ISSN 1515-7326, nº 13, 2|2013, pp. 39-66

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 esta 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[1].

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.

[1] 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.[2]

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[3].

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

[2] La traducción es mía.
[3] 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 capitulo de su texto. Como es sabido[4], 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[5], no sin suscitar, dentro de la misma magistratura, fuertes críticas, por no respetar el principio (legalista) de culpabilidad[6].

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.

[4] 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.

[5] Véase las decisiones reportadas en la primera sección del capitulo IV, dedicada a La doctrina del Tribunal Supremo Español.

[6] 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 distingue 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[7].

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[8] resultó claro que la existencia del elemento subjetivo depende completamente de aquel que se encarga de identificar la costumbre, un reciente estudio de Schauer[9] 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 autentico ingrediente (o una

[7] 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.

[8] "Théorie du droit international coutumier", Revue internationale de la théorie du droit, vol. X, 1939, pp. 253-274, p. 247.

[9] "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[10].

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

[10] 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.[11]

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 exonere" (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.

[11] 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 recamara 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.[12]

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-

[12] Sentencia de 10-12-2000.

nero tenía una relación con el trafico 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 trafico 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[13] 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

[13] 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 comparta, 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 trafico 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 espalda 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 hacía 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, añado, 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 varías 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 indisociables. Esta indisociabilidad 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 hacía 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-cognitivista, 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 hacía 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 bonsios, 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 estadía irregular:

> Toda persona que haya, directa o indirectamente, facilitado o intentado facilitar la entrada, la circulación o la estadía 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 estadía 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 trafico 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.