargo “no me di cuenta” o “me equivoqué” cuando se le pregunté por qué no respondió el requerimiento judicial recibido?

## V. Consideraciones finales

Pese a las discrepancias observadas en los previos trabajos cabe constatar algunos puntos de significativa coincidencia. Entre ellos destaca *el acuerdo existente con algunos autores en la necesidad de enriquecer el sistema legal vigente de imputación subjetiva más allá de la distinción binaria entre dolo e imprudencia* (Manrique I), creando por ejemplo, y en palabras de *Bernardo Feijoo*, “una categoría intermedia de imprudencia grosera o grave desconsideración” (II.1). Una propuesta muy razonable –como se apuntaba ya en el texto inicial (V.2)– si bien debería ir acompañada de la exigencia de que entre estos diversos títulos de imputación subjetiva no se dieran los importantes saltos penológicos que se advierten a menudo en la actualidad. Ello invita a pensar, como otra opción posible, en si acaso no sería mejor optar por un modelo que no distinguiera entre títulos de imputación subjetiva y delegara en el juez la concreción penológica que en cada supuesto concreto mereciera el grado de indiferencia mostrado por el sujeto respecto del interés lesionado y otras circunstancias relevantes, precisando en todo caso a propósito de delitos concretos determinadas exigencias subjetivas mínimas.

Cuál debe ser el diseño de un sistema de imputación subjetiva que permita superar los problemas que plantea el vigente es uno de los retos más apasionantes que la ciencia penal tiene por delante, una tarea que no debería postergarse por el hecho de contar con ciertos obstáculos –más o menos intensos– en el texto de la regulación legal vigente: el objetivo de la ciencia penal debe ser adaptar la ley al criterio que se considera

---

sas de justificación con el argumento de que éstas no son estrictamente penales, sino que pueden proceder de otros ámbitos del Derecho.

más justo sin renunciar a tal tarea por el hecho de que en un determinado momento y lugar el Derecho vigente parezca acoger una solución distinta. Las piezas que no encajan en el sistema –como sucede con algunos casos de ignorancia deliberada– no deben ser vistas con incomodidad, sino como una señal de aviso de que muy posiblemente algunas de las premisas en las que dicho sistema se ha basado tradicionalmente merecen ser repensadas.



*Sección II*

Discusiones:  
Cortes



**En el nombre del niño**  
*El interés superior del menor en la construcción  
del rol de la Corte Suprema*

**Valentín Thury Cornejo\***

Recepción 11/06/13.

Aceptación: 06/10/2013

**Resumen:** El “interés superior del niño”, principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha configurado como una pauta interpretativa y decisional de creciente uso por parte de la Corte Suprema de Justicia. A través del estudio de la jurisprudencia del Alto Tribunal durante el año 2012 analizamos aquí la forma en que ese principio es utilizado argumentativamente, para iluminar así el proceso de institucionalización que protagoniza la Corte Suprema. Las tensiones que se derivan de la construcción de legitimidad, como proceso político-institucional al que se aboca el tribunal, explican la diversa forma en que, según los contextos e intereses en juego, resuelve las controversias que involucran a los menores.

## **Introducción**

De las normas de salvamento marítimo (“¡Niños y mujeres primero!”) a los *slogans* humanistas más difundidos (“los niños son el futuro”) existe una conciencia cultural que da una cierta preeminencia a los intereses de los menores sobre los del resto de los actores sociales. Sea porque su vulnerabilidad obliga a mayores cuidados, por la promesa que su vida encierra o por la inocencia que se predica

\* Investigador CONICET/Flacso Argentina, Profesor en la Maestría de Magistratura Judicial de la Universidad Austral.

de esa existencia en formación, la civilización moderna ha tendido a resguardar a los niños de un modo especial. Esa protección ha asumido, en algunos casos, forma negativa, a través de la prohibición de determinadas conductas. Así, por ejemplo, se impide que los niños menores trabajen<sup>1</sup>. La contrapartida está en la obligación positiva del Estado de que los niños menores gocen de una escolaridad obligatoria<sup>2</sup>. De este modo, nuestras sociedades han ido lidiando con las consecuencias negativas de la industrialización y han sentado las bases para el reconocimiento jurídico de un verdadero sujeto de derechos. Los ordenamientos nacionales avanzaron en ese terreno y, hace más de 20 años, la comunidad internacional adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño como el documento que determina su *status*. Sus más de 50 artículos configuran un verdadero *Bill of Rights* de la niñez, cuyo criterio interpretativo se define por la búsqueda del “interés superior del niño”. Este principio, consagrado en el artículo 3, se ha constituido en la piedra angular de este sistema de derechos pero esa condición no le ha quitado opacidad a la expresión. Su importancia corre pareja con su vaguedad.

Esta situación le genera a los intérpretes una doble sensación: una cierta angustia, derivada de la multiplicidad de posibilidades ante ellos abiertas y, al mismo tiempo, el poder que les da la discrecionalidad decisoria puesta en sus cabezas. Saber que es lo mejor para un niño es complejo para los jueces y, al mismo tiempo, puede transformarse en una fuente de poder decisional importante. Con un principio de estructura abierta y múltiples significados posibles, el juez parece quedar enteramente librado a su propia evaluación de la situación. En cambio, si ese principio se va concretando en una serie de definiciones y aplicaciones que limitan a los decisores futuros, el

<sup>1</sup> Cf. Madeleine Grey Bullard: “Child Labor Prohibitions Are Universal, Binding, and Obligatory Law: The Evolving State of Customary International Law Concerning the Unempowered Child Laborer”, *Houston Journal of International Law* Vol. 24 (2001-2002), pp. 139ss.

<sup>2</sup> Vid. por ejemplo, el art. 28.1.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados firmantes a “implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”.

mismo dejará de ser una mera norma de habilitación discrecional para configurarse como un entramado de significados que limitan el margen actual de decisión. En el caso de reglas jurisprudenciales, podríamos hablar de una tarea de autolimitación: los jueces descartan interpretaciones posibles y así resignan margen de decisión en aras de una construcción jurídica que condicionará su actuación futura. Pero ¿por qué los jueces harían algo así? La respuesta, en el caso de los Tribunales Supremos, está en la tensión que gobierna sus decisiones y que se determina en base al concepto de legitimidad. Dicho de forma simple: los jueces son esencialmente actores jurídicos, encuentran su fuente de autoridad en el Derecho y se deslegitiman en la medida en que sus acciones son consideradas políticas. La creación y sujeción a reglas, por lo tanto, les otorga legitimidad mientras que los actos discrecionales, emparentados con la toma de decisiones propia del campo político, la cuestionan<sup>3</sup>.

Hay, pues, fuertes incentivos para la institucionalización de la actuación judicial pero también los hay para preservar facultades discrecionales, siempre y cuando éstas no sean vistas como facultades “políticas”. En esto se basa gran parte de la retórica judicial: presentar lo político –en el sentido de toma de decisión discrecional– como inevitablemente jurídico –como algo impuesto por el Derecho, sobre lo que el intérprete no tiene margen de decisión<sup>4</sup>. El manejo de la tensión Derecho-Política constituye institucionalmente al Tribunal, ya que éste elegirá así favorecer una u otra fuente de legitimación, de acuerdo, entre otras razones, con la lectura que realice del contexto en el que se mueve y las necesidades de la institución<sup>5</sup>. A mayor inestabilidad institucional, habrá mayores incentivos para no resignar cuotas de poder discrecionales, mientras que a mayor se-

<sup>3</sup> He desarrollado este argumento en Valentín Thury Cornejo: “La “nueva” Corte Suprema y sus estrategias de legitimación”, *El Derecho - Suplemento de Derecho Constitucional*, 20 de febrero de 2008, pp. 15 y sigs.

<sup>4</sup> Cf. Robert A. Ferguson: “The Judicial Opinion as Literary Genre”, *Yale Journal of Law & Humanities*, Vol. 2, N. 1 (1990).

<sup>5</sup> Cf., por ejemplo, John P. Roche: “Judicial Self-Restraint”, *The American Political Science Review* Vol. 49, No. 3 (Sep., 1955), pp. 762-772.

guridad institucional, se abrirán mayores posibilidades de construir a futuro. A través de las decisiones jurisdiccionales concretas, los tribunales desarrollan una construcción institucional que se expresa en el modo en que interpretan y ven el derecho y, así, sus propias facultades para interpretarlo. Ello no necesariamente quiere significar que la construcción sea autoconsciente, pero sí que genera un *modus operandi* que deja sus huellas en cada una de sus sentencias.

El principio de interés superior del niño se muestra especialmente adecuado para dejar traslucir esta dinámica, pues su formulación jurídica vaga le otorga grandes márgenes de discrecionalidad al intérprete y deja espacio para que afloren las tensiones de la institucionalización. En este trabajo nos proponemos analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre este principio para ver cómo ilumina –y es iluminado por– su estrategia de construcción de identidad y consiguiente proceso de legitimación. Expandir el margen de decisión o autolimitarse, escuchar a los menores o presumir cuál es su verdadero interés, seguir las directivas legislativas o modificarlas en aras de principios superiores, todas ellas son decisiones que combinan argumentos de tipo jurídico con decisiones institucionales de tipo político. Muchas de ellas se esconden en las sutilezas de una retórica jurídica que se resguarda bajo la preeminencia moral del “interés superior del niño”. Detectarlas nos obliga a agudizar la mirada y detenernos en los detalles de los casos estudiados. Esta necesidad hace que limitemos nuestro universo a los casos que la Corte Suprema resolvió en el último año, focalizándonos en las situaciones fácticas presentadas y en el modo en que el Tribunal argumenta y utiliza el interés superior del niño. Pero primero, a modo de pequeña contextualización teórica, daremos unos breves trazos normativos y dogmáticos acerca del principio que nos ayudarán a darle una dimensión adecuada a la tarea a la que la Corte Suprema se ha enfrentado.

## II. Un principio en tensión

El principio en cuestión está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN):

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si bien el Comité de los Derechos del Niño –organismo previsto en los arts. 43 y siguientes de la Convención para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes– no ha emitido una observación general respecto al principio del interés superior, sí lo ha hecho respecto del derecho del niño a ser escuchado –art. 12 de la CDN<sup>6</sup>–. Allí, luego de desgranar un análisis textual y contextual de la norma, el Comité vincula este derecho del niño con la búsqueda de su interés superior (art. 3) y afirma que:

“70. (...) El interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño. La Convención obliga a los Estados Partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12. Esta disposición es obligatoria<sup>7</sup>.”

<sup>6</sup> “Artículo 12. 1) Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

<sup>7</sup> Comité de los Derechos del Niño: *Observación General Nro 12: El derecho del niño a ser escuchado*, 51º Período de Sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de ju-

En el ámbito nacional, la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” funciona como norma reglamentaria del CDN y brinda algunas pautas interpretativas para el derecho argentino:

“**ARTICULO 3°** — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

La formulación del principio como la obligación de brindar una “consideración primordial” al “interés superior del niño” ha genera-

---

nio de 2009. Esta idea del Interés Superior del Niño como un derecho procesal se halla desarrollada en Jean Zermatten: “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children's Rights* vol. 18 (2010), p. 485.

do numerosos problemas interpretativos. Las normas jurídicas que establecen prohibiciones –como la del trabajo infantil– son fácilmente discernibles en sus contornos interpretativos, al igual que las que establecen obligaciones concretas. Todos sabemos qué significa que un niño de 10 años no puede trabajar en una fábrica y sabemos que cuando nuestros hijos tienen 6 años deben comenzar la escuela primaria. En cambio, determinar qué significa el “interés superior del niño” en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño es complejo y, más aún, lo es saber cuál es ese mejor interés en la situación concreta. Podríamos decir que esa situación deriva de su misma estructura jurídica, ya que como principio, su estructura es más abierta y porosa que la de la regla jurídica. Siguiendo a Alexy, su función es orientar la decisión: son “mandatos de optimización”<sup>8</sup>. Marca un norte, pero no lo define. En tanto indeterminado, su juridización depende de su concreción y, por tanto, de su delimitación técnica. Un concepto demasiado abierto pierde concreción jurídica, en la medida en que su contenido podría nutrirse de elementos no específicamente jurídicos. En ese caso, aducir el “mejor interés del niño” sería decidir en base a criterios extra-jurídicos (ético, tradicionales, de conveniencia, etc.) que luego son juridizados a partir de su cobertura retórica por el principio.

Esta situación ha generado no pocas críticas a su inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunos, por ejemplo, sostienen que genera más dudas que las que resuelve al ser indeterminado y de difícil aplicación<sup>9</sup>. Así, su vaguedad otorgaría un amplio poder al intérprete, ya que la generalidad del término utilizado le brinda una discrecionalidad de actuación casi ilimitada. De allí que

<sup>8</sup> Cf. Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 y sigs.

<sup>9</sup> Cf. Mónica González Contró: *Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 404. Asimismo, otros autores resaltan el hecho de que los resultados de cualquier interpretación son indeterminados, o sea, no podemos saber *ex ante* cómo impactará la decisión en el futuro del niño (cf. David Archard & Marit Skivenes: “Balancing a Child’s Best Interests and a Child’s Views”, *International Journal of Children’s Rights* vol. 17 (2009), p. 8)

se plantee una tensión derivada de su calidad de concepto “juridizado”: ¿es verdaderamente el interés superior del niño un concepto con contenido jurídico definido o es una mera delegación al juzgador para que ejerza su mejor criterio en la solución de los problemas que se le presentan a su decisión? La definición de su significado cobra así una relevancia enorme, ya que en la medida en que el principio se va concretando en su significado, de modo general –v.gr: a través de la fijación de reglas decisorias o procedimentales– el poder del intérprete decrece y su actuación se hace previsible. En este sentido, su limitación redundaría en una mayor protección de los derechos del niño. En cambio, como afirma Garrido Alvarez, la latitud excesiva “anula por completo la idea de que los niños son sujetos de derechos al igual que los adultos y conspira contra la naturaleza de la función jurisdiccional en un estado de derecho que parece, a la luz de los derechos del niño, totalmente desprovista de legitimidad política (es un acto de autoridad en sentido neto)”<sup>10</sup>.

La clave de bóveda de interpretación del principio parece estar, en este sentido, en la consideración del niño como un verdadero sujeto de derechos. Si ello no fuera así, el interés superior podría interpretarse como una remisión a una directiva extra-jurídica que guiará la decisión a tomar por las personas de las que ellos dependen –padres o instituciones públicas–. En cambio, consagrado un catálogo de derechos en cabeza del menor es a él al que tal principio debe remitir. El rol de los adultos se mantiene en tanto el niño carece de plena autonomía, pero su ámbito de decisión está limitado por el carácter que el menor asume como sujeto moral y los derechos en su cabeza reconocidos. Miguel Cillero afirma, en este sentido, que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” y estos son los consagrados específicamente en el texto de la Convención. Por lo tanto, el principio no es una directiva vacía, extra-jurídica, sino que refiere a una interpretación sistemática de la Convención sobre los Derechos

<sup>10</sup> Javier Garrido Alvarez: “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* –Universidad Nacional Autónoma de México– Nro 7 (2013), p. 123.

del Niño, que ayuda a resolver los eventuales conflictos entre derechos así como brinda una directiva concreta a las autoridades para la formulación de políticas públicas<sup>11</sup>. Diego Freedman sigue la línea de Cillero pero restringe la preeminencia interpretativa que otorga el interés superior del niño a lo que llama el “núcleo duro” de derechos del menor, compuesto por “el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal”<sup>12</sup>.

Identificar el interés del menor en la situación concreta en que el derecho que le corresponde debe ser determinado –v.gr.: en la fijación de la tenencia o en un proceso de adopción– supone, en el sistema de la Convención, su participación directa. El art. 12 establece el derecho del niño a ser escuchado. Ahora bien, ¿qué sucede cuando ello no es posible, por ejemplo, porque se trata de un menor sin la madurez necesaria –v.gr.: un bebé o un niño menor a dos años? En estos casos, la voluntad real del menor no puede ser considerada de forma efectiva. Entonces, ¿debe estarse a lo que sería su voluntad presunta, en condiciones hipotéticas?<sup>13</sup> Igualmente, ¿debe considerarse su situación actual o los efectos de la decisión en el mediano largo plazo? ¿Cómo considerar la naturaleza progresiva del desarrollo del menor?<sup>14</sup>. Estas preguntas, a las que pueden sumarse muchas más, dan cuenta de la

<sup>11</sup> Miguel Cillero Bruñol: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” en Emilio García Méndez & MaryBeloff (comps.): *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Colombia: Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, pp. 72 ss.

<sup>12</sup> Diego Freedman: “Funciones normativas del interés superior del niño”, *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, Vol. 2 (2005), p. 116.

<sup>13</sup> Cf. Paul Smeyers: “Child Rearing in the “Risk” Society: On The DiscourseOf Rights and the “Best Interests Of A Child”, *Educational Theory* Vol. 60 Number 3 (2010), p. 277.

<sup>14</sup> Art. 5, Convención de los Derechos del Niño.

dificultad de establecer *a priori* el interés superior del niño y el margen de discrecionalidad que su determinación otorga al intérprete. El desarrollo teórico y normativo que hemos tratado hasta aquí limita el ámbito decisorial y brinda elementos para su control, discusión y evaluación, pero no puede –ni podría– suprimirlo. Será, pues, en la aplicación práctica en la que estas tensiones que aquí sucintamente describimos volverán a aparecer, muchas veces bajo nuevo ropaje y en contextos diferentes.

### III. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

Según hemos visto, el año 2012 ha sido un año sumamente importante, desde el punto de vista jurisprudencial, para el interés superior del niño. De la decena de casos que resuelve la Corte Interamericana en un año, dos han tenido como eje central ese principio. Otro tanto ha sucedido con la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, donde el principio ha aparecido bajo formas y funciones variadas. La multiplicidad de casos tratados por la Corte Suprema durante el período pasado y parte del actual no supone una sistematicidad en el tratamiento del mismo, sino que simplemente demuestra la relevancia que el uso del principio tiene en la actualidad. No cabe duda, según veremos, que es una herramienta que el Alto Tribunal utiliza con frecuencia. Sin embargo, ¿cuál es la función que el mismo cumple? ¿Hay un desarrollo jurídico coherente? Contestar estas preguntas nos obliga a repasar, con detalle, los pronunciamientos en los que el interés superior del niño ha sido un elemento importante para la decisión. El repaso, en muchos casos, deberá concentrarse en el detalle ya que la generalidad del principio se concreta en la aplicación a la controversia concreta y ésta se define, no por grandes doctrinas, sino por el modo en que se ejecute la consigna en la que todos, a nivel dogmático, coinciden. Este hecho obliga a una reconstrucción teórica, cuyas líneas distan de estar claras a simple vista pero cuyas pautas intentaremos descifrar en lo que sigue.

Los casos que trataremos involucran temas tradicionales donde el interés superior del niño aparece necesariamente como criterio deci-

sorio principal (v.gr.: problemas de tenencia, adopción) y otros donde su aplicación se encuentra en el marco de la aplicación de otros principios y derechos respecto al cual ese interés concurre, sea para reforzarlo o limitarlo (v. gr.: vacunación obligatoria, derecho a la vivienda, aborto). Asimismo, el tratamiento del principio muchas veces es explícito y la Corte Suprema lo asume como la piedra angular de su razonamiento, mientras que otras veces resulta soslayado (v.gr: aborto en caso de violación). Respecto de la fuerza del principio, hay situaciones en las que el interés superior se reconoce en consonancia con las normas que lo reglamentan legalmente (v.gr.: discusión sobre la condición de parte del menor en juicio<sup>15</sup>) mientras que en otros lo pone en duda y “obliga” a la creatividad judicial (v.gr: adopción post-mortem). Estas distinciones responden a niveles de análisis que no siempre coinciden en una categoría común, sino que se entrecruzan y hacen compleja la clasificación. Lo intentaremos, sin embargo, a efectos de tener un orden en la exposición y avanzar en nuestra interpretación general de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Visto desde la perspectiva que en este trabajo proponemos –que conecta la construcción institucional del propio tribunal con la utilización del principio del interés superior del niño– hay dos aspectos que nos interesa especialmente destacar. El primero de ellos está compuesto por la utilización del principio como parte de una política activa del Tribunal en la promoción de determinados derechos. Esta ha sido una de las características esenciales de la política jurisprudencial de la Corte Suprema y el interés superior del niño ha jugado un papel en ella. Los tres casos en los que ello se demuestra son los de la vacunación obligatoria, el del derecho a la vivienda y del aborto en caso de violación. El segundo aspecto que nos interesa destacar es el uso del principio como fuente del Derecho, en su relación con el resto de la normativa de orden legal. El caso paradigmático que ilustra esta

<sup>15</sup> Por ejemplo, “Recurso de hecho por la Defensora Oficial de MSM en la contienda que sus padres estaban teniendo por su tenencia”, CSJN, sentencia del 26 de junio de 2012. Al respecto, vid. Rodolfo G. Jáuregui: “La CSJN y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Noviembre 2012, pp. 271/291.

cuestión es el de la adopción post-mortem, en el que la Corte crea una nueva figura, no prevista en el ordenamiento, para resguardar lo que evalúa como el interés superior del niño. Estas cuestiones, si bien no son las únicas en las que la Corte Suprema utiliza el principio, nos permitirán ilustrar las diferentes variables que se hallan en juego en esta cuestión para luego conectarlas con la construcción del propio rol institucional que ensaya el tribunal.

### **III.a. El ISN en la protección de derechos sustantivos del menor**

#### **III.a.1. Derecho a la salud (vacunación obligatoria)**

El día 2 de septiembre de 2009 nacía V.U. en parto domiciliario. Días después, su madre lo lleva al hospital Materno-Infantil de Mar del Plata para verificar el peso del niño y accede a la internación por prescripción médica pero se niega a cumplir con el protocolo oficial de vacunación por cuestionar la medicina científica y la institucionalidad del sistema de salud. Idas y vueltas mediante, la cuestión llega a la Corte Suprema encuadrada en el reclamo de los progenitores de que se respete su derecho de autonomía personal (art. 19 CN), en tanto la vacunación obligatoria obstaculizaría el plan de vida que han trazado para su familia. El Alto Tribunal, en fallo unánime, sostiene que ese principio encuentra límites en el derecho a la salud de la comunidad y en el interés superior del niño y que, por lo tanto, hay que vacunarlo<sup>16</sup>. Estos dos argumentos se presentan como interdependientes y se refuerzan uno al otro. ¿Tiene el grupo familiar un derecho a la privacidad? Sí, afirma la Corte Suprema pero en la medida en que ello no suponga daños a terceros. Por otra parte, ¿puede esa privacidad ser decidida enteramente por los padres? Siempre y cuando no afecte el interés superior del niño, en este caso, por ejemplo, respecto a su salud. La clave de bóveda está entonces en la afirmación de que el incumplimiento de la vacunación obligatoria afecta la salud pública de la comunidad y del menor involucrado.

---

<sup>16</sup> “N.N. o U., V.s./protección y guarda de personas”, sentencia del 12 de junio de 2012 (en adelante, U.V.).

La Corte comienza recordándonos la importancia del principio de autonomía consagrado en el artículo 19 de la CN, como ámbito de protección de las decisiones fundamentales de la persona. Expresa en ese sentido que ese derecho a la privacidad “se extiende a situaciones en que alcanza a dos ó más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo” (art. 11.2 de la Convención Americana de DDHH). O sea, hay un principio de autodeterminación que excede a la persona individual y se extiende a la familia que ella, en conjunto con otras personas, ha formado. Sin embargo, esa autonomía tiene los límites que prescribe el artículo 19 y, en el caso de la decisión de no vacunación de su hijo, se afectaría el derecho a la salud de terceros al poner “en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete(r) la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del artículo 19 antes referido”<sup>17</sup>.

Al separar este argumento del que luego va a hacer respecto de los intereses del niño específicamente involucrado, la Corte extiende el alcance de lo que va a decir. En efecto, esto vale para el menor UV pero también valdría –eventualmente– para un adulto que se encontrara en una situación semejante. En su razonamiento hay una cierta petición de principio, ya que supone que el daño a la salud se produciría porque la norma legal dispone la obligatoriedad de la vacunación, cuando justamente es esto lo que se pone en discusión. Ello es, los actores no ponen aquí en cuestión la obligatoriedad general de vacunación, sino que más bien le piden a la autoridad la posibilidad de una suerte de objeción de conciencia, tal como fue reconocida en el caso Portillo. Frente a ello, sostiene el Tribunal al final del considerando 22 que “la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores”. Es necesario, parece entender, un principio de tolerancia cero ya que si no, cabría el riesgo de que nadie se vacunara y la salud pública se vería afectada.

<sup>17</sup> U.V., cons. 11.

Mientras este primer argumento tiene como fundamento la privacidad del art. 19, expandida a un ámbito familiar, aquí esa privacidad se pone a prueba. En efecto, lo que dice la Corte Suprema es que el Estado tiene la obligación, en defensa del interés superior del niño (consagrado en los tratados internacionales incorporados a nuestra constitución), de intervenir en ese ámbito. Ya no está en juego, como en el primero, la línea divisoria autonomía individual-bien colectivo, sino la de autonomía de los padres vs el bien del menor. El argumento central a este respecto lo expresa la Corte Suprema en el considerando 22:

Que, en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar el menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone el riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades.

Para llegar a esta conclusión, la Corte hace un recorrido en el que enuncia este principio y destaca la tensión entre la definición de este interés por parte de la familia y la intervención estatal. Por ejemplo, en el considerando 19 cita textualmente el inciso a) del art. 14 de la ley 26061 (reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño). Allí se afirma que “los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad”, para luego concluir con la cita de la parte final de ese artículo: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación

de la salud”. Lo que hace la Corte Suprema, al fin de cuentas, es referir el interés superior del niño a la definición que el Estado hizo de la misma al determinar las normas de vacunación obligatoria. Hay aquí una asimilación entre la voluntad normativa y el interés superior del menor, que la Corte Suprema contraponen al interés de los padres<sup>18</sup>. La cuestión sin resolver, empero, es la de si la decisión de no vacunarlos puede ser caratulada como interés de los padres o estos la formulan en interés del menor, de acuerdo a las creencias que profesan. El enfrentamiento, que hábilmente la Corte disfraza, no es tanto entre los padres y el niño, sino entre ellos y el Estado –en cuanto legislador y juez–, respecto a quién tiene la capacidad para decidir sobre su bienestar.

### III.a.2. Derecho a la vivienda (Quisberth Castro)

La causa trata sobre la situación de Sonia Quisberth Castro y su hijo, de 6 años, discapacitado. Quisberth Castro obtuvo un subsidio transitorio para las personas en “situación de calle”, otorgado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Vencido el plazo máximo de vigencia de la ayuda –según la normativa que la creó–, accionó por su propio derecho y en representación de su hijo contra el Gobierno, defendido por la Defensoría General de la Ciudad. En primera y segunda instancia accedieron a su pedido y le prorrogaron, por medio de una medida cautelar, la ayuda otorgada. El GCABA apeló al Tribunal

<sup>18</sup> Que dentro de dicho marco, esta Corte Suprema ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto –que en el caso se vería reflejado por la voluntad de los padres expresada en el sentido de que no se le proporcionen al menor las vacunas que forman parte del plan nacional de vacunación por su elección de preferencia por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico–, se prioriza el del niño (Fallos: 328:2870 y 331:2047).

Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y éste, remitiendo la doctrina de la causa *Alba Quintana vs GCABA*<sup>19</sup>, revocó la sentencia de Cámara<sup>20</sup>. El Tribunal porteño no analiza las particularidades del caso planteado –donde estaba en juego el derecho de un niño discapacitado– sino que se remite al precedente jurisprudencial donde, dos meses antes, había fijado posición sobre el programa de asistencia a las personas en situación de calle y su relación con el derecho a la vivienda. Sus líneas argumentales principales habían sido:

- i. El contenido mínimo, básico e indisponible del derecho social a la vivienda reconocido constitucionalmente está dado por el abrigo que se otorgue a quienes no tengan un lugar donde vivir;
- ii. El mencionado derecho social tiene un carácter progresivo cuyo alcance debe ser definido de modo gradual y general mediante leyes y reglamentos, siguiendo las prioridades fijadas constitucionalmente; corresponde a los poderes políticos definir y decidir respecto de las políticas públicas en materia de vivienda y no corresponde que los jueces creen soluciones o remedios judiciales más allá de las soluciones normativas previstas de modo general;
- iii. Los subsidios temporales creados por vía reglamentaria, aunque sean insuficientes para atender de modo permanente la necesidad de vivienda, no son de por sí inconstitucionales en la medida en que en su asignación se respetan razonablemente las prioridades establecidas por el constituyente;
- iv. La limitación de recursos presupuestarios que tiene el Estado para atender las diversas necesidades sociales justifica estos criterios de análisis y valoración de las políticas públicas en materia de derechos sociales<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> STJ CABA: “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 12 de mayo de 2010, Expte. n° 6754/09.

<sup>20</sup> STJ CABA: “Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 12 de julio de 2010, Expte. n° 6769/09.

<sup>21</sup> Alfonso Santiago (h) e Isabel Zorraquín: “La tutela del derecho a la vivien-

El fallo del STJ había efectuado esa remisión en el entendimiento de que era el Tribunal inferior el que determinaría las condiciones fácticas para la aplicación de la doctrina. Por ese motivo –además de tratarse de una medida cautelar– el STJ de la Ciudad le había negado a la Defensoría la procedencia del Recurso Extraordinario, aspecto en el que coincidió con el dictamen de la Procuración General<sup>22</sup>. En este sentido, el interés de la Corte Suprema en entender en este caso despertó una gran expectativa, pues era la primera vez que el Alto Tribunal se pronunciaría sobre el derecho a la vivienda. Antes de hacerlo, celebró una audiencia pública informativa –15 de septiembre de 2011–, mecanismo reservado para casos que la Corte considera de gran relevancia pública<sup>23</sup>. Durante esa Audiencia, además de escucharse a la Defensoría General de la CABA, a su Procurador General y a la Ministra de Acción Social, tuvo relevancia especial la participación del Defensor Oficial ante la Corte, en representación del niño discapacitado<sup>24</sup>. El enfoque que la Corte Suprema refleja en su sen-

---

da de las personas en situaciones de extrema vulnerabilidad y el control de razonabilidad de las políticas públicas habitacionales de la CABA”, *El Derecho* Tomo 248 (2012), pp. 648.

<sup>22</sup> “Q. C., Sonia Yolanda c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti, de fecha 26 de mayo de 2011.

<sup>23</sup> El mecanismo fue instaurado mediante Acordada 30/2007 y, desde ese momento, se han realizado 2 ó 3 Audiencias Públicas por año.

<sup>24</sup> El Defensor Oficial ante la Corte Suprema habló en representación del hijo de Quisberth Castro, Jordi o Jorge, de 6 años. El niño padece de una encefalopatía crónica, tiene un grave retraso cognitivo y defectos auditivos y visuales. Se halla sujeto a un proceso de rehabilitación constante, que incluye la provisión de medicación. Su alocución se concentró en describir la situación actual de la vivienda (3m x 3m, sin ventanas, en un primer piso por escalera, con un altillo al que el niño no puede acceder) y sostuvo que ésta es inadecuada para su situación. Jorge, afirmó, se halla en una situación de triple vulnerabilidad por su condición de niño, discapacitado y pobre y por ello, lo primero y principal es que la solución habitacional que se le provea debe ser permanente. Antes esta descripción, los ministros de la Corte trataron de conectar esta grave situación con los problemas más generales de vivienda que puedan tener otros habitantes de la ciudad, en el entendimiento de que los requisitos particulares de Jorge no son trasladables a todos los casos.

tencia presenta el caso en una perspectiva diferente a como este había sido resuelto por el TSJ de la CABA: para el tribunal federal no es un caso típico de derecho a la vivienda sino que está condicionado por la especial situación de vulnerabilidad de la madre y del menor. Por esa razón, admitirá el recurso extraordinario<sup>25</sup> y ordenará al Gobierno de la Ciudad que

“Garantice a la actora, aún en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.”

La Corte Suprema elude las esperadas definiciones sobre las políticas de vivienda y los derechos sociales para concentrarse en las circunstancias especiales de este caso. El Tribunal elige un camino de no confrontación y prefiere no atarse las manos con una definición o interpretación del derecho a la vivienda. La CS hace así una serie de 3 consideraciones sobre los derechos sociales que creo que podrían ser suscriptas in totum por el STJ CABA: a) que las normas que consagran derechos sociales son operativas; b) que su operatividad es derivada, y c) que el Poder Judicial puede evaluar la razonabilidad del cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado. ¿Cuál es la dificultad de llevar esto a la práctica? Ella aparece cuando tenemos que definir cuál es el contenido del derecho a la vivienda consagrado en el ordenamiento. El STJ CABA hace un recorrido argumentativo y toma distintas fuentes interpretativas –principalmente, la OG 3 del PIDESC– para llegar a la definición de que el “refugio” configura un piso de ese derecho. La CS coincide en que hay una garantía mínima que se afecta cuando hay “una amenaza grave para la existencia misma de la persona”. En este caso, dice, se dan estos requisitos “ya que

<sup>25</sup> Dirá, en este sentido, que “el alcance que el a quo otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara...” por lo que el gravamen, a pesar de tratarse de una medida cautelar, es irreparable.

es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”<sup>26</sup>. Es decir que mientras en una sentencia hay una objetivación de ese contenido mínimo –el refugio– en el fallo de la Corte hay simplemente un parámetro flexible: la amenaza para la existencia misma de la persona. O sea que, en el fondo, la CS no necesariamente revierte, en general, la doctrina de Alba Quintana sino que lo hace para esta situación especial de una mujer en situación de calle con un hijo discapacitado.

No es nuestro objetivo discutir aquí la doctrina que surge de la sentencia de la Corte Suprema respecto al derecho a la vivienda, sino poner de resalto la enorme influencia que la situación del menor tiene en la resolución del caso. Por ejemplo, al analizar las políticas del Gobierno dice que las dos opciones previstas para el caso QC no son aceptables desde el punto de vista constitucional: la entrega del subsidio no lo es porque “dicha asistencia no solo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal”<sup>27</sup>, pero tampoco lo es el sistema de paradores, porque no tiene las condiciones edilicias mínimas para las necesidades del hijo de QC. La referencia directa al interés superior del niño –más allá de las largas referencias a los derechos de los menores y discapacitados al enunciar el marco normativo– se hace presente al tornar exigibles para el Estado la puesta en marcha de políticas públicas que den cuenta de la situación y ante las cuales no se pueden aducir excusas como la limitación presupuestaria:

“Que, como ya ha quedado expresamente de manifiesto, el caso en examen no solo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del in-

<sup>26</sup> Q. C., cons. 12, voto de mayoría.

<sup>27</sup> Q. C., cons. 13, voto de mayoría.

terés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”<sup>28</sup>.

Más allá de las consideraciones estratégicas por las cuales la Corte Suprema podría haber elegido, en primer lugar, tratar este caso y, en segundo lugar, hacerlo de modo acotado, es notable la forma en la que el interés superior del niño informa su proceder. En efecto, sin hacer un gran desarrollo doctrinario –más bien se limita a una larga enumeración de normas aplicables–, este principio le sirve al Tribunal para darle carácter de caso excepcional por estar involucrado un menor discapacitado, en situación de extrema vulnerabilidad. Ante esta situación extrema, los razonamientos generales sobre la exigibilidad de los derechos sociales y su relación con las políticas públicas desarrolladas por los gobiernos ceden. En síntesis, esta es una sentencia que despertó grandes esperanzas respecto de los derechos sociales y terminó siendo un espaldarazo para los derechos de los niños.

### **III.a.3. Autonomía individual vs Derecho a la vida (F.A.L.)**

Probablemente, el caso más resonante que la Corte Suprema haya tratado durante el año pasado haya sido “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” del 13 de marzo de 2012, en el cual realizó una interpretación amplia del art. 86 inc. 2 del Código Penal respecto de los abortos no punibles y exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a dictar una serie de medidas y protocolos tendientes a implementar dicha visión. Más aún que en el caso anterior de acceso a la vivienda, aquí el modo en que la Corte Suprema entiende en esta causa va a explicar su tratamiento del interés superior del niño –aquí, en realidad, su omisión. A.F., en representación de A.G. –su hija de 15 años– solicitó a la justicia de Chubut autorización para realizar un aborto, presuntamente producto de la violación de la niña por parte de O.C., su padrastro.

---

<sup>28</sup> Q. C., cons. 15, voto de mayoría.

Luego de un paso por la justicia penal, la causa recayó en el fuero de familia, donde en primera y segunda instancia se rechazó el pedido. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia revocó esas decisiones y autorizó la intervención. Esta sentencia fue recurrida en instancia extraordinaria por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en representación del *nasciturus*, y fue concedido, a pesar de que la práctica médica, en ese momento, ya había sido realizada. Sus argumentos referían a la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer fundada en el texto mismo de la Constitución Nacional y varios de los tratados internacionales a ella incorporados, con particular énfasis en las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>29</sup>.

El argumento para conceder el recurso fue la “gravedad institucional que presentaba el caso”<sup>30</sup> y allí comienzan las paradojas, porque a partir de la concesión, la controversia entre derechos constitucionales –autonomía de la solicitante para decidir la intervención y derecho a la vida de la persona por nacer– cede lugar a un ejercicio de interpretación jurídica, con carácter general, a cargo del Alto Tribunal. Para ello, la Corte Suprema se titula como “garante supremo de los derechos humanos” que debe resolver este caso por su posibilidad de repetición<sup>31</sup>. Evitar esta repetición pasa, en el criterio del Tribunal, por la correcta interpretación del art. 86 inc. 2 del Código Penal, que debe realizarse “a través de un análisis global

<sup>29</sup> Enumera el considerando 3 del caso F.A.L. al hacer el resumen de los antecedentes: “... Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6º: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

<sup>30</sup> Puede consultarse una detallada crítica respecto de la concesión del recurso en Alberto F. Garay: “Aborto, recurso extraordinario y alcance de una decisión”, *Jurisprudencia Argentina– Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 2012–II, pp. 62 y sigs.

<sup>31</sup> F.A.L., cons. 5.

del plexo normativo fundamental involucrado”<sup>32</sup>, expresión que le permitiría justificar su incursión en el territorio vedado del derecho común<sup>33</sup>. El voto de la mayoría se estructura así como un ejercicio de interpretación normativa, que comienza por rebatir los argumentos constitucionales invocados en el recurso para fundar una interpretación restringida del precepto, para seguir luego con las razones que sostienen la necesidad de una lectura amplia –por lo benévola– de la norma penal. El conflicto entre los derechos se transforma: el del niño por nacer desaparece y los de la solicitante del aborto son opuestos al poder punitivo del Estado –titular de la acción penal– bajo la forma del principio “*pro homine*”, o sea, la que más derechos garantice frente al poder estatal<sup>34</sup>.

De este modo, el niño por nacer, que había sido el origen jurídico de la intervención de la Corte Suprema, desaparece por completo de la consideración jurídica. La sentencia no lo dice expresamente, pero cabría interpretar que sus derechos no resultan protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño en la medida en que las interpretaciones que de su texto se han hecho por los organismos oficiales no serían terminantes y la reserva hecha por la Argentina no sería tal:

... el artículo 2 de la ley 23849, en cuanto estipula que el artículo 1ro. de la Convención debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de

<sup>32</sup> F.A.L., cons. 8.

<sup>33</sup> Ampliar esta crítica en Valentín Thury Cornejo: “Atajos constitucionales, o la paradoja de saltarse vallas para derribarlas”, *Jurisprudencia Argentina- Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 2012-II, pp. 89 y sigs.

<sup>34</sup> F.A.L., cons. 17.

la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa<sup>35</sup>.

Hay muchos argumentos en la sentencia y pueden existir distintas visiones sobre su corrección y pertinencia, pero resulta claro que la Corte Suprema, en su voto de mayoría, no quiere plantear la cuestión del aborto no punible como una situación en la que dos derechos entran en conflicto. Al evitarlo, incumple justamente el principio que aquí estamos estudiando, que en su formulación normativa obliga “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas” a darle “una consideración primordial” al interés superior del niño<sup>36</sup>. Como sabemos, ello no determina la solución a la que se llegará pero obliga a los jueces a tratar los temas y evaluar las consecuencias que ellos tendrán sobre los menores, obligación que aquí resulta soslayada por la peculiar estructura argumentativa que asume la sentencia. Solamente Argibay reconoce explícitamente que se está ante un “severo conflicto de intereses” entre el derecho a la vida de la persona por nacer y la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima<sup>37</sup>, conflicto que ella entiende razonablemente ponderado por la norma penal en su interpretación amplia.

### **III.b. El ISN y el orden jurídico establecido**

En los tres casos que acabamos de revisar, la Corte Suprema actúa como un verdadero tribunal constitucional, ello es, interpretando la Norma Fundamental para evaluar los conflictos de derechos planteados y determinar su respectivo alcance. En ese sentido, su determinación se separa de lo anteriormente decidido por las instancias inferiores y las sentencias se presentan como una respuesta a la pregunta: ¿tienen estos niños derecho a la salud, la vivienda, la vida o la auto-

<sup>35</sup> F.A.L., cons. 13 in fine.

<sup>36</sup> Art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>37</sup> F.A.L., voto de Argibay, cons. 13.

mía personal? Para responderla, la Corte Suprema utiliza el principio del interés superior del niño (o no lo hace, cuando debería). En uno u otro caso, este está relacionado con un derecho concreto y su introducción (o falta de ella) asume la función de criterio interpretativo. La sentencia a la que ahora nos vamos a referir, en cambio, nos propone a una Corte cuyo interés principal va a ser la revisión de lo actuado por las instancias inferiores, para decidir un caso concreto. El foco, aquí, va a estar dirigido al modo en que los tribunales deberían haber decidido las causas y no tanto a sentar una doctrina sustantiva sobre la interpretación del ordenamiento material. En este sentido, la sentencia asume una posición asimilable a la de la Corte Interamericana en el caso Fornerón, donde aquella discutió la aplicación del principio del interés superior del niño por los tribunales de la Provincia de Entre Ríos. Esta relación es doblemente interesante, porque nuestro Alto Tribunal cita expresamente esa sentencia como motivadora de su decisión, generando un diálogo jurisprudencial que, adelantamos, se presenta como complejo.

### **III.b.i. La adopción post-mortem de A. en la provincia de Entre Ríos**

María Inés Martínez del Sel vivió una vida signada por las tragedias. Viuda joven por un accidente en parapente de su marido, uno de los herederos de la farmacéutica Roemmers, años después tiene un accidente en avión cruzando el Río de la Plata del que se salva milagrosamente para seis meses después morir en un accidente de tránsito, volviendo de Mundo Marino por la ruta 11. Corría el año 2006 y apenas unos días antes del accidente fatal, había aceptado la guarda preadoptiva de A. a quien había tenido consigo desde fines del 2003. Muerta María Inés, ¿qué pasará con A.? Esta es la pregunta que se hace la Defensora de Menores de Gualeguaychú –donde tramitaba la guardia– y decide asumir la representación promiscua de A. y solicitar la adopción plena, post-mortem, en cabeza de la fallecida. La jueza de primera instancia le dice que sí, se la otorgan y comienzan la sucesión. Los padres de María Inés no están de acuerdo y accionan judicialmente, afirmando que todo lo actuado es nulo. La Cámara le da la razón

a la 1ra instancia, el Tribunal Supremo de Justicia de Entre Ríos a los padres<sup>38</sup> y la Corte, finalmente, bendice la primera solución<sup>39</sup>. Todos aducen actuar teniendo en miras “el interés superior del Niño”, tal como lo prescribe la Convención de los Derechos del Niño, lo cual plantea un interesante conflicto de visiones sobre la función judicial y el modo de aplicar ese principio.

El Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos enuncia de modo muy preciso cuáles son los límites jurídicos que la adopción post-mortem dispuesta tuvo que derribar para constituirse como tal. Sintéticamente expuestos:

1. El juicio de adopción no se había iniciado y al morir MIMdS la guarda preadoptiva se extingue, no estando dadas las condiciones previstas por el Código Civil para que la adopción se produzca.
2. La Defensora de Menores no tiene legitimación activa para pedir la adopción. Según el art. 311 el proceso de adopción se inicia “a instancias del adoptante” y, ésta, en este caso estaba muerta por lo cual no podía expresar su voluntad en ese sentido. Esa expresión, dice el TSJ con cita de profusa doctrina civil, es fundamental a los efectos de la adopción.
3. El proceso de guardia preadoptiva y el de adopción están relacionados pero el primero no supone al segundo, ni lo define. Esa es la razón por la cual la normativa incluyó a los dos como pasos necesarios para la adopción. Ergo, el hecho de que se hubiera definido la guardia preadoptiva no significa una expresión de voluntad válida respecto del segundo proceso.
4. La adopción tiene, en el derecho argentino, unos fines legales que no deben ser desconocidos. Estos se refieren “a un compromiso legal y moral de contención, cuidado y formación del menor con las correlativas responsabilidades que el ejercicio de la patria potestad implica” y que, ante la muerte de MIMdS eran de imposible cumplimiento.

<sup>38</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala II en lo Civil y Comercial: “M. DEL S., R. y otra”, 31 de agosto de 2010.

<sup>39</sup> CSJN, “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, 26 de septiembre de 2012.

5. Por esas razones, el acto de adopción dispuesto por el Juzgado se agotaba en el mismo momento de su constitución, no brindando una solución real para la situación del menor A.
6. En las propias palabras del Tribunal Superior entrerriano:

“Resulta manifiestamente paradójal, incongruente y contrario a la finalidad del instituto, la solución dada al caso en cuanto, en la lógica y estructura sentencial, el acto constitutivo de la filiación —sentencia judicial que otorga la adopción a instancia del Ministerio Público— implica simultáneamente la puesta del menor en situación de desamparo y en estado de adoptabilidad en tanto el régimen legal regulatorio de la adopción específicamente prevé como respuesta idónea para el supuesto de su extinción —en el caso, por orfandad, por muerte de la única adoptante— la adopción sucesiva o sea, el otorgamiento de una segunda adopción (art. 312, 1er. párr. in fine, del Código Civil) no siguiendo en lo puntual los lineamientos del Código Civil para el caso de la filiación biológica que prevé y regula el instituto de la tutela —legal, dativa o testamentaria— (arts. 377, 383, 389, 392 y cc).”

En pocas palabras, el TSJ de Entre Ríos dice que la justicia provincial de grado ha intentado dibujar un círculo cuadrado y no se comprende muy bien cómo ello puede beneficiar la situación del menor A. En concreto, afirma que la adopción dispuesta no puede cumplir con los fines previstos en la legislación argentina respecto de ella. Ergo, el “interés superior del niño” debe evaluarse de acuerdo con el ordenamiento en el que el mismo se desarrolla y en el marco de sus límites institucionales, ya que son ellos los que le dan contenido. Nos hemos extendido en esta reseña, porque entendemos que en la resolución de este caso es más importante una determinada sensibilidad respecto de las funciones del juez que una discusión jurídica sobre las normas en juego. Dicho en otras palabras: ¿el juez debe ser creativo y trascender las normas concretas en su búsqueda del interés superior del niño? O, por el contrario, ¿debe atenerse a ellas y considerarlas como apreciaciones generales de ese interés superior? En la primera versión, el juez

no tiene casi límites a su creatividad, en la segunda, sí. Este enfoque se va a entender mejor cuando analicemos las vallas que debe saltar la Corte Suprema para entender en este caso.

### **III.b.ii. Dificultades para la Corte Suprema**

Este caso llega a la Corte Suprema de un modo sumamente irregular, y la Procuración General<sup>40</sup> (y el tribunal al adherir a su dictamen) van a utilizar el interés superior del niño como eximentes de una serie de requisitos formales y sustanciales que impedirían la vía extraordinaria. Por ejemplo, la queja fue presentada fuera de plazo pero Lorenzetti, Highton, Maqueda y Fayt<sup>41</sup> consideran que “dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa”<sup>42</sup>. A esta excepción, de por sí notable y extraordinaria, se le suma una interpretación muy flexible de la jurisdicción de la Corte Suprema respecto de las cuestiones de derecho público local y de derecho común. Estas materias, como sabemos, son tradicionalmente ajenas a la instancia extraordinaria pero el Tribunal encontrará aquí razones para decidir la causa, razones que se suman a la interpretación sustantiva del Código Civil en el sentido de la posibilidad de la adopción post-mortem.

Una de las principales controversias que se habían producido en esta causa se refería a la legitimidad del Ministerio Público entrerriano para solicitar la adopción, ya que la acción de adopción sería de ejercicio exclusivo y excluyente del pretenso adoptante<sup>43</sup>. Se mezclan aquí las normas de fondo –Código Civil– y las normas locales que reglamentan la figura y competencias del Ministerio Público, lo cual haría que tanto por ser materia de derecho común y de derecho pú-

<sup>40</sup> Dictamen del 24 de abril de 2012.

<sup>41</sup> Son los únicos firmantes de la sentencia, ya que Argibay, Petracchi y Zaffaroni no participan de la misma.

<sup>42</sup> “M. d. S., R.”, considerando 15.

<sup>43</sup> Conforme art. 311 Cód. Civil.

blico local, su conocimiento le estaría vedado a la Corte Suprema. En contra de esta intuición, la Procuración General entiende aplicable la doctrina del Tribunal respecto a las funciones del Ministerio Público Federal, basada en la similitud de la norma provincial que rige su competencia y la nacional. En concreto, afirmará que “el tribunal local se ha apartado inmotivadamente de la doctrina de esa Corte” al negarle la atribución que tiene “de entablar cuantas acciones hagan a la defensa de los intereses de los menores de edad”. El derecho público federal se impone así sobre el local, en una extensión de la doctrina de la Corte Suprema y de la obligatoriedad de los tribunales provinciales de seguirla.

Esto se relaciona, a su vez, con la sustancia de la decisión a tomar. Estamos, claramente, ante una cuestión de derecho común, la interpretación de las normas del Código Civil referentes a la adopción. De hecho, el interés superior del niño ha sido incorporado como uno de los criterios que debe seguir el juez en sus decisiones<sup>44</sup>. O sea, que ese principio se encuentra incorporado ya a la legislación común e informa el ordenamiento todo. Sin embargo, la Procuración General –a quien la Corte sigue en su fallo– entiende que “el tribunal superior de la causa ha incurrido en una apreciación rigurosamente literal de los textos legales aplicables, en desmedro del mejor interés del niño consagrado en los arts. 3.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), y con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional. Dicha circunstancia configura, a mi ver, justificación bastante para autorizar la apertura de esta instancia excepcional”. En síntesis, nos encontraríamos aquí ante un “super-principio” que habilita a crear formas jurídicas no previstas por la normativa (adopción post-mortem), a agrandar la jurisdicción extraordinaria de la Corte y a eximir a los recurrentes de requisitos –que pasan a considerarse de excesiva rigidez- como los plazos procesales.

### III.b.iii. Una apuesta por la creatividad judicial

El fallo de la CS se compone de tres partes: un relato de los hechos que complementa al efectuado en el dictamen de la Procuración General, su adhesión a lo sugerido por aquél y una serie de consideraciones adicionales. Estas abordan dos aspectos destacables. El primero de ellos refiere a la entonces muy reciente sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Fornerón”<sup>45</sup>. Esta es citada en los considerandos 9 y 10 del fallo, para destacar los principios generales del “interés superior del niño”, ello es, la necesidad de que sea un criterio determinante en la decisión a tomar, que el mismo se basa en la dignidad misma del ser humano y que su determinación debe hacerse de acuerdo a las circunstancias concretas del caso. Asimismo, menciona el derecho a la identidad del niño que la Corte Interamericana desarrolló allí. La referencia de la Corte Suprema al caso Fornerón plantea la cuestión acerca del seguimiento de la Corte Suprema a los dictados de ese tribunal, máxime a la luz de la reciente doctrina del control de convencionalidad<sup>46</sup>. En este sentido, su mención resulta doblemente paradójica. En un primer sentido, podríamos decir que más notorio, la lectura que hace la Corte Suprema se mantiene en los puntos generales que acabamos de resumir pero no recoge ninguno de los criterios concretos mediante los cuales ese Tribunal evaluó la actuación judicial en aquel caso. Baste recordar aquí su determinación de que el interés superior del niño resulta protegido por la “observancia de las disposiciones legales” y que no puede invocarse ese interés “para legitimar la inobservancia de requisitos legales”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: “*Caso Forneron e Hija vs. Argentina*”, sentencia de 27 de Abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>46</sup> Cf. CIADH: “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 154.

<sup>47</sup> “Este Tribunal considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales,

La Corte Interamericana encuentra en las normas legales y procedimentales una aplicación concreta de ese principio y cree necesario limitar el poder de los jueces de interpretarlos en forma demasiado flexible, tal como había resultado en aquel caso. En este sentido también, la referencia de la Corte Suprema es paradójica, porque recordamos que se trataba allí de un proceso de adopción, en la misma provincia de Entre Ríos, donde el señor Fornerón se había visto despojando de la relación con su hija por la decisión de la madre biológica de darla en adopción<sup>48</sup>. La CIADH había decretado el pésimo funcionamiento de la justicia entrerriana y había ordenado que Fornerón pueda reestablecer relaciones y ver a su hija. Sin embargo, a poco que ahondemos, podrían hacernos estas otras preguntas: ¿resulta razonable delegar tantos poderes discrecionales en una justicia que ha producido un caso como Fornerón? Las funciones creativas que el modo en que la PG y la Corte proponen que se interprete el interés superior del niño supone una alta confiabilidad en la actuación judicial. En cambio, la postura del TSJ de apegarse a las normas, supone un control más estricto de su actuación. Si estamos atentos a lo que significó el caso citado, ¿es correcta (más allá de las consideraciones jurídicas) la postura de la Corte Suprema como política judicial?

El segundo aspecto destacable de la argumentación de la Corte Suprema hace referencia a su entendimiento y descripción del principio de interés superior del niño. Repite primero su fórmula tradicional: “frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”, regla que se comprende en el caso de intereses contrapuestos. No parece ser esa la situación, ya que aquí no estamos ante la discusión de

la demora o errores en los procedimientos judiciales.” (Fornerón, par. 105)

<sup>48</sup> Se podría avanzar más en el paralelismo entre los dos casos. Por ejemplo, la tenencia inicial de A. había sido otorgada a MIMdS por una escritura pública, un par de años antes de que se iniciara el proceso judicial de guardia pre-adoptiva. En este caso, al padre de la madre biológica -que era entonces menor- le negaron participación en ese proceso (a pesar de que su consentimiento era requerido, se lo había declarado ausente luego de citarlo por edictos). Ello quiere decir que las irregularidades procedimentales se adivinan en este caso, como también la sombra de la compra-venta de niños se proyecta sobre ambos.

una vocación hereditaria –aunque, obviamente, esté involucrada, no es el objeto del proceso–, sino que se está evaluando la legitimidad de la adopción dispuesta por la justicia de grado. Reducir esa cuestión compleja a un conflicto entre intereses distintos parece, al menos, fuera de contexto. Continúa la Corte y afirma:

Asimismo, se ha señalado que al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 328:2870 y 331:147).

No resulta claro cuál sería la situación de estabilidad que habría que preservar, dada la muerte de MIMdS. La muerte es un hecho irreversible. Si tenemos que extrañar al que se va, no nos queda otro remedio que hacerlo. ¿En qué morigera esa situación la adopción post-mortem? ¿No era posible, acaso, darle la tutela a la hermana –como de hecho se hizo– sin que se declarara la adopción? El marco interpretativo que utiliza la CS parece estar centrado en unos hechos distintos de los de esta causa. Dice, por ejemplo, en el considerando 12 que la aplicación literal y dogmática del TSJ produjo como consecuencia “la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como “mi hijo” en uno de sus testamentos ológrafos”. Esa desvinculación la produjo la muerte de María Inés, no la interpretación dogmática de un tribunal. ¿Es que acaso la adopción plena remedia, por sí misma, algunas de las cuestiones que enuncia aquí la Corte Suprema? Se habla del interés del menor y, paradójicamente, se termina citando el interés del adoptante que expresó su voluntad en el testamento. ¿Qué relevancia tiene ese hecho respecto del interés actual de A y de su futuro, una vez muerta MIMdS?

La sentencia no nos brinda respuestas a estas preguntas, solamente nos deja unos principios que invitan a la creatividad judicial y van en sentido contrario a los dictados de Fornerón. Dice, por ejemplo:

Que, en tal sentido, se ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)<sup>49</sup>.

Que por último, en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047)<sup>50</sup>.

### III.b.iv. Conclusión

Un caso verdaderamente difícil, con una posible discusión muy interesante sobre los fines de la adopción y su régimen, que esta sentencia evita. En su lugar, se queda con una coartada retórica (el interés superior del niño) que le permite pontificar y eludir los términos reales de la disputa. Al hacerlo, debe saltar varias vallas “insalvables”: la del derecho involucrado es una, la de los requisitos procedimentales de su intervención es otra. A ella se le suma, de un modo más sutil, la de su fidelidad a los dictados de la Corte Interamericana. La Corte Suprema salta estos obstáculos, optando por la versión del interés superior del niño que más poder les otorga a los jueces, opción que, en el marco de

<sup>49</sup> “M. d. S., R.”, considerando 16.

<sup>50</sup> “M. d. S., R.”, considerando 17.

los problemas derivados de la compra-venta de niños, aparece como una opción cuanto menos peligrosa. Su relación con la norma escrita aparece así en conflicto: ¿hasta dónde hay interpretación flexible? ¿Cuándo comienza a tergiversarse un sistema? Más aún, ¿cuáles son las consecuencias a mediano plazo de esta creatividad judicial? La potencia retórica del “interés superior del niño” juega a favor de la Corte<sup>51</sup>, que erigiéndose en su máximo intérprete y otorgándole al principio poderes que trascienden el ordenamiento establecido, elude todos y cada uno de los condicionamientos que se oponen a su libre interpretación.

#### IV. Interés Superior del Niño y construcción institucional

El recorrido que hemos hecho para revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interés superior del niño nos habla, por sí solo, de la relevancia que el mismo tiene en las sentencias del Tribunal. Desde una mera visión cuantitativa, podríamos afirmar el desarrollo que el mismo ha tenido y la importancia que el Tribunal ha dado a la protección de los derechos del menor. Sin embargo, al realizar un análisis más detenido de los casos en que el mismo ha sido aplicado, luces y sombras comienzan a aparecer pues la aplicación que ha hecho la Corte Suprema dista de responder a un único parámetro. Ello puede explicarse por distintas razones, por ejemplo, la compleja organización interna del tribunal, que puede dar la sensación de que muchas voces hablan a través suyo<sup>52</sup>. Las dife-

<sup>51</sup> En términos retóricos, podríamos afirmar que la Corte Suprema hace jugar al principio como un “God-term”, o sea, una palabra que tiene un significado impreciso pero una potencia retórica que legitima las decisiones tomadas en su nombre (cf. Kenneth Burke: *A grammar of motives*, New York: Prentice Hall, 1952, p. 355).

<sup>52</sup> Cf. Héctor E. Sabelli: “Cómo trabaja la Corte”, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento (I), 2007, pp. 3-12; Leticia Barrera: *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012, especialmente capítulo 4, y Leticia Barrera: “La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema ar-

rencias podrían rastrearse, por lo tanto, en el particular trámite que cada expediente siguió<sup>53</sup>. La teoría que guía este trabajo, sin embargo, sostiene que debajo de esas diferencias aflora una lógica institucional que puede explicar las principales notas que caracterizan esta jurisprudencia. La Corte –aunque no exclusivamente– habla a través de sus sentencias. Quizás no lo hace siempre de modo explícito, pero a través de los casos que decide abordar, del modo en que lo hace y cómo argumenta sus decisiones se pueden rastrear las huellas de un determinado modelo judicial. Este se encuentra en germen en la norma constitucional, que instituye la Corte Suprema, define su lugar en el esquema de poderes y dota de garantías a sus miembros. Pero a partir de ese diseño básico va a ser el propio tribunal el que va a proseguir su tarea de institucionalización, eligiendo una identidad, dándose normas de procedimiento, adhiriendo a valores específicos, relacionándose con otros actores. Si entendemos por institución las reglas del juego en una sociedad o una organización, o sea, “las restricciones u obligaciones creados por los seres humanos que le dan forma a la interacción humana”<sup>54</sup>, la institucionalización va a ser el proceso de creación de esas normas<sup>55</sup> y en el caso de la Corte Suprema, va a depender de su propia actuación.

Sostiene McGuire en su estudio sobre la Corte Suprema de EE.UU. que tres son los principales indicadores para medir el grado de ins-

gentina”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10 Nro. 1 (2009), pp. 221-240.

<sup>53</sup> ¿Fue un proyecto de Secretaría de Corte? ¿O surgió de una vocalía de Ministro? ¿Es un caso relevante al que los Ministros prestaron consideración especial o fue considerado un asunto de trámite? ¿Fue un recurso extraordinario concedido o hubo que interponer queja? ¿Es un caso de arbitrariedad de sentencia? Esas entre otras muchas condicionan el trámite de un expediente en la Corte Suprema, los funcionarios que intervienen y, consecuentemente, los resultados, sin que funcione siempre un sistema que homogenice los resultados obtenidos.

<sup>54</sup> Douglas North: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 3

<sup>55</sup> Cf. Samuel N. Eisenstadt: “Institutionalization and Change”, *American Sociological Review* Vol. 29 Nro. 3 (1964), p. 235.

titucionalización de los actores públicos: diferenciación, autonomía y durabilidad<sup>56</sup>. El primero de ellos refiere a la diferenciación de su entorno, ello es, a su capacidad para tener un rol bien definido en el entorno de poderes en los que se mueve, llevando a cabo tareas únicas no cumplidas por los otros actores. En el caso de la Corte Suprema, ella debe distinguirse de las ramas políticas –presentándose como un órgano jurídico, aplicador del Derecho– y, asimismo, del resto de los miembros del Poder Judicial –asumiendo su calidad de “cabeza del Poder Judicial”–. La autonomía, por su parte, remite a su capacidad de acción sin obedecer a los otros actores. Este indicador es el que comúnmente identificamos con la noción de “independencia” y es el que se encuentra mayormente garantizado en el texto constitucional, a través de una serie de garantías –inamovilidad, intangibilidad remuneratoria, etc.–. En lo funcional, esa autonomía se manifiesta en la posibilidad de construir su propia agenda de actuación. Por último, la durabilidad es definida por McGuire como “la habilidad para persistir y adaptarse al cambio”<sup>57</sup>. En el caso de la Corte Suprema, ello significa adquirir las características de un actor estable, que se mantiene ante los cambios del sistema político y está preparado para cumplir sus objetivos. Los recursos presupuestarios y organizativos son un factor importante de este indicador, así como la sujeción a reglas procedimentales y sustanciales que diferencian a la institución de los individuos que coyunturalmente la personifican.

#### IV.a. ¿Una nueva Corte Suprema?

Dos son los hitos mediante los cuales la Corte Suprema se diferencia de su entorno: primero, al presentarse como una “nueva” Corte, distinta de la desprestigiada que vino a reemplazar; y segundo, al caracterizarse como un Tribunal “garante supremo de los Derechos Humanos”<sup>58</sup>. A principios del milenio el Tribunal había llegado a sus

<sup>56</sup> Kevin T. McGuire: “The Institutionalization of the U.S. Supreme Court”, *Political Analysis* Vol. 12 Nro. 2 (2004), pp. 128-142.

<sup>57</sup> McGuire, ob. cit. en nota 81, p. 131.

<sup>58</sup> Cf. “F.A.L.”, desarrollado *supra* en 3. a. iii) Autonomía individual vs

mínimos históricos de legitimidad, luego de una década en la que sufrió un proceso de grave deslegitimación política<sup>59</sup> y se produjo una profunda renovación. De ese modo, a fines del 2005, la “nueva” Corte Suprema se hallaba constituida y se enfrentaba al desafío de reconstruir su legitimidad y su perfil institucional. El recambio de miembros desprestigiados y acusados de no contar con los pergaminos para el cargo por candidatos de larga trayectoria académica y/o judicial supuso para el Tribunal una inyección de legitimidad de tipo carismática, no atribuible tanto a la institución en sí misma sino derivada de la legitimidad individual de sus nuevos miembros. La Corte pasaba a ser así una “Corte de notables”. Esta renovación radical de sus miembros le permitió trazar una línea divisoria respecto del pasado, la misma que nos ha permitido a nosotros calificarla como una “nueva” Corte y a la nueva conformación oponer los cambios que iba proponiendo a las prácticas de la “vieja” Corte.

Con este capital inicial la Corte Suprema empezó su andadura, dejando entrever en algunas declaraciones y sentencias iniciales que tenía interés en marchar hacia un modelo semejante al de un Tribunal Constitucional<sup>60</sup>. Este curso de acción fue explicado por el Presidente de la Corte Suprema, Ricardo Luis Lorenzetti, en el discurso de Apertura del Año Judicial 2012, pronunciado el 6 de marzo de ese año<sup>61</sup>. La Corte Suprema es presentada allí como la encargada de liderar una “transformación muy profunda, un cambio de modelo”, cuyo objetivo central es la re-vinculación entre el Poder Judicial y la sociedad. Su función es “acercar la justicia a la gente, hacer hablar a la Constitución con la voz del pueblo de la Nación. Interpretarlo de modo que exprese

Derecho a la vida (F.A.L.); considerando 5 del voto de mayoría.

<sup>59</sup> Para una descripción de este proceso con mayor detalle, consultar Diana Kapiszewski: “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7 Nro. 1, 2006, pp. 5-46 y Valentín Thury Cornejo, ob. cit. en nota 5.

<sup>60</sup> Cf. Víctor Bazán, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un Tribunal Constitucional?”, *Cuestiones Constitucionales* (México), Nro. 20, 2009, en especial p. 20 y sigs.

<sup>61</sup> Desarrollamos estas ideas en el punto II de nuestro trabajo citado en nota 39.

las necesidades de nuestra gente”. Se expresa así la necesidad de adquirir legitimación social que el Tribunal ve como un proceso inevitable de su reconstrucción institucional. Esta percibida necesidad de acercar la justicia a la gente, de hacer hablar a la Constitución con la voz del pueblo, supone –más allá de algunos instrumentos destinados a su escucha efectiva<sup>62</sup>– la presencia de un intérprete privilegiado: la Corte Suprema de Justicia. Para eso, el primer paso es ampliar el acceso a la justicia: el Poder Judicial debe derribar las barreras de acceso e involucrarse en los conflictos que la sociedad le presenta. La Corte propone así una democratización de la Constitución a partir de la apertura de sus estrados a la voz de la sociedad.

Escuchar la voz de la gente y tamizarla a través de la interpretación constitucional es “hacer hablar a la Constitución con la voz del pueblo de la Nación”. El corolario de esta postura es que el Tribunal se pone en un pie de igualdad con el resto de los poderes con legitimidad democrática directa y desde allí propone “un diálogo profundo con los demás poderes del Estado”. De alguna manera, la Corte propone un camino paralelo al de los poderes políticos –Ejecutivo y Legislativo–, que en algún momento podrán cruzarse pero cuyo itinerario es independiente uno de otro. Como vemos, hay una relación directa entre la transformación de la administración de justicia que la Corte Suprema quiere liderar y la interpretación constitucional que propone en las sentencias que va enunciando. ¿El objetivo de la transformación pretendida? “Un Poder Judicial que afirme estos principios, que le diga a la Nación cuál es la Constitución actual, que le diga al pueblo cuáles son las grandes reglas de conducta, que le diga a todos cuáles son los principios que forman parte de nuestro contrato social, aquellos en los cuales tenemos

<sup>62</sup> Dice Lorenzetti en una parte del discurso que “por eso hicimos las audiencias públicas, porque hemos entendido que la mejor manera de resolver estos conflictos es empezar a escuchar las distintas voces. Por esta razón también hemos tratado de expandir la legitimación...”. Y continúa luego, diciendo: “es mucho mejor escuchar a la sociedad antes de tomar una decisión que tomarla pensando que uno tiene la razón de antemano, y es por eso que este debate público, institucional en las audiencias ha sido tan valioso para nosotros”.

que estar todos de acuerdo para que la sociedad sea viable...”. Así, la Corte Suprema se entiende a sí misma y se presenta ante el resto de los poderes como “garante supremo de los derechos humanos”.

#### **IV.b. ¿Construcción de corto o largo plazo?**

En este relato vemos, por partida doble, la institucionalización que intenta la Corte Suprema a través de su diferenciación respecto del resto de los poderes –tanto respecto de la pasada Corte como de los actores presentes– y, concomitantemente, al afirmar su autonomía mediante el diseño de una agenda de actuación propia. En efecto, el Tribunal se encuentra, al acometer su tarea de refundación, con una legitimidad muy baja. Su alianza con la sociedad se inscribe en esta lógica. Pero ella tiene una consecuencia sumamente relevante, al alejarla de la disputa directa con los poderes políticos. En este sentido, la Corte Suprema ha intentado, en la medida de lo posible, seguir un camino autónomo, sin mayores interferencias de las ramas políticas. El Tribunal ha balanceado su actitud proactiva de fijación de agenda en temas socialmente relevantes con una deferencia hacia las iniciativas gubernamentales. Este equilibrio le ha permitido mostrarse autónoma e independiente, evitando conflictos políticos que pusieran en duda su estabilidad. De este modo, ha logrado construir legitimidad sin disputársela al resto de los actores políticos, estrategia fundamental en un contexto de escasa institucionalidad como el argentino<sup>63</sup>. La elección de los derechos como eje de su acción posee un atractivo comunicativo-retórico indudable y, al mismo tiempo, se sitúa en un terreno jurídico –el propio del Tribunal– pero de una flexibilidad tal que su inmersión en el terreno de las políticas públicas resulta altamente probable factible<sup>64</sup>. De este modo, la Corte está habilitada para con-

<sup>63</sup> Esta reticencia al enfrentamiento directo, utilizando a menudo términos vagos en sus pronunciamientos, es propio de tribunales sin un resguardo de legitimidad sólido (cf. Jeffrey K. Staton & Georg Vanberg: “The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions”, *American Journal of Political Science*, Vol. 52, No. 3 (Jul., 2008), pp. 515)

<sup>64</sup> Ello depende entre otras cuestiones de los cambios estructurales en el de-

seguir una alta exposición pública en su búsqueda de consenso social y así obtener legitimidad en ese terreno. No es de extrañar, por ello, el lugar relevante que la Corte Suprema le ha otorgado a su política comunicacional<sup>65</sup>.

El camino elegido por la Corte Suprema plantea desafíos importantes que están representados por las diádas “Derecho – Política” y “corto – largo plazo”. Al asumir una posición autónoma frente a los otros poderes, el tribunal aplica formalmente el derecho pero lo hace del mismo modo en que lo realizan los poderes políticos. Tradicionalmente limitada a un papel revisor de las decisiones de los otros actores políticos que ponen en marcha e implementan los designios constitucionales, al asumir directamente una función de ese tipo, la línea divisoria entre Derecho y Política queda muy desdibujada y de ello da cuenta el uso de instrumentos jurídicos novedosos, tanto en lo procedimental como en lo sustantivo. La Corte no se siente limitada por el Derecho existente, tal como ha sido establecido por las ramas políticas, sino que entiende que su función constitucional la obliga a –en ocasiones– trascenderlo. Esto le genera un problema en el largo plazo, ya que para seguir estando legitimada en cuanto aplicadora del Derecho –o sea, como actor jurídico– deberá someterse a reglas. Al producir un corte en la cadena de legitimación y postularse como

recho que, conllevan, cambios en las facultades de los jueces. El derecho actual en este sentido difumina los anteriormente nítidos límites entre Derecho y Política. Entre los procesos que acentúan la discrecionalidad interpretativa del juez constitucional se cuentan la constitucionalización del Derecho infra-constitucional, la proliferación de normas programáticas y de contenido difuso y la creciente relevancia de nuevos instrumentos de acceso a la justicia constitucional –amparos, medidas cautelares, acciones de clase, etc.- (cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1997 (2º ed.)).

<sup>65</sup> Opuesta a la anterior cultura del sigilo y del secreto judicial, el Tribunal ha adoptado, frente a su tradicional posición pasiva, una actitud proactiva respecto de la comunicación. Su Presidente, Ricardo L. Lorenzetti, la ha explicado con cierto detalle en este documento: *Políticas de Estado para el Poder Judicial*, discurso pronunciado en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, Salta, Argentina, 2007.

una “nueva” Corte Suprema, el tribunal plantea una disrupción en la durabilidad institucional. Su “refundación”, sin dudas requerida por las circunstancias históricas, implica darse nuevas normas de funcionamiento y adoptar perspectivas diferentes sobre los problemas. Pero desde el punto de vista de la durabilidad, este momento de cambio debe, necesariamente, estabilizarse, lo cual supone dejar de lado cuotas de poder actual –discrecionalidad en las decisiones– para ganar legitimidad en el mediano largo –a través de la estabilidad institucional–<sup>66</sup>.

#### **IV.c. El Interés Superior del Niño como concepto bisagra**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del Interés Superior del Niño se enmarca en el complejo proceso que acabamos de analizar. La construcción de identidad de la Corte Suprema como un tribunal de garantía de los derechos humanos, con políticas activas de protección de los derechos, creatividad judicial y necesidad de reconstruir su legitimidad en el corto plazo explican muchos de los trazos que mencionamos en el análisis de su labor en el año 2012/3. La mención jurisprudencial del principio del Interés Superior del Niño es, en sí mismo, un acto retórico de enorme potencia comunicativa y en el contexto de la creación de una nueva identidad adquiere sentido su utilización recurrente. En efecto, su uso otorga un plus de legitimidad que permite resolver –por vía principal o dando argumentos adicionales– cuestiones complejas como la obligatoriedad de vacunación o la revisión jurisdiccional de políticas públicas de vivienda. Por la negativa, es conveniente dejarlo de lado, a pesar de la obligatoriedad de su consideración de acuerdo con el artículo 3 de la

<sup>66</sup> Esto explica en el caso de EE.UU. la existencia de una legitimidad estable en la institución Corte Suprema, más allá de ocasionales sentencias controvertidas con las que parte importante de la población no está de acuerdo. En estos casos, se discute “la” decisión pero no “el” derecho y legitimidad de la Corte Suprema para dictarla, lo cual asegura su cumplimiento (cf. Jeffrey J. Mondak & Shannon Ishiyama Smithey: “The Dynamics of Public Support for the Supreme Court”, *The Journal of Politics* Vol. 59, No. 4. (Nov. 1997), pp. 1114-1142).

Convención sobre los Derechos del Niño, cuando su potencial deslegitimador pudiera opacar la decisión tomada por la Corte Suprema. La argumentación seguida en el caso F.A.L. es, en nuestra opinión, claramente expresiva de esta dinámica y la falta de confronte de los derechos involucrados explica –por su ausencia– el valor comunicativo que el Tribunal otorga al principio.

Forjar esta nueva identidad como intenta la Corte Suprema requiere de actos que la constituyan, a través de la defensa –y comunicación de esa defensa– de los derechos constitucionales que la Corte apun-tala en sus sentencias. Pero, para poder llevar a cabo esta política, el Tribunal debe poseer la capacidad de actuar por sí misma, sobrepasando en ocasiones los límites que los modos institucionalizados de producción del Derecho imponen. En el plano sustancial, ello va a significar la posibilidad de leer el ordenamiento jurídico desde la perspectiva del derecho que quiere reforzar y trascender sus “rigideces”. En el plano procedimental, deberá tener la capacidad de ampliar su competencia jurisdiccional para tener la oportunidad de dictar sentencia en los casos en los que se los propone. El caso de la adopción post mortem –analizado más arriba–, ejemplifica de modo adecuado estas dos características y así vemos a una Corte activa, protagonista y creativa, lejos de la auto-restricción. El interés superior del niño legitima así las capacidades decisorias que el Tribunal asume. Distinto pareciera ser el criterio seguido cuando esas competencias se ponen en juego, por ejemplo, cuando se trata de seguir la voz del niño<sup>67</sup>. En efecto, escuchar al niño supone transferir el *locus* de la decisión del juez –hasta ese momento máximo intérprete de su interés– hacia el menor –que no decide, propiamente, pero debe ser activamente escuchado–. Esta

<sup>67</sup> Son paradigmáticos, en este sentido, los casos en los que Corte Suprema resuelve controversias referentes a la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores los que ameritarían un análisis que las restricciones de espacio no nos permite aquí. Durante el período en análisis, la Corte Suprema se ha pronunciado en “G., P. C. c/H., S. M. s/reintegro de hijo”, del 22 de agosto de 2012, “AHC c/ JAMA s/ restitución internacional de menor”, del 21 de febrero de 2013 y “F., C. del C. cl G., R. T. s/ reintegro de hijo”, del 21 de mayo de 2013.

lógica explicaría la paradoja de una Corte sumamente expansiva en la consideración del ordenamiento cuando la interpretación del interés del niño queda en su ámbito, pero restrictiva cuando se trata de delegarlo e instrumentar nuevas formas de participación –sea a nivel general o en la escucha y acogimiento concreto de la voz del menor–<sup>68</sup>.

Las características estructurales del principio del interés superior del niño lo hacen especialmente adecuado para expresar las tensiones del proceso de legitimación de la Corte Suprema, entre ellas, la referida a la falta de desarrollo jurídico del concepto. Las menciones que en sus sentencias hace el tribunal son de una vaguedad tal, que remiten a su fuerza retórica antes que a la construcción de un principio operacionalizable. Hemos notado, en este sentido, la falta de referencia a los documentos interpretativos del Comité sobre los Derechos del Niño sobre el derecho que tiene el niño a ser escuchado. Respecto de las importantes sentencias de la Corte Interamericana, la utilización que hace la Corte Suprema es elocuente. En el caso de la adopción post mortem, por ejemplo, el tribunal menciona específicamente el caso Fornerón, cita su caracterización general del principio, su defensa del derecho a la identidad del menor pero no aplica ni desarrolla la solución concreta que ese Tribunal dio al caso. De este modo, toma del principio su potencial legitimador y la resta su faceta restrictiva, no fijando ni creando reglas para su utilización futura –ni para él, ni para los jueces inferiores-. El interés superior del niño queda indefinido en su contenido sustancial y funciona, a estos efectos, como una mera norma de atribución de competencia decisional de carácter discrecional. La Corte Suprema será la que lo interpretará en cada concreto e irá así resolviendo las controversias, con todas las cartas en la mano. En este contexto, la falta de sistema tiene una lógica legitimatoria porque, en el corto plazo, le brinda al Tribunal herramientas decisionales. En el largo, sin embargo, la construcción jurídica será inevitable y eso, todavía, es una tarea pendiente.

<sup>68</sup> Cf. en este sentido, Valentín Thury Cornejo: “¿Escuchar al menor o solo oírlo?”, en el blog jurídico *Todo sobre la Corte* (<http://todosobrelacorte.com/2013/05/31/escuchar-al-menor-o-solo-oirlo/>).

*Sección III*

Discusiones:  
Libros



## **Acerca de los presupuestos metateóricos de “Las pretensiones normativas del Derecho”**

*Posibilidad de error y desacuerdo sobre  
el concepto de derecho*

**Lucila Fernández Alle\***

Recepción: 20/9/2013

Aceptación: 28/10/2013

**Resumen:** En este trabajo me propongo realizar un análisis del libro “Las pretensiones normativas del Derecho”, de Paula Gaido, en que la misma aborda comparativamente las construcciones teóricas de Raz y de Alexy acerca de la naturaleza del Derecho. Gaido reconstruye, siguiendo a estos dos autores, la naturaleza del concepto de Derecho, su elemento normativo y la vinculación entre Derecho y Moral que aquel implica, como cuestiones de naturaleza conceptual. Mi objetivo en este ensayo es reconstruir críticamente la noción de concepto y de la relación entre concepto –de Derecho– y objeto, que la autora utiliza en su análisis. Estas nociones resultan especialmente relevantes en relación con la distinción entre manejo acabado y posesión mínima de conceptos y, por lo tanto, en la posibilidad de dar cuenta de errores y desacuerdos acerca del concepto de Derecho.

**Palabras clave:** concepto de derecho - manejo acabado/posesión mínima de un concepto - desacuerdo- esencialismo - convencionalismo.

El presente trabajo se propone la discusión de algunas cuestiones planteadas en el libro de Paula Gaido titulado “*Las pretensiones normativas del Derecho*”, versión de su tesis doctoral. La intención no es

\* Universidad Nacional de Córdoba.

analizar exhaustivamente todos los aspectos abarcados en su investigación, sino los principales presupuestos metodológicos tanto de su propio análisis como aquellos que adscribe a las teorías del derecho que examina comparativamente.

En el libro discutido, Gaido analiza el elemento normativo del derecho como así también ciertos aspectos de la vinculación entre el derecho y la moral a partir del análisis comparativo de las teorías del derecho de Raz y Alexy. Partiendo de una idea bastante generalizada en la teoría del derecho, consistente en identificar a las teorías positivistas con la tesis de la separación entre derecho y moral y, en cambio, a las teorías anti-positivistas del derecho, con la tesis de vinculación entre derecho y moral, señala que precisamente son dos de los más reconocidos representantes de una y otra tradición –Raz y Alexy, respectivamente–, quienes parecen contradecir esta generalizada intuición.

Las ideas centrales defendidas en este texto consisten en que, tanto desde la perspectiva de Raz como de Alexy:

1. La comprensión del derecho –y, especialmente, de su naturaleza normativa– requiere la comprensión de un valor moral, consistente en el valor que el derecho aspira a realizar.
2. La consecución del objetivo planteado en 1. –esto es, la comprensión del derecho y, por lo tanto, del valor moral que el mismo aspira a realizar–, requiere asimismo otorgar un privilegio conceptual al punto de vista interno. Este privilegio conceptual, desde el punto de vista del participante, se trata específicamente de un compromiso conceptual y consiste, para Raz, en la pretensión de autoridad y, para Alexy, en la pretensión de corrección.
3. El punto central de la discusión sobre la relación entre derecho y moral es de naturaleza conceptual.

El contenido, no obstante, que Raz y Alexy dan a ese valor moral es el punto en el que difieren entre sí. A partir de preguntarse qué es el Derecho, ambos acuerdan en que responder a este interrogante,

explicando su naturaleza, es equivalente a explicar cuáles son las condiciones necesarias para que haya Derecho. Sin embargo, la diferencia entre Raz y Alexy parece replantearse en torno a tres cuestiones: la idea de concepto implicada en sus respectivos análisis, la teoría de referencia implicada y la idea acerca de cuál es el rol o función del análisis conceptual en la tarea filosófica. La elucidación de estas cuestiones, asimismo, incide en la caracterización que en una y otra teoría se hace respecto del valor que el Derecho aspira a realizar.

Con esto en mente, me propongo analizar la lectura de esta autora respecto de los presupuestos metodológicos de Raz y Alexy, particularmente en lo referido a la noción de concepto y la relación entre concepto y objeto que sus respectivas teorías albergan. Posteriormente, me propongo relacionar este análisis con algunas discusiones entre diversas corrientes de teorías de la referencia; específicamente, el modelo de semántica propuesto por Kripke y Putnam –semántica K-P– y el convencionalismo.

Comencemos por la reseña que realiza la autora sobre la cuestión de la teoría de la referencia implicada por Raz y Alexy. Gaido analiza el presupuesto relativo a teorías de la referencia y nos introduce en la cuestión señalando que existen, a grandes rasgos, dos corrientes teóricas que explican la relación mundo-lenguaje-mente: el esencialismo y el relativismo; y que ambos pueden estar referidos, asimismo, a una dimensión ontológica, semántica o conceptual. Comenzando por el esencialismo, sus notas esenciales serían las siguientes:

- 1- Presupone que existe un mundo externo al sujeto.
- 2- Hay una relación necesaria entre el concepto y el significado de los términos y la esencia del objeto que refieren.
- 3- No es concebible desde esta corriente la idea de conceptos o significados correctos o incorrectos, sino de problemas de tipo epistémico respecto del concepto o significado de un objeto.
- 4- Los conceptos, desde esta corriente de pensamiento, reflejan una esencia; de qué se trata esa esencia depende del enfoque en particular –platónico, kantiano, de las semánticas K-P, entre otros–.

Por su parte, respecto de las corrientes teóricas relativistas podemos señalar las siguientes características generales:

- 1- El presupuesto de la existencia de un mundo externo al sujeto es posible desde estas teorías, pero no necesario.
- 2- Existen diferentes maneras de clasificar el mundo y carece de sentido pretender conocer cuál es mejor porque ese juicio es externo a nuestra mente.
- 3- Los conceptos ‘recortan’ el mundo, fijando características definitorias.
- 4- Tiene una variante individualista y una anti-individualista o convencionalista.

El motivo por el que la autora introduce este análisis sobre teorías de la referencia, responde al objetivo de comprender cuál es la idea de relación mundo-lenguaje-mente que las teorías de Raz y Alexy, respectivamente, presuponen y cuál es, por lo tanto, su noción de concepto; para poder así establecer las diferencias y puntos en común entre las construcciones teóricas de uno y otro. Sin embargo, esta tarea se ve dificultada porque, como expresa Gaido, “...en el marco general de las concepciones delineadas, no resulta siempre claro bajo cuál de ellas encuadrar las teorías del derecho que proponen Alexy y Raz. Sus teorías pareciera que buscan transitar caminos intermedios, incorporando distinciones que hacen más compleja la discusión, convirtiendo en difusos sus acuerdos y desacuerdos”<sup>1</sup>.

Sin embargo, pese a esta indefinición inicial, la autora concluye su trabajo adscribiendo a la noción de concepto de derecho utilizada en las teorías de Raz y de Alexy una naturaleza total y parcialmente convencional, respectivamente. Sostiene Gaido en tal sentido que “Raz y Alexy coinciden en que el propósito principal de toda teoría del derecho consiste en explicar la naturaleza del derecho, y que, tal tare, el análisis conceptual entendido como elucidación conceptual, es ineludible. Entender que la naturaleza del concepto de derecho es total o parcialmente convencional –según sea

---

<sup>1</sup> Gaido, P., *Las pretensiones normativas del derecho: un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 27.

*la teoría de Alexy o la de Raz la que esté en cuestión–, no impide presentar los argumentos analizados en este trabajo, y que sustentan conclusiones opuestas acerca de la naturaleza normativa del derecho, como posiciones que desacuerdan de manera genuina acerca de aquello que el derecho es”<sup>2</sup>.*

Entiendo que la relevancia de esta cuestión –la de saber si las teorías del derecho propuestas por Raz y Alexy pueden ser encuadradas como teorías que presuponen una noción de concepto, y por lo tanto, una semántica esencialista o convencionalista– es importante por cuanto las conclusiones acerca de cuál es la naturaleza del derecho no son las mismas en uno y otro caso, tal como afirma la autora. Esto es así particularmente debido a que la elucidación de esta naturaleza y de la relación entre Derecho y Moral, es presentada y explicada como un problema de tipo conceptual. Cabe, pues, preguntarnos en primer lugar cuál es la caracterización de concepto adscripta a Raz y a Alexy.

Gaido analiza las teorías del Derecho propuestas por Raz y Alexy, siguiendo la siguiente estructura: se pregunta, en primer lugar, por el concepto de derecho; luego por la noción de concepto implicada y, por último, por el rol del análisis conceptual en la tarea filosófica. En este trabajo me centraré en la idea de concepto de una y otra teoría.

Podríamos preguntarnos, en primer lugar, qué particularidades presenta la noción de concepto implicada en la teoría de Raz. Gaido subraya que de su análisis deriva una ambigüedad en su concepción misma de Derecho. Raz, en efecto, hace dos afirmaciones respecto de la naturaleza del Derecho que parecieran, en principio, incompatibles. Expresa la autora al respecto: “¿en qué sentido es compatible decir que el propósito de la teoría del derecho es la explicación de las propiedades necesarias del derecho dado nuestro concepto de derecho –entendido como entidad social–, con decir que su propósito es la explicación de la naturaleza del derecho cuya existencia es independiente de todo concepto de derecho?”<sup>3</sup>.

Es a partir, entonces, de este interrogante que surge la pregunta por la concepción o idea de concepto según Raz. Sintéticamente, las

<sup>2</sup> Gaido, ob. cit, p. 185.

<sup>3</sup> Gaido, ob. cit, pp. 33-34.

conclusiones a las que arriba la autora respecto de la idea de concepto en la teoría de este autor son las siguientes:

1. Raz distingue entre palabras, significados y conceptos.
2. Los conceptos están vinculados a cosas, no al uso de palabras; el uso correcto de estas últimas es establecido por los significados, mientras que los conceptos *identificarían* las propiedades necesarias de las cosas.
3. La distinción del punto (2) determina que exista una diferencia entre práctica lingüística y práctica conceptual.
4. Los conceptos son comprendidos como construcciones producto de una determinada cultura.
5. Distingue entre manejo acabado de un concepto –conocimiento completo de la cosa que el concepto designa- y posesión mínima –capacidad de identificar ejemplos de derecho en circunstancias normales, ya sea a través de la identificación de propiedades esenciales o no esenciales.

Lo expresado, entre otras cosas, refuerza la relevancia que en la teoría de Raz tiene la relación entre el concepto de derecho y el objeto derecho. Expresa Gaido: *“La importancia de este punto radica en que, para Raz, la manera en que una cultura entiende sus propias prácticas e instituciones no está separada de lo que estas prácticas e instituciones son. De esta manera, aun cuando Raz distingue entre concepto de derecho y objeto derecho, también subraya su interdependencia”*<sup>4</sup>.

Esta noción de interdependencia entre el concepto de derecho y el objeto derecho se corresponde, asimismo, con la idea de posesión mínima del concepto de derecho como un grado de comprensión del concepto y no como constitutivo del mismo. De otro modo, esta idea sería incompatible con el hecho de que Raz vincula el concepto de derecho con la identificación de las propiedades necesarias del objeto derecho –tesis (1)–.

¿Qué conclusiones, entonces, extrae Gaido del análisis apenas señalado sobre la noción de concepto –y de concepto de derecho, en

particular– en la concepción de Raz? En primer lugar, concluye que para Raz el concepto de derecho es de naturaleza convencional –porque el concepto relevante sería ‘nuestro’ concepto de derecho–. En segundo lugar, aun teniendo naturaleza convencional, es posible dar cuenta del desacuerdo y del error a través de la distinción conceptual entre privilegio conceptual y privilegio epistémico. Brevemente, el privilegio conceptual es el privilegio del concepto de derecho –y de conceptos asociados, como el de regla, por ejemplo–, que tiene el participante y que resulta esencial en la explicación de la naturaleza del derecho. Esto no implica afirmar que el participante, por el hecho de tener privilegio conceptual, tenga también privilegio epistémico y esta diferencia permite explicar que puede estar equivocado acerca de lo que entiende como referencia o extensión de derecho –o, reiteramos, de los conceptos afines utilizados en la práctica social. Volveremos sobre estas conclusiones al analizar la discusión sobre concepciones de la referencia que esta discusión pone de relieve.

Al igual que respecto de la teoría del derecho de Raz, Gaido entiende que en la teoría elaborada por Alexy también existe una ambigüedad respecto de aquello que significa elucidar la naturaleza del Derecho –en el sentido de dar cuenta de cuáles son sus características necesarias–. Alexy, de acuerdo con la lectura aquí analizada, no aclara del todo si esta naturaleza depende de lo que sea considerado propiedades necesarias del derecho para cierta comunidad o si es independiente de esa visión comunitaria.

En primer lugar, vale aclarar que Alexy identifica la necesidad de las propiedades del derecho como necesidad relativa<sup>5</sup>; ello quiere

<sup>5</sup> Gaido, ob. cit, p. 56-57, Alexy diferencia entre cuatro tipos de necesidad, a saber, absoluta, relativa, conceptual y normativa. Una necesidad es relativa cuando “... los límites de lo necesario son fijados por un esquema conceptual o práctica social, que puede variar. Una necesidad es absoluta, por el contrario, cuando los límites de lo necesario son fijados por un esquema conceptual o práctica social, que es inmune a la revisión (...). Una necesidad es conceptual cuando depende de las convenciones lingüísticas de una determinada práctica, dentro de las cuales están incluidas, en el presente contexto, las reglas constitutivas de los respectivos actos lingüísticos (...). Por último, cuando una necesidad es normativa lo necesario está vinculado con los valores subyacentes a la práctica jurídica”.

decir que se trata de necesidades que dependen de esquemas conceptuales o prácticas sociales que no son inmunes al cambio.

Hay aquí, entonces, una idea de necesidad dependiente de un objeto –prácticas sociales– o de un concepto mutable. Pero, ¿cuál es, en definitiva, la noción de concepto presupuesta en la teoría de Alexy? Podemos señalar que:

1. Alexy distingue entre conceptos ‘vigentes’ y concepto ‘correcto’ de derecho. Los primeros son dependientes de una práctica contingente y tienen una dimensión convencional –ligada a las reglas sociales que establecen el significado de las palabras– y una dimensión ideal –vinculada a una pretensión de adecuación de los conceptos a los objetos a los que se refieren. El concepto correcto de derecho, por su parte, reflejaría la verdadera naturaleza del derecho.
2. La afirmación precedente, sumada al hecho de que para este autor la naturaleza del derecho es única, lleva a afirmar que mientras puede haber más de un concepto vigente, solo puede existir un concepto –correcto– de derecho.
3. Existe una interdependencia entre concepto y naturaleza del derecho, conforme a la cual no puede concebirse la existencia de una práctica jurídica sin la posesión de algún concepto de derecho.

Respecto de Alexy y de su idea de concepto de derecho, Gaido concluye que, al igual que en el caso de Raz, en su teoría la elucidación de la naturaleza del derecho es de naturaleza conceptual y otorga privilegio –también conceptual, no epistémico– al participante. Sin embargo, como señala expresamente, entre sus teorías existe la siguiente diferencia en torno a la idea de concepto: *“Para Alexy el concepto relevante de derecho que hay que elucidar es el concepto correcto de derecho, que depende parcialmente de nuestras convenciones sociales; mientras que para Raz lo que hay que elucidar es nuestro concepto de derecho, que depende enteramente de nuestras convenciones sociales”*<sup>6</sup>. Ahora bien, Gaido resta im-

---

<sup>6</sup> Gaido, ob. cit. p. 187.

portancia a esta diferencia entre ambos autores ya que entiende que, en definitiva y pese a esta diferencia, tanto para Raz como para Alexy el criterio a tener en cuenta para la comprensión del valor moral que el derecho aspira a realizar –condición necesaria dentro de su esquema para comprender la normatividad del derecho–, debe buscarse en la práctica jurídica misma y no se trata de algo que el teórico propone como criterio externo.

Hasta aquí las conclusiones de la autora acerca de los presupuestos metateóricos de las teorías de Raz y Alexy, particularmente referidos a su noción de concepto y de concepto de derecho. Ahora bien, llegados a este punto podríamos preguntarnos si la conclusión acerca de la naturaleza total o parcialmente convencionalista del concepto de derecho es una consecuencia, efectivamente, de sus afirmaciones y su análisis sobre cuáles son los conceptos relevantes para la comprensión del derecho. En otras palabras, y dado que tanto Raz como Alexy parecen vincular la noción de concepto de derecho relevante con el contenido dado por los participantes al interno de la práctica jurídica, la cuestión que se plantea es si esta interdependencia –entre concepto de derecho y práctica jurídica– implica una noción de concepto de tipo convencionalista. El desarrollo de esta cuestión requiere de una previa reseña de las principales tesis del esencialismo –particularmente de las denominadas semánticas K-P– y de algunas versiones de la corriente convencionalista.

Las semánticas K-P objetan el principal argumento de una de las semánticas relativistas, argumento denominado ‘Modelo Criterial’; desde este modelo teórico, asimismo, se explican las tesis fundamentales del convencionalismo.

De acuerdo al Modelo Criterial, a cada concepto la corresponde un *dossier* de información que es común entre los hablantes, es decir, “...un dossier que consiste en descripciones de las propiedades comúnmente asociadas al concepto-término. Ese dossier proporciona una serie de criterios que determinan la extensión del concepto. Esos criterios describen cómo deben ser los hechos para ser considerados como, por ejemplo, un contrato”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Stavropoulos N., *Objectivity in law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 2: “The Criterial Model holds that corresponding to each concept there is some

En otras palabras, lo que este modelo plantea es que la extensión de los conceptos está determinada por las propiedades convencionalmente asociadas al mismo. Una de las principales críticas dirigidas en contra de este modelo plantea que no es posible desde el mismo explicar el desacuerdo dado que si lo que determina la extensión del concepto son sus propiedades definitorias, al no haber acuerdo sobre estas últimas, el desacuerdo es aparente porque sencillamente se está haciendo referencia a distintos objetos. Afirma Stavropoulos al respecto: *“El principal problema que la asunción semántica plantea para la práctica jurídica es que el desacuerdo no puede ser representado adecuadamente. Si el contenido de los conceptos está determinado por criterios compartidos, los abogados no pueden desacordar acerca de si algo es, por ejemplo, un contrato. Desacordar es dejar de emplear los criterios compartidos”*<sup>8</sup>.

Por otra parte, se afirma desde estas teorías que es posible hablar de casos en los que la referencia puede ser identificada por parte de personas que carecen de conceptos –entendiendo conceptos en términos de propiedades necesarias y suficientes–.

La contrapropuesta de las semánticas K-P –con variantes según la teoría que se tome como referente y dicho de modo muy general– consistiría en afirmar que la referencia de los conceptos tiene una relación causal con el concepto. Son las cosas las que causan –determinan– los conceptos y no a la inversa. En este trabajo expondremos las principales ideas de esta semántica a partir del análisis de la teoría de Putnam y los conceptos de ‘clase natural’ –*natural kind concepts*–.

*information dossier which is common among speakers, that is, a dossier consisting of descriptions of the properties commonly associated with the concept-word. That dossier –comunal sense– supplies a list of criteria that determine a concept’s extension. The criteria describe how the facts must be for something to count as, say, a contract”.*

<sup>8</sup> Stavropoulos, ob. cit, pp. 4-6: *“The chief problem the Semantic Assumption creates for legal theory is that disagreement cannot be adequately represented. If concepts’ content is determined by shared criteria, then lawyers cannot genuinely disagree over whether something is, say, a contract. To disagree is to cease employing shared criteria”.*

Putnam desarrolla una teoría, a partir de la crítica al denominado Modelo Criterial. La idea fundamental en su teoría es, como decíamos, que no son los estados psicológicos de los hablantes los que determinan la extensión del concepto. Resalta la importancia del contexto centrándose en conceptos que denomina *natural kind concepts*. Con esto en vista, desarrolla un experimento mental de acuerdo al cual concluye que existe una relación de ‘igualdad’ –relación ‘*sameness*’– de acuerdo a la cual la determinación de que cierto objeto sea o no el mismo que *esto* –objeto referido por definición ostensiva– puede requerir un cúmulo indeterminado de conocimiento científico al respecto. Conforme a esto, y dado que ese conocimiento puede variar temporalmente o conforme a supuestos contrafácticos, Putnam afirma que “...*la condición necesaria y suficiente para ser agua es poseer la relación ‘sameness’ con el objeto en el vaso [otra vez, por definición ostensiva, agua]; pero esta es la condición necesaria y suficiente solo si el supuesto empírico se encuentra satisfecho*”<sup>9</sup>.

La otra cuestión fundamental en el desarrollo de la teoría de Putnam consiste en la cuestión de la competencia necesaria para el reconocimiento del objeto referido por un concepto. La idea es que existe lo que él denomina una ‘División del Trabajo Lingüístico’. De acuerdo a la misma, dentro de cualquier comunidad existe un subgrupo que, debido al rol que cumple dentro de las prácticas sociales de esa comunidad– tiene que adquirir el método para reconocer si algo es o no es, por ejemplo, agua. Este subgrupo se diferencia de los restantes miembros de la misma comunidad, quienes tan solo tienen que adquirir el ‘termino’ agua, saber emplearlo en condiciones usuales. Afirma Putnam al respecto: “*Las propiedades que generalmente consideradas en conexión con un nombre general –condiciones necesarias y suficientes para formar parte de la extensión, formas de reconocer si algo se encuentra dentro de la extensión, etc– están presentes en toda la comunidad lingüística considerada*

<sup>9</sup> Putnam H., “Meaning and reference”, en *Meaning and reference*, ed. por Moore A.W., Oxford University Press, 1993, pp. 150-161, p. 153, “...*the necessary and sufficient condition for being wáter is bearing the relation ‘same’ with the stuff in the glass; but this is the necessary and sufficient condition only if the empirical presupposition is satisfied*”.

*como un cuerpo colectivo; pero ese cuerpo colectivo divide su 'trabajo' en conocer y emplear estas diversas partes del significado de 'oro'”<sup>10</sup>.*

Las principales ideas, entonces, planteadas desde esta concepción son las siguientes: “...la extensión de un término no está fijada por un concepto que el hablante individual tiene en su mente, y esto es verdadero tanto por el hecho de que la extensión es, en general, determinada socialmente –existe una división del trabajo lingüístico tal como existe una del trabajo ‘real’–, como por el hecho de que la extensión es determinada, en parte, indexicalmente. La extensión de nuestros términos depende de la naturaleza que efectivamente tienen las cosas en particular que constituyen paradigmas, y esta naturaleza real no es, en general, completamente conocida para el hablante”<sup>11</sup>.

Hay dos cuestiones sobre esta teoría que me interesa resaltar, aclarando que un análisis exhaustivo de la misma excede los límites de este trabajo; a saber, la posibilidad de relacionar los conceptos con el contexto de la comunidad que los utiliza y la cuestión de la *división lingüística del trabajo*. En lo que sigue, procuraré relacionar estas dos cuestiones con algunas de las conclusiones sobre la teoría del derecho de Raz y de Alexy, presentes en el libro discutido.

La refutación de la idea de que los conceptos están determinados por las convenciones acerca de sus propiedades definitorias, como decíamos, se relaciona con la crítica a la imposibilidad de dar cuenta desde el Modelo Criterial, del desacuerdo y del error en el derecho.

<sup>10</sup> Putnam, ob. cit, p. 155: “*The features that are generally thought to be present in connection with a general name –necessary and sufficient conditions for membership in the extension, ways of recognizing whether something is in the extension, etc., are all present in the linguistic community considered as a collective body; but that collective body divides the ‘labour’ of knowing and employing these various parts of the ‘meaning’ of ‘gold’*”.

<sup>11</sup> Putnam, p. 161: “*We have now seen that the extension of a term is not fixed by a concept that the individual speaker has in his head, and this is true both because the extension is, in general, determined socially –there is division of linguistic labour as much as of ‘real’ labour– and because extension is, in part, determined indexically. The extension of our terms depends upon the actual nature of the particular things that serve as paradigms, and this actual nature is not, in general, fully known to the speaker*”.

Existe una alternativa a este problema desde las mismas teorías convencionalistas en la que nos detendremos luego. Por el momento, basta reiterar que la crítica al Modelo Criterial consiste en que si la intensión determina la extensión y no hay acuerdo acerca de la intensión, la extensión, en consecuencia, no es la misma para las dos partes entre las que se plantea el supuesto desacuerdo que, por ende, es superficial o no genuino. En cambio, cuando es el caso que dos personas comparten sus pensamientos acerca de dos objetos distintos, sus pensamientos son por ello mismo distintos y el elemento que permite identificar esa diferencia se encuentra en algo externo; específicamente, en el contexto<sup>12</sup>. La idea que Putnam refuerza sobre este punto es que este factor, que se encuentra en el contexto, puede ser desconocido –aunque es cognoscible– por el sujeto y la consecuencia de su enfoque es, como señala Stavropoulos, el contraste entre competencia –entendida como la habilidad para pensar con un concepto– y habilidad para discriminar su extensión y su conclusión es que esta última no está conectada con la primera del modo en que el Modelo Criterial indica<sup>13</sup>.

Esta distinción entre competencia y habilidad para determinar la extensión de un concepto nos lleva al otro punto fundamental en la teoría de Putnam, y que denomina División del Trabajo Lingüística. Conforme a esta idea, existe una diferencia entre subgrupos que, dentro de una única comunidad lingüística y por razones no lingüísticas, o bien adquieren el término correspondiente a un objeto, o bien los métodos para reconocer si ese objeto es o no el referido por el concepto tomado en cuenta.

A partir de esta División del Trabajo Lingüística, el autor formula su Hipótesis de la Universalidad del Trabajo Lingüístico, en los siguientes términos: *“Toda comunidad lingüística ejemplifica el tipo de división de trabajo lingüístico recién descrita; esto es, posee al menos algunos términos cuyo ‘criterio’ asociado es conocido solo por un subgrupo de los hablantes que adquieren esos términos, y cuyo uso por parte del resto de los ha-*

---

<sup>12</sup> Stavropoulos, ob. cit., p. 30.

<sup>13</sup> Stavropoulos, ob. cit., p. 32.

*blantes depende de una cooperación estructurada entre ellos y los hablantes de los subgrupos relevantes*<sup>14</sup>.

Ahora bien, ¿es posible trazar algún paralelo entre esta diferencia entre subgrupos de una misma comunidad lingüística y los diversos niveles de comprensión del concepto de derecho planteados en la teoría de Raz y de Alexy, de acuerdo al análisis presente en el libro de Gaido?

Recordemos las conclusiones de la autora sobre este punto. Respecto de Raz, en primer lugar, el mismo distingue entre manejo acabado y posesión mínima de un concepto. Lo primero indica el conocimiento completo de la cosa que el concepto designa<sup>15</sup>, mientras que la posesión mínima del concepto implica la capacidad de identificar ejemplos de derecho en casos normales de aplicación. Alexy, por otra parte, distinguía entre conceptos vigentes y concepto correcto de derecho. Los conceptos vigentes dependen de convenciones lingüísticas contingentes –aun cuando siempre tienen una pretensión de adecuación al concepto correcto–, mientras que el concepto de derecho está vinculado a la naturaleza del derecho, que es única.

Considero que la idea de división del trabajo lingüística y la diferencia que plantea entre quienes adquieren un término y quienes adquieren los métodos para reconocer si ciertos objetos constituyen, efectivamente, la referencia de un concepto, es aplicable y permite comprender las categorías de posesión mínima y manejo acabado de un concepto –Raz– y de conceptos vigentes y concepto de derecho –Raz–.

Gaido, sin embargo, concluye que dado que la teoría de Raz como la de Alexy otorgan importancia radical a la idea de práctica jurídica

<sup>14</sup> Putnam, ob. cit, p. 156: “*HYPOTHESIS OF THE UNIVERSALITY OF THE DIVISION OF LINGUISTIC LABOUR: Every linguistic community exemplifies the sort of division of linguistic labour just described; that is, it possesses at least some terms whose associated ‘criteria’ are known only to a subset of the speakers who acquire the terms, and whose use by the other speakers depends upon a structured co-operation between them and the speakers in the relevant subsets*”.

<sup>15</sup> Gaido incluso señala que, desde la concepción de Raz, cabe también distinguir el manejo acabado del concepto de su articulación –mínima o acabada–, de modo tal que aun quienes tienen un conocimiento acabado pueden incurrir en errores. Cfr. Gaido, ob. cit, p. 52.

—para identificar cuál es el valor que el derecho aspira a realizar, es decir, para identificar su normatividad—, la idea de concepto de ambos era de naturaleza convencional. En el caso de Raz, completamente convencional, porque este autor habla de la elucidación de ‘nuestro’ concepto de derecho; mientras que en el caso de Alexy, la concepción de concepto sería parcialmente convencional —solo en lo que no respecta a la idea de concepto correcto, o de pretensión de corrección—.

Sin embargo, esta conclusión implica una cierta concepción de práctica jurídica —y de práctica social, en general—, que identifica práctica con convención o que, al menos, entiende que la práctica es causada por la convención. Existe, no obstante, otro modo de concebir a las prácticas sociales que no explica las mismas a través de la idea de convenciones, sino a través de estándares o criterios sustantivos sobre los objetos —en este caso, los valores— que dichas prácticas involucran. Teniendo esto en cuenta, creo que es posible la comprensión de las conclusiones sobre teorías desde una clave esencialista, como la planteada por las semánticas K-P.

La idea de práctica social —y de práctica jurídica en particular—, como decíamos, puede ser individualizada de acuerdo, nuevamente, al Modelo Criterial. Es decir, de acuerdo a los criterios compartidos respecto de qué es, o en qué consiste, la práctica en cuestión; en nuestro caso, la práctica jurídica. Sin embargo, si para la comprensión de la práctica apelamos a standards sustantivos sobre lo que la práctica es —o sobre lo que la realización del valor al que aspira, requiere—, la consecuencia varía, permitiendo cierto grado de objetividad dentro de la misma práctica. Puede objetarse esta conclusión a partir de la propuesta del convencionalismo profundo. Si bien un análisis detallado de esta corriente exigiría un desarrollo mucho más extenso del que aquí puede abarcarse, sí podemos cuando menos señalar algunos puntos fundamentales sobre la misma. Como señala Gaido, esta corriente afirma que *“...existiría una manera diferente de entender los conceptos desde una posición criterialista, asociada a un convencionalismo profundo. De acuerdo con esta posible perspectiva, la existencia de conceptos se mostraría en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas del concepto. La posesión de un concepto,*

*de esta manera, estaría más relacionada con una habilidad en su uso, en el sentido de ser capaz de identificar casos paradigmáticos de aplicación en condiciones normales. Los conceptos siguen siendo entendidos como el conjunto de propiedades necesarias y suficientes asociadas al objeto. Sin embargo, la transparencia de estas propiedades solo sería accesible a aquellos que manejan el concepto de manera acabada”<sup>16</sup>.*

En este sentido, el error (incluso generalizado) y el desacuerdo, como así también las distinciones de Raz y de Alexy respecto de posesión mínima y manejo acabado del concepto, podrían explicarse desde este tipo de convencionalismo. Sin embargo, y aunque la cuestión merece un análisis profundo, explicar el error y el desacuerdo desde esta concepción parece plantear otro problema: si la extensión del concepto de derecho –y de conceptos asociados– está determinada de acuerdo al Modelo Criterial –es decir, por las propiedades definitorias del concepto– no se explica el uso del concepto por quienes no tienen conocimiento de sus propiedades. Si este grupo puede identificar –y de hecho identifica– casos paradigmáticos de aplicación del concepto, esto parece estar ligado a la relación entre ese concepto y la práctica de la comunidad a la que ese subgrupo pertenece, y no al conocimiento de las propiedades definitorias como constitutivas de la extensión.

En otras palabras, si por práctica social se entiende exclusivamente convención social –y por convención, acuerdo acerca de las propiedades definitorias–, el modelo del convencionalismo profundo puede dar una respuesta a la cuestión del error y del desacuerdo en el derecho. Sin embargo, si tomamos en cuenta que existe otro modo de entender el problema, que consiste en ligar la práctica social no a los significados –no a las propiedades definitorias del concepto o de los conceptos implicados en esa práctica– sino a teorías sustantivas acerca de lo que esas prácticas refieren, la objeción no parece ser superable desde el convencionalismo. Desde este punto de vista alternativo sobre la práctica social, no se negaría la importancia del significado convencionalmente fijado dentro de la práctica, pero tampoco podría afirmarse que la práctica está determinada por la convención,

no al menos exclusivamente. Si esto es así, la respuesta del convencionalismo profundo no explica el error y el desacuerdo a partir de las convenciones, sino a partir de las prácticas, y las prácticas remiten a teorías sustantivas acerca de lo que el concepto de derecho –o de conceptos asociados– de hecho refieren.

Retomando entonces a la pregunta, central en el libro discutido, sobre los presupuestos metateóricos en las teorías del derecho de Raz y Alexy, creo que es posible analizar estos presupuestos –particularmente el presupuesto relativo a la idea de concepto implicada– desde la concepción de las semánticas K-P. Esto permitiría, según entiendo, explicar más acabadamente la noción de desacuerdo y de error respecto del concepto de derecho, dando lugar a que aun los contenidos de los conceptos –como ocurre con el contenido del concepto o de nuestro concepto de derecho– que dependen de las prácticas sociales, sean pasibles de críticas objetivas.



*Sección IV*  
Balance de una  
discusión



## Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad

Diego Dei Vecchi

Recepción: 3/7/2013

Aceptación: 1/10/2013

**Resumen:** El autor lleva a cabo un balance crítico de la discusión central de Discusiones 3 relativa a la prueba y verdad en el proceso judicial. En un primer apartado introductorio se reconstruye brevemente esa discusión introduciéndose las nociones de enunciado fáctico y razonamiento probatorio. A partir de allí se aborda la temática mediante una trifurcación, formulándose en cada ramal algunas críticas a las posturas presentadas en la discusión reconstruida. Primero, se analiza la relación entre la justificación del enunciado fáctico, su verdad y la justicia de la decisión. El segundo apartado trata acerca de la función, cognitiva o persuasiva, de la prueba judicial. Por último, se reconstruye la que se presenta como la cuestión central en la discusión contemporánea: la relativa a los estándares de prueba. El ensayo concluye mostrando el estado actual de discusión y conjeturando la orientación que ella habrá de adoptar en vistas a resolver ciertos inconvenientes teórico-prácticos.

**Palabras clave:** prueba judicial – enunciado probatorio – estándar de prueba – sistemas de valoración.

### 0. Introducción: Enunciado fáctico y razonamiento probatorio

El tercer número de Discusiones (2003) versaba sobre una cuestión que abandonaba lentamente su marginalidad en el ámbito jurídico filosófico: la relativa a la prueba y verdad de los enunciados fácticos de la

decisión judicial<sup>1</sup>. Hasta entonces, o hasta muy poco antes, esos problemas no ocupaban un lugar central en la agenda de los juristas ni en la de los teóricos del derecho, al menos no en sus aristas epistemológicas<sup>2</sup>.

Posiblemente las razones de esa marginalización hayan de buscarse en concepciones del proceso judicial como procedimiento al cual, o bien le es indiferente tanto la verdad de los enunciados fácticos cuanto su justificación; o bien, aunque no siéndole indiferente la verdad de ellos, no ha de preocuparle especialmente su justificación como verdaderos, dado que se trataría de una cuestión externa, ya resuelta al momento de la decisión<sup>3</sup>.

Frente a estas concepciones, el enfático intento por dilucidar las cuestiones epistemológicas concernientes a la decisión judicial aparece a menudo ligado a ideologías especialmente preocupadas por la *verdad* de los enunciados fácticos en ellas contenidos conjugada con una visión más o menos optimista sobre la racionalidad epistémica como medio para la maximización del logro de ese fin, pero con una especial conciencia acerca de ciertas particularidades propias del ámbito jurídico<sup>4</sup>. Esta es la orientación de Discusiones 3, al momento de cuya aparición había comenzado algo tímidamente a proliferar, y

<sup>1</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “Sobre prueba y proceso penal”, *Discusiones*, 3, 2003, p. 56. En adelante simplemente ‘Andrés Ibáñez’. Esta omisión, por lo demás, en principio no habría sido tan grave en la cultura jurídica anglosajona (cfr. ANDERSON, TERENCE, WILLIAM TWINING & DAVID A. SCHUM, *Analysis of evidence*, New York, Cambridge University Press, 2005 [1991]).

<sup>2</sup> El discurso de los procesalistas, se ha limitado en general a proporcionar una serie de distinciones relativas al término ‘prueba’ (i.e. elemento, objeto, procedimiento, medio, sujeto) y a describir o prescribir cuestiones concernientes a los distintos sistemas de valoración actuales o históricos, pero en general sin profundizar demasiado en sus implicancias epistémicas (cfr. por todos, BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *Derecho procesal*, México, D.F, Harla, 1995, p. 1360 y sgts, COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 215-276).

<sup>3</sup> Seguramente de allí el brocárdico que los procesalistas suelen poner en boca de los jueces: *narra mihi factum, dabi tibi ius*.

<sup>4</sup> Como decía Guastini al prologar FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012: una ‘concepción iluminista’ de la prueba.

luego proliferó exponencialmente, la literatura con este enfoque.

No es casual que el debate se haya planteado alrededor de un texto de Michele Taruffo<sup>5</sup>: uno de los artífices de este ‘giro epistemológico’ en el tratamiento de la prueba jurídica; giro que ha consistido en buena medida en el trazado de puentes entre epistemología, derecho procesal y filosofía del derecho<sup>6</sup>; todo lo cual queda plasmado en las réplicas a cargo de Marina Gascón Abellán<sup>7</sup>, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrés Bouzat y Alejandro Cantaro<sup>8</sup>.

El objetivo de este texto es ofrecer un mapa de ese debate, reconsiderando tres cuestiones salientes a la luz de la literatura que comenzaba a proliferar en la materia e intentado proporcionar, en definitiva, un panorama lo más amplio posible del, como suele decirse, ‘estado del arte’.

En términos meramente introductorios, ocupaban un lugar central en Discusiones 3, la cuestión acerca de la relación entre verdad del enunciado fáctico y justificación de la decisión judicial (¿es la verdad o la prueba del enunciado fáctico la condición de justificación de la decisión judicial?), el papel o función de la prueba en relación a dicho enunciado (¿es la prueba cognición o persuasión?) y la relevancia de la

5 TARUFFO, MICHELE, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 3, 2003. En adelante Taruffo<sub>a</sub>.

6 En efecto, TARUFFO, MICHELE, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992 es considerado generalizadamente como una obra cardinal en esta orientación. Recientemente decía Andrés Ibáñez que Taruffo encarna, en este sentido, a un «procesalista felizmente atípico, *trufado* de epistemólogo y de teórico y filósofo del derecho, que ha tenido la audacia intelectual de adentrarse en un campo minado de dificultades» (prólogo a TARUFFO, MICHELE, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ & ALFONSO CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 11).

7 GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, *Discusiones*, 3, 2003. En adelante ‘Gascón Abellán’.

8 BOUZAT, ANDRÉS & ALEJANDRO S. CANTARO, “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, *Discusiones*, 3, 2003. En adelante ‘Bouzat&Cantaro’. A todas las réplicas contestaba unificadamente TARUFFO, MICHELE, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, *Discusiones*, 3, 2003. En adelante, Taruffo<sub>b</sub>.

inmediación entre decisor y prueba (¿puede solo valorar correctamente quien tenga relación de intermediación con la prueba?).

Pues bien, Taruffo iniciaba la discusión haciendo algunas consideraciones acerca de los *enunciados fácticos* de la decisión judicial. Ubicaba a la justificación de esta clase de enunciados, como es usual, dentro de la que suele denominarse ‘justificación externa’ de la decisión: la justificación independiente de cada una de las premisas (i.e. la mayor, o norma general y abstracta; y la menor, o enunciado fáctico) cuya conjunción habilitaría, por *modus ponens*, el paso a la conclusión (i.e. la ‘norma individual’)<sup>9</sup>.

La norma general y abstracta que constituye la premisa mayor sería producto de un proceso interpretativo-argumentativo complejo que no será tratado aquí, pero que evocando a Guastini podría sintetizarse como aquél que va ‘de la disposición a la norma’<sup>10</sup>. La correcta interpretación, decía Taruffo, es una de las condiciones que debe satisfacer la decisión para ser *justa*.

Por su parte, los enunciados fácticos (i.e. las premisas menores), serían enunciados declarativos tales que «pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y (...) son en alguna manera, social y culturalmente “construidas”, pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas»<sup>11</sup>. Taruffo sostenía que estos enunciados *se construyen* en al menos cuatro sentidos: selectivo, semántico, cultural y social.

La construcción selectiva implicaría elegir ciertas circunstancias de la realidad especialmente relevantes en una situación concreta y con determinada finalidad. Esta selección estaría guiada por (al menos) dos clases de criterios de relevancia: los jurídicos y los lógicos.

Los criterios jurídicos llevarían a seleccionar dentro de las múlti-

9 Esto último (i.e. el paso de las premisas a la conclusión por *modus ponens*) constituye la llamada ‘justificación interna’ de la decisión judicial. Cfr., por todos, WRÓBLEWSKI, JERZY, “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967.

<sup>10</sup> Por todos, GUASTINI, RICCARDO, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, en especial cap. IV.

<sup>11</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 15.

ples descripciones posibles de la realidad, aquellas que muestran al enunciado fáctico como instancia del supuesto de hecho de la norma constituyente de la premisa mayor. Esto no es más que aquello que muchos autores denominan ‘razonamiento calificadorio’, por contraposición con el ‘razonamiento probatorio’<sup>12</sup>.

Los criterios lógicos, por su parte, apuntarían a «aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado»<sup>13</sup>. La relevancia de estos (enunciados sobre) hechos estaría, según el autor, en el proporcionar sustento inferencial al enunciado fáctico construido según los criterios de relevancia jurídica. De allí que los denomine (enunciados sobre) hechos *indiciarios*.

Pues bien, y a modo de primer comentario, no parece riguroso considerar a los (enunciados sobre) hechos indiciarios ‘criterios de construcción’ del enunciado fáctico. Ellos son, más precisamente, elementos de la inferencia que le da apoyo probatorio a ese enunciado ‘una vez construido’ (i.e. ya calificado); se trata de las premisas del razonamiento probatorio o más simplemente, de *las pruebas*.

Sobre esto nos centraremos a continuación, especialmente en relación a tres cuestiones: Primero, la relativa a si la verdad del enunciado

<sup>12</sup> La «traducción al lenguaje jurídico» (WRÓBLEWSKI, JERZY, “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967, p. 18). Sobre esta clase de problemas, por todos, FERRUA, PAOLO, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, en A.A.V.V., *La prova nel dibattito penale*, Torino, G. Giappichelli, 317-410, 2007, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, “Hechos y conceptos”, *Dialnet: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 2007, MAZZARESE, TECLA, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 87, UBERTIS, GIULIO, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979. Dejaré de lado en esta presentación las cuestiones concernientes al razonamiento calificadorio, sobre todo porque no han sido centrales en la discusión que aquí se reconsidera.

<sup>13</sup> Taruffo, p. 19.

fáctico es condición necesaria de la justificación de la decisión judicial y, en su caso, cuál es el papel del razonamiento probatorio a tal efecto (§1). Segundo, la relativa a la concepción de la prueba dentro del proceso (§2.1), y la consecuente relevancia atribuida a la ‘inmediación’ (§2.2), de acuerdo al modo en que se entienda la relación entre premisas probatorias y enunciado fáctico. Por último, la relativa a los estándares de prueba, como criterios determinativos de la *suficiencia* de las pruebas en favor del enunciado fáctico de la decisión (§3).

## I. Primera discusión: justificación de enunciados fácticos, verdad y decisión justa

Las condiciones de justificación de los enunciados fácticos de la decisión judicial parecen de algún modo determinadas por la concepción que se tenga del proceso judicial y la finalidad que correspondientemente se le asigne. Taruffo planteaba en este aspecto dos alternativas como disyuntivas: (i) concebir al proceso como método de resolución de conflictos dirigido a poner término a la disputa; (ii) concebir al proceso como método para «aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos...»<sup>14</sup>.

La primera opción identificaría la justicia de la decisión como meramente procedimental: mero «respeto de las reglas del juego». Taruffo apuntaba principalmente al denominado *adversary system*, un proceso, basado en una ideología para la cual la verdad es irrelevante, entendido como «competición deportiva» donde «no gana quien tiene razón; tiene razón quien gana»<sup>15</sup>.

De conformidad con la segunda visión, «la justicia del procedimiento puede considerarse, ciertamente, como *una* condición de justicia de la decisión (al menos en el sentido de que no estamos dispuestos

<sup>14</sup> Taruffo<sup>a</sup>, p 26.

<sup>15</sup> TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 109. El sistema adversarial ha sido definido como aquel en el cual el proceso está bajo el control de la partes y el órgano decisor resta esencialmente pasivo (DAMAŠKA, MIRJAN R., *Il Diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 109).

a aceptar como justa una decisión tomada dentro de un proceso injusto, en el cual, por ejemplo: el juez no practicó pruebas o hubiese decidido tirando los dados o basándose en una confesión obtenida con la tortura), pero no puede ser considerada como la *única* condición, o como condición suficiente de la justicia de la decisión»<sup>16</sup>.

Para Taruffo, la justicia del resultado del proceso (i.e. de la decisión) dependería no solo del respeto de las ‘reglas del juego’ sino de «criterios *substantiales* de justicia» que identifica con la *correcta* «aplicación de *normas* en los casos concretos que son objeto de decisión»<sup>17</sup>. Esta «correcta aplicación de normas», por su parte, se daría solo si (a) la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada, y si (b) se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso<sup>18</sup>.

Para Taruffo «es evidente que si la norma N identifica el supuesto de hecho H como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual *h* que corresponde a H no existe (en la medida en que es falso el enunciado que lo describe), entonces la norma N no puede ser aplicada en este caso. Si, de todas maneras, el juez la aplica, ello basta para decir que la decisión *no es justa*»<sup>19</sup>. El autor basa esta afirmación en que: «es obvio que a un proceso justo puede seguir una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas»<sup>20</sup>.

No obstante, si se asume (como parece plausible) que las reglas de valoración de la prueba forman parte del procedimiento, pues entonces una incorrecta valoración de la prueba como la de la cita precedente, produce una situación de ‘injusticia procedimental’, una violación de ‘las reglas del juego’, solapada por lo tanto con la ‘injusticia substancial’ que preocupa a Taruffo. El caso interesante para

<sup>16</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 27.

<sup>17</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 28.

<sup>18</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 29. También TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 117-118.

<sup>19</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 29.

<sup>20</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 30.

contraponer ‘justicia procedimental’ y ‘justicia substancial’, por el contrario, parece ser más bien aquél en que las reglas de valoración son respetadas, de modo que se declara *correctamente* probado (o no probado) el enunciado fáctico falso (o verdadero): ¿está allí jurídicamente justificada la decisión?, ¿en su caso, es también justa?

Parece haber aquí una ambigüedad en la posición de Taruffo desde que la condición (b) de ‘aplicación correcta de normas’ (i.e. la ‘determinación de la verdad’) podría interpretarse según sus palabras, ya como (i) *verdad* del enunciado a secas (i.e. correspondencia con la realidad)<sup>21</sup>, ya como (ii) *prueba* de la verdad del enunciado (i.e. *aparente* correspondencia dadas las pruebas valoradas)<sup>22</sup>.

A esto apuntaban especialmente Bouzat y Cantaro en su réplica, basándose en algunas ideas de Ricardo Caracciolo centradas en la ambigüedad de la noción de ‘decisión judicial’ que, como es sabido, designa tanto la *norma individual* (conclusión de la justificación interna de la decisión), cuanto la *acción de decidir*. Correlativamente, cabe distinguir entre justificación de la acción y justificación de su resultado (i.e. de la norma individual): «[l]a justificación es una noción relacional, que hace referencia a la relación existente entre un dominio de

<sup>21</sup> Así interpretan Bouzat&Cantaro la postura de Taruffo, en el sentido «... de que solo constituye una decisión judicial justa aquella que se funda en premisas fácticas verdaderas...» (Bouzat&Cantaro, p. 70). Esta interpretación encuentra sustento en algunas afirmaciones de Taruffo, por ejemplo: si el hecho «no se ha producido “en la realidad” no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia» (Taruffo<sub>a</sub>, p. 39).

<sup>22</sup> Son varios los pasajes donde la posición del autor se torna ambigua, por ejemplo: «... un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad» (Taruffo<sub>a</sub>, p. 31, negritas propias); «la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, *por lo tanto*, como *demostrabilidad* en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar» (Taruffo<sub>a</sub>, p. 40, cursivas propias); «[l]o que persigue el proceso es *la mejor aproximación posible*, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso proceso concreto, a la verdad “histórica” o “empírica” de los hechos» (Taruffo<sub>b</sub>, p. 86, cursivas propias).

*razones* y un contradominio que hay que justificar (normas, acciones, creencias, proposiciones, etc.)»<sup>23</sup>. Y en efecto, la aparente ambigüedad en la posición de Taruffo respecto a las condiciones de justificación de la premisa fáctica, se corresponde con la presencia de estas dos decisiones (i.e. acción y norma) a justificar.

En este sentido, es usual decir que una norma estará justificada en tanto sea aplicación, i.e. implicación lógica, de otra norma. Para Caracciolo, *aplicación de normas* implica la verdad de los enunciados fácticos subsumibles en el supuesto de hecho de la norma aplicada; luego, la condición de justificación de la decisión-norma es *la verdad* del enunciado fáctico<sup>24</sup>.

Por el contrario, dado que no hay relaciones lógicas entre normas y acciones, la justificación de la acción de decisión del juez no podría darse por implicación lógica. Tal acción estaría justificada, en cambio, si fuere llevada a cabo en las circunstancias bajo las cuales una norma la ordena o faculta. Y parece evidente que los ordenamientos procesales ordenan o facultan a los jueces a decidir (i.e. a emitir normas individuales) en relación a determinadas normas generales 'si los enunciados fácticos en estas últimas subsumibles *están probados*'; luego, la condición de justificación de la decisión-acto es *la prueba* del enunciado fáctico.

Así las cosas, se daría entonces la paradoja de que el ordenamiento jurídico consideraría justificadas (ordenaría o facultaría) decisiones acto consistentes en la emisión de decisiones norma injustificadas (i.e. no 'aplicativas' de normas generales). Esta situación se daría en todos los casos en que los enunciados fácticos relevantes estuviesen probados siendo, sin embargo, falsos.

Ahora bien, dejando por un momento de lado la posición de Taruffo sobre el punto, ¿qué sería lo paradójico de esta situación: que el dere-

---

<sup>23</sup> Bouzat&Cantaro, p. 69. CARACCILO, RICARDO A., *Justificación normativa y pertenencia*, en CARACCILO, RICARDO A., *El derecho desde la filosofía: ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 37-69, 2009, p. 43.

<sup>24</sup> CARACCILO, RICARDO, *El problema de los hechos en la justificación de la sentencia*, Universidad Nacional del Sur, 2000.

cho pueda conducir a resultados *injustos* mediante decisiones (jurídica-mente) justificadas (por declarar probados enunciados fácticos falsos); o bien que una descripción del derecho lo muestre como incoherente (por darse en su interior, según sus criterios internos, acciones jurídica-mente justificadas con resultados injustificados)? Porque al tiempo que no parece haber nada de paradójico en lo primero, consecuencia de la falibilidad de todo método de decisión no omnisciente; si el problema fuere del segundo tipo, la paradoja pareciera disolverse con una reformulación de los criterios jurídicos de justificación.

En este sentido, Sánchez Brígido y Seleme proponían hace algunos años enlazar los criterios de justificación de los actos de decisión con los de las normas resultantes reconstruyendo «la norma que justifica el acto como haciendo referencia a la justificación de su contenido»<sup>25</sup>. De este modo, si ‘aplicación correcta de normas’ implica conceptualmente (i) la *verdad* de los enunciados fácticos relevantes, habrá que incluir entre las condiciones de permisión o mandato del acto de decisión judicial el que esos enunciados sean verdaderos. Por el contrario, si ‘aplicación correcta de normas’ requiere solamente (ii) la *prueba* de los enunciados fácticos (sean verdaderos o falsos), pues entonces se podrá considerar sin problemas también a la mera prueba de los enunciados como la condición justificativa del acto de decisión. De este modo, decisión norma y decisión acto estarán justificados o injustificados en los mismos casos, al menos a la luz del derecho.

Recientemente, optando aparentemente por la segunda opción<sup>26</sup>, decía Taruffo que la justicia de la decisión «no presupone solamente su *legalidad*, es decir su derivación de una interpretación y aplicación correcta de las normas sino también su *veracidad*, es decir la *comprobación de la verdad* de los hechos relevantes...»<sup>27</sup>. Pero si esto es así, pues

<sup>25</sup> SÁNCHEZ BRÍGIDO, RODRIGO & HUGO OSCAR SELEME, “Justificación sin verdad”, *Análisi e diritto* 2001, 2002, p. 292.

<sup>26</sup> Véanse además las citas en nota 22.

<sup>27</sup> TARUFFO, MICHELE, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en TARUFFO, MICHELE, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ & ALFONSO CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio

entonces lo que el autor llama justicia substancial y justicia procedimental colapsan: la realización correcta del procedimiento, incluida la valoración de la prueba, satisface las condiciones de justicia substancial. De hecho, Taruffo afirmaba metafóricamente que puede no llegarse al polo sur, «pero si quiero ir a la Tierra del Fuego debo saber en qué dirección moverme»<sup>28</sup>. El punto es, precisamente, que donde se tiene la finalidad de llegar es a Tierra del Fuego, no al polo sur: a la *prueba* de los hechos y no (necesariamente) a su *verdad*.

De este modo, además, las dos concepciones procesales presentadas como antagónicas se acercan considerablemente: no hay inconvenientes en concebir al proceso judicial como ‘método de resolución de conflictos’ ya que su realización correcta garantiza la ‘correcta aplicación de las normas jurídicas’.

Así vista la cuestión, la relación entre prueba y verdad habría de analizarse en diversos niveles. En primer lugar, preguntándose si el proceso judicial *debe* estar dirigido a pronunciamientos con enunciados fácticos verdaderos. En este sentido, se han dado buenas razones para mostrar que de ello depende el éxito del derecho mismo en su función de dirección de la conducta de los ciudadanos<sup>29</sup>. En segundo lugar, asumiendo que así *debe ser*, cabría preguntarse todavía si los procesos judiciales tal como se estructuran efectivamente tienen en vistas satisfacer tal exigencia normativa, si *es* como debe ser. En tercer lugar, cabría preguntarse también si esas reglas son respetadas en cada sistema procesal y en su caso en qué grado, si son eficaces en vistas a alcanzar la verdad, etc.<sup>30</sup>.

El que un determinado ordenamiento procesal esté o no interesado en *descubrir la verdad* y, en su caso, cuán interesado esté, parece ser función, entre otras cosas, de las exigencias de pruebas epistémica-

Jurídico Europeo, 17-46, 2010, p. 28. Cursivas del autor.

<sup>28</sup> Taruffo, p. 86.

<sup>29</sup> Se habla, en este sentido, de la verdad como *ideal regulativo* y de relación teleológica entre prueba y verdad: por todos, FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 29-30.

<sup>30</sup> TARUFFO, MICHELE, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ & ALFONSO CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46, 2010, p. 25.

mente relevantes para adoptar la decisión final, de cuánta prueba se exija para considerar que los enunciados fácticos están probados y de quién deba o pueda ofrecer y producir prueba<sup>31</sup>. Estas cuestiones son objeto de discusión todavía hoy.

En lo que aquí importa, cabe decir solamente que si el ordenamiento exige efectivamente que la decisión se base en pruebas genuinamente epistémicas, a lo sumo, quedará por discutirse si la medida en que esa regulación propende a *descubrir* la verdad es o no satisfactoria, si se tutelan o no suficientemente otros valores, etc.; pero no cabrá decir que *no le interesa la verdad* sin más por el solo hecho de concebirse al proceso como *adversaria*<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Si bien no puede aquí abordarse la cuestión en detalle, suele darse gran importancia al *rol* que el ordenamiento procesal reserva al juzgador como indicador de su preocupación por la determinación de la *verdad* de los enunciados fácticos. Para Taruffo un juez ‘árbitro’ sin poderes probatorios (como el del procedimiento *adversarial*) lleva a un proceso donde ‘gana el más fuerte’ sin ser relevante si el enunciado fáctico sobre el que se decide es verdadero o no. Frente a él, un juez con un rol de ‘gobierno del proceso’ y poder probatorio autónomo, sería garante de la ‘correcta aplicación de la ley’ lo que propendería a enunciados verdaderos (Taruffo, p. 34-35). Parte de la objeción de Bouzat&Cantaro apunta a esta visión que está en clara contradicción con la de aquellos que entienden al contradictorio entre dos iguales frente a un tercero neutral precisamente como *garantía epistemológica* (por todos, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, p. 152 y REDONDO, MARÍA CRISTINA, “Argumentación auténtica y argumentación estratégica”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 238 1, 2012, p. 39, nota 17). Estas dos posturas llevan a los procesalistas a muy diversas conclusiones en temas como el de las ‘cargas dinámicas de la prueba’, las ‘medidas para mejor proveer’, etc. Parte de esta discusión puede verse en VARGAS, ABRAHAM LUIS, “Cargas probatorias dinámicas, sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, *Activismo y garantismo procesal: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba*, XL 7, 2009.

<sup>32</sup> De allí también que sea sospechosa la pretendida conexión necesaria entre el proceso adversarial con la ‘prueba como persuasión’ (idea presente en Gascón Abellán, p. 54) ya que si el juez (aun siendo completamente neutral y probatoriamente pasivo) debe decidir de acuerdo a las pruebas que se ofrecieron y produjeron, y si ha de hacerlo de acuerdo a un criterio de suficiencia con bases epistémicas, entonces nada obsta a que decida declarando *ganador* a quien tenga buenas o mejores razones *epistémicas*. Por cierto, puede dudarse de que el *adversary system*, resulte más o menos idóneo

Por lo que queda, asumiendo que son desde algún punto de vista *injustas* las normas individuales dictadas en base a enunciados fácticos falsos, será entonces inevitable reconocer que el derecho otorga ‘definitividad’ (y que considera acaso justificadas) a decisiones (acto y norma) *injustas*<sup>33</sup>. Exactamente del mismo modo, el derecho nunca se ha visto impedido de otorgar definitividad y considerar jurídicamente justificadas decisiones (acto y norma) que pueden afirmarse como *injustas* aun cuando basadas en premisas fácticas verdaderas. Esto es así toda vez que lo *injusto* sean las normas jurídicas correctamente aplicadas. En cualquiera de los casos, no encuentro nada paradójico en afirmar que el derecho fue, es, o podrá ser *injusto*.

## II. Segunda discusión: la prueba judicial, entre conoci-

---

para el descubrimiento de la verdad, así como también, y sobre todo, de si ese tipo de procedimiento es justo en términos sociales; pero estas son dos cuestiones muy distintas (sobre lo primero puede verse, entre otros, DAMAŠKA, MIRJAN R., *Il Diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 137-150, FISS, OWEN M., “The Social and Political Foundations of Adjudication”, *Law and Human Behavior*, 6 2, 1982).

<sup>33</sup> Esto podría presentarse de varios modos según cómo se combinen las condiciones normativas que justifican la decisión (acto y norma), de conformidad a la propuesta antes reproducida. Si se asumiese que decisión acto y norma están justificadas si los enunciados fácticos están *probados*, habrá decisiones jurídicamente justificadas pero extrajurídicamente *injustas* toda vez que los enunciados fácticos probados fueren falsos. Si, por el contrario, se asumiese que decisión acto y norma solo están justificadas si los enunciados fácticos son *verdaderos*, habrá decisiones injustas toda vez que el derecho otorgue (quizás paradójicamente) carácter definitivo a decisiones que, por ser falsos sus enunciados fácticos, están (incluso jurídicamente) injustificadas. Esta última alternativa ha llevado a marcar una analogía entre este fenómeno y la cláusula alternativa tática kelseniana (FERRER BELTRÁN, JORDI, ‘*Está probado que p*’, en TRIOLO, LUCIA, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 73-96, 2001, p. 76).

## miento y persuasión

Taruffo traía a colación dos concepciones contrapuestas de la prueba judicial: prueba como *conocimiento* y prueba como *persuasión*<sup>34</sup>. Marina Gascón Abellán apuntaba especialmente a este fragmento, conectando cada una de esas concepciones con ciertas posturas epistemológicas: (a) objetivista crítica (identificada con la prueba como *conocimiento*)<sup>35</sup>; (b) constructivista (identificada con la prueba como *persuasión*)<sup>36</sup>; y (c) cognoscitivista acrítica<sup>37</sup>.

### II.1. Persuasión y verdad

Decía Taruffo, y reproducía Gascón Abellán, que «una concepción de este tipo [de la prueba como medio de persuasión] es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba»<sup>38</sup>. Se atribuía a la concepción persuasiva el hacer colap-

<sup>34</sup> También, TARUFFO, MICHELE, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ & ALFONSO CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46, 2010, p. 30.

<sup>35</sup> Lo que implicaría asumir que hay ‘hechos externos’ susceptibles de ser conocidos, que las pruebas son instrumentos para ello y que, en cualquier caso, el conocimiento es falible (Gascón Abellán, p. 44 y Taruffo, p. 32).

<sup>36</sup> Aquí se «entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto» (Gascón Abellán, p. 45).

<sup>37</sup> El cual «entiende que el fin (un fin instrumental) del proceso es averiguar la verdad de las aserciones litigiosas (en el sentido de su correspondencia con los hechos que describen), pero, al concebir la prueba judicial como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la posibilidad de obtener resultados incuestionables» (Gascón Abellán, p. 47). Estas relaciones habían sido ya exploradas en GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, Cap. II.

<sup>38</sup> Gascón Abellán, p. 45 y Taruffo, p. 32. En el mismo sentido, la prueba como *persuasión* «... se sitúa fuera de toda perspectiva racional ya que toma en cuenta solo la función persuasiva de la prueba...» (TARUFFO, MICHELE, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ &

sar confirmabilidad y verdad, de modo que verdadero sería aquello, y solo aquello, «que resulta probado en el proceso»<sup>39</sup>. En este sentido, si probado en el proceso significase corazonada o convicción irracional del decisor, entonces la verdad *sería* el contenido proposicional de la corazonada o convicción irracional.

Así presentadas, las ideas de prueba y de verdad resultan claramente contra-intuitivas. Sin embargo, parece posible matizar el pretendido enlace necesario entre prueba como persuasión y valoración irracional de la prueba, así como también su incompatibilidad con el concepto de verdad como correspondencia.

En primer lugar, en el lenguaje ordinario persuasión significa «aprehensión o juicio que se forma en virtud de un fundamento»; y persuadir significa «inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo»<sup>40</sup>. Así concebida, por definición, la persuasión implica algún criterio de corrección<sup>41</sup>. Y como consecuencia de ello, no cualquier cosa, no «cualquier causa»<sup>42</sup>, podrían llevar a la persuasión del juez, sino tan solo aquellas que *fundamenten* su juicio de conformidad con ese criterio<sup>43</sup>.

ALFONSO CANDAU PÉREZ, Consideraciones sobre la prueba judicial, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46, 2010, p. 31).

<sup>39</sup> Gascón Abellán, p. 46.

<sup>40</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>41</sup> La posición contraria que aquí se evalúa no parece del todo ajena al pensamiento de Taruffo quien afirma en un pasaje que la prueba como persuasión se dirige a convencer al juzgador «de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico» (Taruffo<sub>a</sub>, p. 32).

<sup>42</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 33.

<sup>43</sup> En este sentido, es perfectamente posible distinguir la ‘persuasión’ del juez ‘fundada’ en el ofrecimiento de dádivas por parte de una de las partes o sus representantes, de la ‘persuasión’ del juez ‘fundada’ en aquellas que Taruffo llama pruebas en sentido estricto (Taruffo<sub>a</sub>, p. 30). De allí que parezca incorrecto también inferir del hecho de que la prueba frente al *jury* norteamericano es persuasión, y de que éste nunca motiva su veredicto, que éste «por lo tanto, queda siempre falto de todo fundamento racional» (TARUFFO, MICHELE, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ & ALFONSO CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio

En segundo lugar, ¿en qué puede consistir esa corazonada o esa convicción –por irracional que fuere– si no es precisamente en la *correspondencia* de la proposición expresada por el enunciado fáctico (y la creencia o corazonada) con la realidad?<sup>44</sup> Taruffo decía que la visión de la prueba como persuasión no es «totalmente falsa». Ella sería correcta desde el punto de vista «absolutamente parcial» del abogado, «quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimiento, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de *su* versión de los hechos»<sup>45</sup>. Pero ¿qué puede significar ‘convencer sobre su credibilidad’ sino en el sentido de correspondencia con la realidad?

El problema con ‘la mera persuasión’, entendida en el sentido restringido de simple convicción, ‘casi corazonada’, no parece estar tanto en ella misma como criterio probatorio sino en su relación con ciertos motivos que podrían explicar la presencia de ese estado subjetivo en el decisor y que quedarían inmunes al control<sup>46</sup>. Desatender esos motivos conduciría a ciertos resultados insatisfactorios por ‘sobre’ o ‘infra-incluyentes’ en relación a las razones epistémicas con que eventualmente se cuenta. Lo primero, en los casos en que el decisor estuviere ‘persuadido’ (por tanto, esté probado el enunciado) siendo insuficientes las razones

Juridico Europeo, 17-46, 2010, p. 24 resaltado propio). Motivar es explicitar razones, pero de la ausencia de (necesidad de) explicitación no se sigue ausencia de razones.

<sup>44</sup> Este punto era ya señalado en FERRER BELTRÁN, JORDI, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 79.

<sup>45</sup> Taruffo<sup>a</sup>, p. 33.

<sup>46</sup> Por ejemplo, por ‘fundarse’ en argumentos ‘persuasivos’ pero falaces, etc. Este temor está fundado seguramente por razones históricas (por todos, COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 273, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, p. 139, MAIER, JULIO B., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 1, Buenos Aires, del Puerto, 2004, p. 445 y sgts.). Más recientemente Taruffo mostraba a la *intima convicción* en dos facetas diversas, una pervertida por irracional y otra conducente a y coincidente con la aplicación de las ‘reglas de la razón’ (TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 161). Ver también ENGEL, CHRISTOPH, “A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law”, *Vermont Law Review*, 33, 2009.

epistémicas disponibles<sup>47</sup>. Lo segundo, cuando él no se sintiere persuadido (por tanto, no esté probado el enunciado) frente a razones epistémicas suficientes. Contrariamente, se asume que cuando alguien *conoce*, está persuadido, pero con la particularidad de que su persuasión está sustentada en pruebas (i.e. razones epistémicas) *suficientes*.

Ahora bien, Taruffo rechaza además la ‘prueba como persuasión’ por otra razón, a saber: «el juez *debe* fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles (...) no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si ésta deriva de informaciones extrajudiciales (la denominada “ciencia privada” del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas solo porque el juez las encuentre persuasivas»<sup>48</sup>. En este orden de ideas, y volviendo a lo dicho al final del apartado precedente, lo llamativo es que en este pasaje la ‘prueba como persuasión’ aparece a los ojos de Taruffo como indeseable aun cuando mayormente fundada desde el punto de vista epistémico.

Cabría dilucidar el sentido que en el pensamiento de Taruffo tiene ese *deber* del juez (i.e. jurídico, moral, etc.), pero cualquiera sea el caso, lo cierto es que el aceptarlo implica relegar el objetivo de máximo acercamiento epistémicamente posible a ‘la verdad’, en favor del ‘respeto de las reglas de juego’, considerándose justificado (desde el plano normativo del que provenga ese *deber*) que las decisiones contengan enunciados fácticos falsos o, como mínimo, contrarios a lo que las (mejores) razones epistémicas disponibles indican como verdadero. Lo llamativo es que si ese deber se concibiese como *moral* (y si se considerase que lo moralmente correcto es *justo*), pues decidir sobre la base de las pruebas meramente admisibles (aun cuando epistémicamente ‘peores’) y tener por probados enunciados fácticos falsos (o viceversa) no sería ni siquiera extrajurídicamente *injusto*.

<sup>47</sup> Cfr. Taruffo<sub>a</sub>, p. 35.

<sup>48</sup> Taruffo<sub>a</sub>, p. 34.

## II.2. Motivación, intermediación y control sobre la justificación de los enunciados fácticos

Suele concebirse a la prueba (sea como persuasión, sea como conocimiento) como especialmente vinculada con la noción de intermediación. Para quienes creen que la prueba ha de dirigirse a persuadir con independencia de toda razón epistémica, la intermediación se presenta como fuente privilegiada de esa irracional e inexpresable convicción<sup>49</sup>. Para quienes creen que la prueba ha de dirigirse a proporcionar razones epistémicas, es usual considerar que la intermediación ofrece un acceso privilegiado a esas razones, que no serían evaluables por quien no comparta esa posición. Esto conduciría a «blindar el juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano jurisdiccional; puesto que algunos elementos de convicción, considerados fundamentales para la formación del criterio judicial en tema de hechos, por su difícil o imposible verbalización, por su práctica intraducibilidad en palabras, resultarían infiscalizables»<sup>50</sup>.

La cuestión ha tenido relevancia práctica en diversos sistemas procesales, especialmente en lo relativo al rechazo de ciertos recursos concebidos como limitados a la revisión de ‘cuestiones de derecho’. En especial, allí donde esos recursos son los únicos previstos contra determinadas decisiones, al tiempo que (se entiende haya) otras normas, a veces con jerarquía suprallegal, que garantizan un recurso *íntegro*<sup>51</sup>.

Dejando de lado los argumentos de corte esencialista en relación a ciertas vías impugnativas<sup>52</sup>, como también aquellos que se aferran a la

<sup>49</sup> A esto apuntaban especialmente Gascón Abellán y Taruffo, p. 82.

<sup>50</sup> Andrés Ibañez, p. 59. Véase también ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 12, 1992.

<sup>51</sup> Por ejemplo, en relación al art. 8, 2, h del Pacto de San José de Costa Rica se ha dicho que «[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (CIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004, párrafo 165).

<sup>52</sup> Aludiendo, por ejemplo, a la *naturaleza jurídica* del recurso (e.g. de casación) como excluyente de la revisión de la justificación de enunciados fácticos.

letra de ciertas disposiciones y/o a interpretaciones de índole conservadora<sup>53</sup>, muchas veces ese rechazo se ha fundado en una pretendida *imposibilidad epistémica* de control de la justificación de la premisa fáctica por ser ella, precisamente, producto de la intermediación<sup>54</sup>.

Este punto no ha sido pasado por alto en la ‘epistemología jurídica’ de los últimos años. Se ha mostrado que ese aparente blindaje epistémico producido por la intermediación, se diluye frente a una explicitación del sustento de cada enunciado fáctico, y distinguiendo, consecuente y cuidadosamente, a los genuinos enunciados de intermediación de aquellos inferenciales: un enunciado solo es producto de la intermediación «cuando su apoyo no está basado o justificado en premisas sino en hechos externos»; se trata de productos de la *percepción* del individuo que los sostiene y dependen, por tanto, de su posición epistémica en el sentido de ‘relación sujeto-mundo’<sup>55</sup>. Por el contrario, «[u]n enunciado es inferencial cuando es o puede ser reconstruido como una conclusión basada en premisas» de modo que se presenta como una ‘relación enunciado-enunciado’ donde cada premisa es una conclusión que se infiere de otras premisas<sup>56</sup>.

La imposibilidad de control epistémico afecta pura y exclusivamente a los enunciados de intermediación. Pero lo cierto es que ellos,

<sup>53</sup> Pienso en aquellas interpretaciones que atribuyen significado a ciertas disposiciones que regulan, por ejemplo, el recurso de casación, sobre la base de que la intención del legislador histórico habría sido la de excluir del control en alzada a las ‘cuestiones sobre hechos’.

<sup>54</sup> Obstáculo que afectaría a todo recurso de aquellos a que los procesalistas califican como ‘de efecto devolutivo’.

<sup>55</sup> «Por eso decimos que los enunciados de intermediación son auténticos enunciados “últimos”, pues “antes” de ellos no hay otros enunciados sino directamente una percepción sensorial» (PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo “Casal” y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 11, 2007, p. 247).

<sup>56</sup> PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL & HERNÁN BOUVIER, “Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, 2004, p. 188.

cuantitativa y cualitativamente, carecen de la relevancia que históricamente se les atribuyó. En efecto, imagínese al tribunal (o jurado) que recepta la prueba en el juicio oral: ¿qué es producto de la inmediación? El enunciado según el cual el testigo ‘movió las manos de tal o cual modo’, por ejemplo, pero nada más que eso. Lo que de allí *se siga*, e.g. ‘su nerviosismo’, será ya producto de la inferencia y será, por tanto, controlable.

A esto se apuntaba ya en Discusiones 3 cuando se subrayaba la importancia de que el fundamento de los enunciados fácticos contenga «... datos verbalizables y suficientemente verbalizados, para que resulten intersubjetivamente evaluables, susceptibles de un control racional de su valor convictivo mediante la puesta en relación con los de otra procedencia»<sup>57</sup>. Así, el espacio de lo incontrolable se reduce considerablemente, desmitificándose a la inmediación, si se desenmascara a los enunciados que, presentados como *perceptivos*, no son sino enunciados inferenciales con premisas ocultas<sup>58</sup>.

### III. Tercera discusión: presunción de inocencia y estándares de prueba

Aunque no discutido explícitamente, lo relativo a la *suficiencia* de las razones epistémicas en favor de enunciados fácticos permeaba cada espacio de Discusiones 3. En la introducción al número, lue-

<sup>57</sup> Andrés Ibañez, p. 59-60. En el mismo sentido ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 12, 1992, p. 297-299. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfrentó a esta cuestión en varias ocasiones, por todos véase “Casal, Matias E., y otros s/ robo simple en grado de tentativa” (causa N° 1681, del 20/09/2005).

<sup>58</sup> Véase, PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL & HERNÁN BOUVIER, “Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, 2004, p. 187. La ‘magnificación de lo que es producto de la inmediación’ se basa también en la sospechosa distinción entre prueba directa y prueba indirecta que por razones de extensión no puede ser aquí abordada.

go de identificarse como centrales a las cuestiones del ‘concepto y finalidad de la prueba’, del ‘objeto de prueba’, de la ‘valoración de la prueba’ y de la ‘motivación de la declaración de hechos probados’, se presentaba a tres de ellas como indisolublemente ligadas a la suficiencia: en efecto, se decía que ‘concepto y finalidad’ de la prueba, han de determinar «cuándo es razonable sostener que un enunciado parece verdadero, a la luz de la información de que disponemos»<sup>59</sup>; que las reflexiones acerca de la ‘valoración’ habrían de dirigirse «a obtener criterios que nos permitan determinar cuándo un enunciado está probado, es decir, cuándo es razonable considerar que ese enunciado es verdadero, a la luz de la información de la que disponemos». En lo relativo a la ‘motivación de la declaración de hechos probados’, por último, se decía que ella concierne a «... los instrumentos para mostrar (hacia terceros) las razones que justifican dicha declaración»<sup>60</sup>.

La omnipresencia de la cuestión de la suficiencia probatoria y, con ella, de los estándares de prueba<sup>61</sup>, parece insoslayable toda vez que se reconozca que la justificación del enunciado fáctico de la decisión judicial depende de un razonamiento no concluyente; en términos generales, una inferencia inductiva cuya justificación no puede ser sino probabilística y falible<sup>62</sup>. Esto, en conjunción con la necesidad jurídica de decidir (contracara de la prohibición de denegar justicia) declarando ‘probado’ o ‘no probado’ al enunciado correspondiente. La com-

<sup>59</sup> FERRER BELTRÁN, JORDI & DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, “Introducción”, *Discusiones*, 3, 2003, p. 8.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>61</sup> La expresión ‘estándares de prueba’ aparece, sin embargo, recién al final del número: Taruffo, p. 93. Recientemente se ha planteado una especie de paralelismo entre estándares de prueba (pretendidamente anglosajones) y sistemas de valoración (pretendidamente latinos): LLUCH, XAVIER ABEL, “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012. Creo, por el contrario, que todo sistema de valoración requiere de un criterio de suficiencia (i.e. estándar) y que todo estándar supone un sistema de valoración. No puedo ocuparme de esto aquí, aunque parte de las razones que sustentan esa posición quedarán expuestas en §3.1.

<sup>62</sup> Por todos, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, p. 53.

binación de inferencia probabilística y necesidad de decidir conduce inexorablemente a la búsqueda de criterios de suficiencia concretos: estándares de prueba.

La cuestión ocuparía un lugar central en la agenda epistemológico-jurídica de los años sucesivos a Discusiones 3. Sin embargo, la epistemología empezaría a mostrar sus limitaciones. En particular, su relativa falta de idoneidad para ofrecer unidades de medida de la prueba, y su consecuente impotencia para determinar criterios de suficiencia concluyentes.

### III.1. El peso de la prueba y los límites de la epistemología

El contar con un criterio de suficiencia probatoria depende lógicamente de la determinación previa de un método que suministre las unidades de medida sobre cuya base formularlo. En la búsqueda de tales unidades de medida, la ‘epistemología jurídica’ se ha centrado en general en la noción de *probabilidad* en cuyo contenido, se supone, ellas habrían de encontrarse.

Los autores se han dividido según consideren o no posible, a estos efectos, recurrir a las nociones de probabilidad que responden al cálculo matemático<sup>63</sup>. Entre los primeros, dos líneas de pensamiento han tenido particular repercusión: (i) la que concibe a la probabilidad como *frecuencia relativa* de eventos<sup>64</sup>, y (ii) la que la concibe como *grado*

<sup>63</sup> Por todos, COHEN, L. JONATHAN, *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, Giuffrè, 1998 [1989]. El que la probabilidad sea matemáticamente calculable significa que le son aplicables las reglas de: (i) complementariedad para la negación (i.e. la conjunción de la probabilidad de una proposición y su negación suman siempre 1), y (ii) multiplicación para la conjunción (i.e. la probabilidad de que dos proposiciones sean verdaderas es igual a la multiplicación de la probabilidad de cada una de ellas).

<sup>64</sup> Téngase presente que una cosa es la prueba estadística y otra distinta la concepción de los estándares de prueba en términos estadísticos (PARDO, MICHAEL S., *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en VÁZQUEZ, CARMEN (ED.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 99-118, 2013, p. 104). Una defensa de la utilización de estadísticas en general en el marco jurídico en SCHAUER,

de creencia proclamando además la aplicación del *teorema de Bayes* al razonamiento judicial sobre hechos<sup>65</sup>.

En cualquier caso, estas tentativas han resultado en general infructuosas en el marco de la decisión judicial por varias razones, pero principalmente por la inaplicabilidad de las reglas del cálculo matemático dados ciertos resultados contraintuitivos y/o jurídicamente inaceptables a que conduciría<sup>66</sup>.

En contraste, suele entenderse hoy a la probabilidad como soporte lógico que la evidencia ofrece a la hipótesis desde una perspectiva 'baconiana', no susceptible de someterse al cálculo matemático<sup>67</sup>. A muy grandes rasgos, se ha sostenido en esta orientación, que la 'probabilidad' equivale al apoyo inductivo función de la *variedad* de variables

FREDERICK, *Di ogni erba un fascio: generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 89. Algunas críticas a estas posiciones en COHEN, L. JOHATHAN, *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 74, FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 98, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 198.

<sup>65</sup> Por todos, DE FINETTI, BRUNO, *Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica*, en MONARI, PAOLA & DANIELA COCCHI, *Probabilità e induzione*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 205-228, 1993 [1973], p. 205. Conviene tener presente que el nivel de discurso que los defensores del método bayesiano asumen es explícitamente normativo (por todos, LINDLEY, DENNIS V., *Making decision*, London, Wiley Interscience, 1971, p. 3-4). Ver también, GARBOLINO, PAOLO, *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*, Roma, Laterza, 1997, p. 93-98. Una serie de trabajos dirigidos explícitamente a la aplicación del teorema de Bayes a la decisión judicial en TILLERS, PETER, ERIC D. GREEN & ALBERTO MURA, *L'Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, Giuffrè, 2003. Por razones de extensión, estas ideas no pueden ser aquí ampliadas.

<sup>66</sup> Por todos, COHEN, L. JOHATHAN, *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 58-91, COHEN, L. JOHATHAN, *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, Giuffrè, 1998 [1989], p. 185-186.

<sup>67</sup> COHEN, L. JOHATHAN, *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 121. Cfr. HEMPEL, CARL GUSTAV, *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Paidós, 2005 [1965], p. 16.

a que una hipótesis es sometida<sup>68</sup>. A mayor complejidad de variables que la hipótesis supera mayor será su apoyo inductivo. Pero sea como fuere, lo cierto es que el método no proporciona instrumentos para cuantificar el peso probatorio de cada hipótesis en competencia, sirviendo tan solo para compararlas, para *ordenarlas*<sup>69</sup>.

En estas circunstancias se ha recurrido a nociones emparentadas con la llamada «inferencia hacia la mejor explicación»<sup>70</sup>. Se sostiene que estas nociones serían adecuadas tanto para describir la práctica judicial en lo relativo a la aceptación de enunciados fácticos cuanto para proporcionar criterios normativos de comparación y selección de hipótesis fácticas ‘probablemente verdaderas’<sup>71</sup>. Pero en todo caso, los criterios podrán determinarse solo sobre la base del *peso comparativo* de las inferencias y sus conclusiones. Y esto sería todo cuanto la epistemología puede ofrecer<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> COHEN, JONATHAN L., “Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight”, *British Journal for the Philosophy of Science*, 37, 1985. Esta noción parece estar subyacente muchas veces en los conceptos de *razonabilidad*, *verosimilitud*, *confirmabilidad*, *credibilidad*, *fiabilidad* o *plausibilidad* muchas veces utilizados al referir a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial (cfr. por ejemplo, ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989, p. 16, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, p. 120, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, p. 66, 72).

<sup>69</sup> FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 122.

<sup>70</sup> Por todos, HARMAN, GILBERT H., “The inference to the Best Explanation”, *The Philosophical Review*, 74, 1965.

<sup>71</sup> CANALE, DAMIANO, *Il ragionamento giuridico*, en PINO, GIORGIO, ALDO SCHIAVELLO & VITTORIO VILLA, *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 195-230, 2013, p. 225, PARDO, MICHAEL S. & RONALD J. ALLEN, “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 27 3, 2008, PARDO, MICHAEL S., *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en CÁRMEN (ED.) VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 99-118, 2013.

<sup>72</sup> BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto* 2008, 2009, p. 24.

### III.2. La prueba suficiente y la presunción de inocencia

La limitada oferta de la epistemología, i.e. la de determinar cuál es la mejor hipótesis entre las que están en competencia, no es de por sí despreciable. Sin embargo, desde el punto de vista axiológico, solo permite satisfacer la que se calificó como «sensibilidad mínima» al riesgo de error, esto es, la que se conforma con tener por probada siempre la *mejor* hipótesis, incluso siendo esa una mala hipótesis, o siendo solo mínimamente mejor que la que le sigue en el orden de bondad. De tal modo y al menos en principio, los riesgos de error (en términos procesal-penalistas, las falsas condenas y las falsas absoluciones) se distribuirían por igual<sup>73</sup>.

No obstante, se afirma que el derecho tiene, o que debe tener, una «sensibilidad más que mínima» al riesgo de error; por lo menos en ciertos ámbitos disciplinares (e.g. el penal), donde no sería suficiente con determinar la mejor hipótesis, sino que sería necesario contar con una hipótesis especialmente buena, tal que se reduzcan ‘más que mínimamente’ ciertos errores (e.g. los de condenas a inocentes).

En este orden de ideas, la medida de bondad probatoria que una hipótesis deba satisfacer depende de un juicio *valorativo* que determina cuándo es *justa* la distribución del riesgo de error. En la búsqueda de esta medida, prioritariamente enfocada al ámbito del proceso penal, se ha recurrido usualmente a la ‘presunción de inocencia’, como presunta expresión de un juicio valorativo determinativo de la suficiencia de las pruebas para condenar. Específicamente, se trataría de una valoración subyacente a la ‘regla de juicio’ que históricamente se ha derivado de dicha presunción<sup>74</sup>, y que suele identificarse con el *in dubio pro*

<sup>73</sup> Ibid., p. . Las expresiones «sensibilidad mínima» y «más que mínima» son del autor.

<sup>74</sup> Además de esta regla ‘de tratamiento’ del imputado como inocente y otra de ‘producción de la prueba’ (carga –o más precisamente ‘responsabilidad’– de la acusación). Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, p. 139, PAULESU, PIER PAOLO, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 30, Torino, G. Giappichelli, 2009, p. 10.

reo y/o con la conocida como prueba *más allá de toda duda razonable*<sup>75</sup>. En cualquier caso, se trataría de una preferencia de las absoluciones a culpables por sobre las condenas a inocentes<sup>76</sup>.

Sin embargo, el recurso a estos enunciados y reglas se ha mostrado recientemente como infructuoso<sup>77</sup>. Esto así porque de la proscripción de condena ante la duda o la duda razonable, nada se sigue respecto al criterio de suficiencia, al menos no si se rechazan los criterios probatorios meramente internos, i.e. a la ‘mera persuasión’. En efecto, en este último sentido, la duda excluye, por definición, creencia, convicción y (mera) persuasión; pero dado que ni la presencia ni la ausencia de esos estados subjetivos podría determinar que un enunciado fáctico en el ámbito judicial esté *probado*, la presencia o no de dudas (así entendidas) tampoco proporciona criterio alguno.

Decía recientemente Ferrer Beltrán que ‘duda’ puede aquí entenderse en al menos tres sentidos: (i) como estado psicológico excluyente de los otros estados antes referidos; (ii) como imposibilidad racional de certeza y (iii) como contrario a *suficientemente probado*. Dado que (i) conduce a los problemas aludidos al hablar de prueba como mera persuasión y que (ii) conduciría a que ningún enunciado fáctico pueda considerarse probado jamás (dado que esas dudas son insoslayables ante razonamiento aproximativos), entonces solo resta (iii). Pero entonces, la ‘ausencia de duda’ es función del estándar de prueba (y no

<sup>75</sup> Así Andrés Ibañez, p. 61, Taruffo, p. 92. Estos aspectos ‘probatorios’ de la presunción de inocencia, se dice, son prioritarios en el *common law* respecto a la ‘regla de trato’ (cfr. BATIA, GIOVANNA & ALESSANDRO PIZZO, “La tutela dell’ imputato - Saggio storico - concettuale”, *Diritto.it*, 2011).

<sup>76</sup> Naturalmente, ‘culpable’ e ‘inocente’ aquí son utilizados en sentido ‘material’ sin presuponer ‘declaración de culpabilidad’ (cfr. LAUDAN, LARRY, “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, *Legal Theory*, 11, 2005).

<sup>77</sup> Larry Laudan, ha ido criticando con creciente fervor la ‘razonabilidad’ del *beyond a reasonable doubt* en varios sentidos, entre ellos, incluida la valoración subyacente antes mencionada (en especial LAUDAN, LARRY, “Is reasonable doubt reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003, p. 331). Ver también, ALLEN, RONALD J. & LARRY LAUDAN, “Deadly dilemmas”, *Texas Tech Law Review*, 41, 2008, LAUDAN, LARRY & RONALD J. ALLEN, “Deadly Dilemmas II: Bail and crime”, *Chicago Kent Law Review*, 85, 2010.

al revés), de modo que la presunción de inocencia y sus reglas derivadas son compatibles con diversos estándares, presuponiendo alguno, pero siendo insignificantes para determinarlo<sup>78</sup>.

Más aún, se ha dicho recientemente que quienes defienden el juicio valorativo pretendidamente subyacente a la presunción de inocencia, según el cual es preferible la absolución del culpable que la condena del inocente, no cuentan con una herramienta conceptual para decir *cuánto* peor o mejor es uno u otro resultado, y guiar así la formulación de un estándar<sup>79</sup>. En consecuencia, incluso si la epistemología proporcionase criterios cardinales del peso de las hipótesis (y no meramente ordinales), todavía habría que buscar criterios valorativos que determinasen cuán ‘cardinalmente apoyada’ *debe* de estar una hipótesis para la adopción de tal o cual decisión.

#### IV. Consideraciones finales

Algunos años más tarde de la aparición de Discusiones 3, en la que se lamentaba la histórica marginalización de las cuestiones epistemológicas sobre la prueba en el proceso judicial, decía Juan Carlos Bayón que «decididamente, y por fortuna, ese tiempo ha pasado ya»<sup>80</sup>. No solo se ha multiplicado la literatura sobre el asunto, sino que además se ha iniciado y mantenido un fecundo, y acaso inusual, diálogo entre autores de diversas tradiciones jurídicas así como entre filósofos, epistemólogos y juristas.

Sin embargo, especialmente en lo relativo a los estándares de prueba, la brecha entre teoría y práctica parece haberse más bien ampliado, tanto por lo inadecuado de las tentativas explicativas, cuanto por

<sup>78</sup> FERRER BELTRÁN, JORDI, *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Girona, Universitat de Girona, 2010, p. 285-295.

<sup>79</sup> Por todos, LAUDAN, LARRY, *The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?*, en GREEN, LESLIE & BRIAN LEITER, *Oxford studies in philosophy of law*, 1, Oxford, Oxford University Press, 195-227, 2011.

<sup>80</sup> BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto* 2008, 2009, p. 16.

la implausibilidad de las propuestas normativas<sup>81</sup>. Al tiempo que se pretende (o se pretende se deba) ser «más que mínimamente sensible» al riesgo de error, se ha llegado a la aparentemente indefectible conclusión de que, no solo la epistemología es inidónea para satisfacer tal pretensión, sino que además los enunciados jurídicos son inexpressivos de una medida de «sensibilidad» moral en concreto, e incluso que la filosofía moral estaría en dificultades para proporcionar criterios de distribución. A pesar de esto, los jueces continúan diariamente, y quizás solo porque no pueden no decidir, declarando *suficientemente probados* los enunciados fácticos de sus decisiones. En estas circunstancias, la *real* distribución del riesgo de error correspondiente a esa suficiencia, pareciera ser más bien función de la valoración de cada decisor en cada caso<sup>82</sup>. De tal modo, ‘la prueba como conocimiento’ corre el peligro de caer, sin quererlo, en ‘mera persuasión’, al menos en el sentido de *persuasión de haber prueba moralmente suficiente*. Esto ha llevado a muchos de quienes propician que las decisiones morales relevantes sean adoptadas democráticamente, a proponer la revisión de los sistemas de valoración de la prueba que conducen a una situación tal, a modo de retorno a los sistemas legales<sup>83</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que el razonamiento probatorio de la decisión judicial está siendo íntegramente puesto a prueba, especialmente en lo relativo a los criterios de suficiencia. La discusión parece hoy estar virando desde la epistemología a la moral. Pero lo cierto es que en todo caso, no parece poder afirmarse todavía que *haya prueba suficiente*.

<sup>81</sup> En este orden de ideas, ALLEN, RONALD J., *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, en VÁZQUEZ, CÁRMEN (ED.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 41-64, 2013, p. 56-57.

<sup>82</sup> STEIN, ALEX, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005, p. 119. Ciertamente, no se sigue de esto que esas valoraciones no puedan apoyarse en razones, razones *prácticas*, claro está.

<sup>83</sup> Distintas propuestas en esta orientación, y con diversos matices, en BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Análisis e diritto 2008, 2009*, STEIN, ALEX, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005.

## Bibliografía

- ALLEN, R. J., *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, en C. e. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 41-64, 2013.
- ALLEN, R. J. & L. LAUDAN, “Deadly dilemmas”, *Texas Tech Law Review*, 41, 2008.
- ANDERSON, T., W. TWINING & D. A. SCHUM, *Analysis of evidence*, New York, Cambridge University Press, 2005 [1991].
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre prueba y proceso penal”, *Discusiones*, 3, 2003.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989.
- BATIA, G. & A. PIZZO, “La tutela dell’ imputato - Saggio storico - concettuale”, *Diritto.it*, 2011.
- BAYÓN MOHINO, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto 2008*, 2009.
- BOUZAT, A. & A. S. CANTARO, “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, *Discusiones*, 3, 2003.
- BRISEÑO SIERRA, H., *Derecho procesal*, México, D.F, Harla, 1995.
- CANALE, D., *Il ragionamento giuridico*, en G. Pino, A. Schiavello & V. Villa, *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 195-230, 2013.
- CARACCIOLLO, R., *El problema de los hechos en la justificación de la sentencia*, Universidad Nacional del Sur, 2000.
- CARACCIOLLO, R. A., *Justificación normativa y pertenencia*, en R. A. Caracciolo, *El derecho desde la filosofía: ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 37-69, 2009.
- COHEN, J. L., “Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight”, *British Journal for the Philosophy of Science*, 37, 1985.
- COHEN, L. J., *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- COHEN, L. J., *Introduzione alla Filosofia dell’ induzione e della probabilità*, Milano, Giuffrè, 1998 [1989].
- COUTURE, E. J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958.

- DAMAŠKA, M. R., *Il Diritto delle prove alla deriva*, Bologna, il Mulino, 2003.
- DE FINETTI, B., *Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica*, en P. Monari & D. Cocchi, *Probabilità e induzione*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 205-228, 1993 [1973].
- ENGEL, C., “A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law”, *Vermont Law Review*, 33, 2009.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., ‘*Está probado que p*’, en L. Triolo, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 73-96, 2001.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, J., *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Girona, Universitat de Girona, 2010.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012.
- FERRER BELTRÁN, J. & D. GONZÁLEZ LAGIER, “Introducción”, *Discusiones*, 3, 2003.
- FERRUA, P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, en A.A.V.V., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, 317-410, 2007.
- FISS, O. M., “The Social and Political Foundations of Adjudication”, *Law and Human Behavior*, 6 2, 1982.
- GARBOLINO, P., *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*, Roma, Laterza, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, M., “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, *Discusiones*, 3, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005.

- GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y conceptos”, *Dialnet: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 2007.
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- HARMAN, G. H., “The inference to the Best Explanation”, *The Philosophical Review*, 74, 1965.
- HEMPEL, C. G., *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Paidós, 2005 [1965].
- LAUDAN, L., “Is reasonable doubt reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003.
- LAUDAN, L., “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, *Legal Theory*, 11, 2005.
- LAUDAN, L., *The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?*, en L. Green & B. Leiter, *Oxford studies in philosophy of law*, 1, Oxford, Oxford University Press, 195-227, 2011.
- LAUDAN, L. & R. J. ALLEN, “Deadly Dilemmas II: Bail and crime”, *Chicago Kent Law Review*, 85, 2010.
- LINDLEY, D. V., *Making decision*, London, Wiley Interscience, 1971.
- LLUCH, X. A., “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012.
- MAIER, J. B., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 1, Buenos Aires, del Puerto, 2004.
- MAZZARESE, T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996.
- PARDO, M. S., *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en C. e. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 99-118, 2013.
- PARDO, M. S. & R. J. ALLEN, “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 27 3, 2008.
- PAULESU, P. P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 30, Torino, G. Giappichelli, 2009.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo “Casal” y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 11, 2007.
- PÉREZ BARBERÁ, G. & H. BOUVIER, “Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en

- las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, 2004.
- REDONDO, M. C., “Argumentación auténtica y argumentación estratégica”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 238 1, 2012.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. & H. O. SELEME, “Justificación sin verdad”, *Analisi e diritto* 2001, 2002.
- SCHAUER, F., *Di ogni erba un fascio: generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- STEIN, A., *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, M., “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, *Discusiones*, 3, 2003.
- TARUFFO, M., “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 3, 2003.
- TARUFFO, M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TARUFFO, M., *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez & A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46, 2010.
- TARUFFO, M., P. ANDRÉS IBÁÑEZ & A. CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- TILLERS, P., E. D. GREEN & A. MURA, *L’Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979.
- VARGAS, A. L., “Cargas probatorias dinámicas, sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, *Activismo y garantismo procesal: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs.Sociales de Córdoba*, XL 7, 2009.
- WRÓBLEWSKI, J., “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967.

# Instrucciones para los autores



*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en los meses de junio y diciembre.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

## **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción

*Discusiones: sección principal.* Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

*Discusiones: Cortes.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato por pares externos.

*Discusiones: Libros.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato por pares externos.

*Discusiones: Balance.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato por pares externos.

## **Instrucciones generales de escritura y citado**

Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente. En la nota se indicará la fuente de la siguiente manera

Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979

Garzón Valdés, E., “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, DOXA, 3, 1986

Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada.

Todo trabajo debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y la indicación de tres palabras claves.



Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2013  
en A3 Servicios Gráficos, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 200 ejemplares

