



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Aproximación al concepto de *willful blindness* y su tratamiento en *criminal law*

Luis Guillermo Fernández Budajir

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Penal

**APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE
WILLFUL BLINDNESS Y
SU TRATAMIENTO EN CRIMINAL LAW**

Director: Dr. José Ignacio Gallego Soler

LUIS GUILLERMO FERNÁNDEZ BUDAJIR

BARCELONA, 2018

Extracto

La expansión que ha tenido la figura de la ignorancia deliberada dentro del derecho penal Iberoamericano, a raíz de la adopción por parte del Tribunal Supremo español de la doctrina de la *willful blindness*, justifican la realización del presente trabajo. Desde esta perspectiva se pretende dar respuesta a qué es la *willful blindness* en su esencia. Para ello, se realiza un acercamiento al funcionamiento del sistema jurídico del *common law* con la finalidad de comprender el desarrollo de la *willful blindness* y proponer una aproximación conceptual de esta figura jurídica a partir de un doble enfoque sustantivo y procesal. Al finalizar, se estará en la capacidad de responder a las siguientes interrogantes: ¿A qué se hace referencia cuando se habla de *willful blindness* y por qué un determinado individuo decide ignorar lo que las circunstancias del hecho le está planteando como probable?; ¿Es exactamente lo mismo hablar de *willful blindness* y de ignorancia deliberada?; ¿Es necesaria la utilización o el acceso a un recurso como la *willful blindness* para tratar los supuestos de desconocimiento provocado de los elementos del tipo objetivo en el derecho continental? La tesis se estructura en tres partes: (i) El sistema jurídico del *common law*; (ii) La doctrina de la *willful blindness*; (iii) Aproximación al concepto de *willful blindness*.

Abstract

The expansion that the *willful blindness* doctrine has had within Ibero-American criminal law, following the adoption by the Spanish Supreme Court of this doctrine, justifies this investigation. From this perspective it is intended to answer what is the essence of the *willful blindness* doctrine. To achieve this task, an approach to the *common law* legal system is carried out in order to understand the development of the *willful blindness* doctrine, and a conceptual proposal to this legal entity based on a substantive and procedural approach is submitted. At the end, we will be in the ability to answer the following questions: What is referred to when we talk about *willful blindness*, and why a particular individual decides to ignore what the attendant circumstances suggests as probable? It is exactly the same to talk about *willful blindness* and *deliberate ignorance*? Is it necessary to use such a resource like *willful blindness* doctrine to deal with cases of contrived ignorance of the objective elements of the crime in the continental law? The thesis is structured in three parts: (i) The legal system of *common law*; (ii) The doctrine of the *willful blindness*; (iii) A conceptual approach to *willful blindness*.

Resum

L'expansió que ha tingut la figura de la ignorància deliberada dins el dret penal Iberoamericà, arran de l'adopció per part del Tribunal Suprem espanyol de la doctrina de la *willful blindness*, justifiquen la realització del present treball. Des d'aquesta perspectiva es pretén donar resposta a què és la *willful blindness* en la seva essència. Per a això, es realitza una aproximació al funcionament del sistema jurídic del *common law* amb la finalitat de comprendre el desenvolupament de la *willful blindness* i proposar una aproximació conceptual d'aquesta figura jurídica a partir d'un doble enfocament substantiu i processal. En acabar, s'estarà en la capacitat de respondre a les següents interrogants: ¿A què es fa referència quan es parla de *willful blindness* i per què un determinat individu decideix ignorar el que les circumstàncies del fet li està plantejant com a probable?; És exactament el mateix parlar de *willful blindness* i d'ignorància deliberada?; És necessària la utilització o l'accés a un recurs com la *willful blindness* per tractar els supòsits de desconeixement provocat dels elements del tipus objectiu en el dret continental? La tesi s'estructura en tres parts: (i) El sistema jurídic del *common law*; (ii) La doctrina de la *willful blindness*; (iii) Aproximació al concepte de *willful blindness*.

“The hardest thing to explain is the glaringly evident which everybody has decided not to see.”

— **Ayn Rand**, **The Fountainhead**

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE WILLFUL BLINDNESS
Y SU TRATAMIENTO EN CRIMINAL LAW

Índice

Dedicatoria y Agradecimientos	13
Índice de abreviaturas.....	15
Introducción	17
Capítulo I: EL SISTEMA JURÍDICO DEL COMMON LAW	23
Sección I: El derecho anglosajón o <i>common law</i>	23
1. El derecho inglés	23
1.1 El <i>common law</i>	23
1.2 La <i>Equity</i>	25
1.3 Las fuentes del derecho inglés	27
1.3.1 El precedente en el derecho inglés	28
1.3.2 La Legislación	30
1.3.3 Otras fuentes.....	31
2. El derecho estadounidense	33
2.1 Adopción del <i>common law</i> por los EE.UU.	33
2.2 La <i>equity</i> estadounidense	35
2.3 El precedente judicial (<i>stare decisis</i>)	36
3. El sistema jurídico estadounidense	39
3.1.1. El sistema de justicia federal	40
3.1.2. El sistema de justicia estatal.....	43
3.2 Jurisdicción de los tribunales	44
3.3 El sistema de justicia penal estadounidense.....	46
3.3.1. Derecho estatutario (<i>Statute Law</i>)	46
3.3.2 El <i>Model Penal Code</i> (MPC)	48
3.3.2.1 Antecedentes del MPC	50
3.3.2.2 <i>American Law Institute</i> (ALI) y el MPC.....	52
3.3.2.3. Composición sistemática del MPC	53
3.4 Clasificación de los delitos.....	56
3.4.1 <i>Felony</i> y <i>Misdemeanor</i>	56
3.4.2 <i>Malum in se</i> o <i>Malum prohibitum</i>	57
3.4.3 <i>Moral turpitude</i> , <i>infamous crime</i> y <i>petty offenses</i>	58
Sección II: El sistema de imputación estadounidense.....	59

Introducción	59
1. Principios de la Responsabilidad Penal.....	61
1.1 El elemento externo (<i>actus reus</i>).....	63
1.1.1 El requisito de acto (<i>act requirement</i>).....	64
1.1.2 La voluntariedad del acto (“ <i>voluntary act</i> ”).....	66
1.1.3 ¿Excepciones al requisito de acto?.....	68
1.1.4 Acto voluntario en el MPC.....	69
1.2 La omisión (<i>omission</i>).....	72
1.3 Concurrencia (<i>Concurrence</i>).....	74
1.4 Daño social (<i>social harm</i>)	75
1.5 Causación (<i>Causation</i>)	82
1.5.1 Requisitos de la causación.....	83
1.5.1.1 El análisis convencional	83
1.5.1.2 <i>Cause-in-fact (factual cause)</i> . Causa actual o causa fáctica	84
1.5.1.3 <i>Legal cause (proximate cause)</i> . Causa próxima.....	86
Sección III: <i>Mens Rea</i>	89
Introducción	89
1. Antecedentes históricos del <i>mens rea</i>	91
2. Acepciones de la palabra <i>mens rea</i>	95
3. Delitos de Responsabilidad estricta (<i>Strict Liability</i>).....	97
4. Diversos tipos de <i>mens rea</i>	101
4.1 Intención (<i>intent</i>)	102
4.1.1. Intención específica e intención general (<i>specific and general intent</i>)	105
4.2 Motivo (<i>motive</i>).....	107
4.3 <i>Malice, malice aforethought, willful</i>	109
5. El MPC y los elementos de la culpabilidad.....	110
5.1 <i>Intent or Purpose (Purposely)</i> - Intención o Propósito	112
5.2 <i>Knowledge (Knowingly)</i> - Conocimiento	113
5.3 <i>Recklessness (Recklessly)</i> – Desconsideración	114
5.4 <i>Negligence (Negligently)</i> –Negligencia	116
6. Valoración. ¿Un nuevo y moderno ‘ <i>common law</i> ’?.....	117
Capítulo II: LA DOCTRINA DE LA WILLFUL BLINDNESS	121
Introducción	121
Sección I: La doctrina de la <i>willful blindness</i> en el sistema del <i>common law</i>	123
1. Aspectos generales	123
2. Aparición de la doctrina. Inglaterra siglo XIX.....	125
3. La <i>willful blindness</i> en la doctrina de los EE.UU.	129

3.1 <i>United States v. Jewell</i> como <i>leading case</i> de la doctrina de la <i>willful blindness</i>	133
3.2 La expansión de la <i>willful blindness</i> en las instrucciones al jurado	137
4. La <i>willful blindness</i> en la doctrina canadiense	138
4.1 Aspectos generales del sistema de justicia penal canadiense.....	139
4.2 El desarrollo de la <i>willful blindness</i> en Canadá.....	141
5. La <i>willful blindness</i> en la doctrina israelí.....	145
6. El particular caso de Singapur.....	146
7. Valoración.....	148
Sección II: La <i>willful blindness</i> en la discusión doctrinal del <i>common law</i>	151
1. <i>Willful blindness</i> y <i>mens rea</i>	153
2. <i>Willful blindness</i> , <i>knowledge</i> y <i>recklessness</i>	157
2.1 <i>Willful blindness</i> como <i>knowledge</i>	158
2.2 <i>Willful blindness</i> como <i>recklessness</i>	160
2.2.1 La tesis de ROBBINS	160
3. <i>Willful blindness</i> entre <i>knowledge</i> y <i>recklessness</i>	166
3.1 La tesis de CHARLOW	166
4. Problemas de legalidad de la <i>willful blindness</i>	170
4.1 La tesis de HUSAK & CALLENDER	170
Sección III: <i>Knowledge</i> y <i>Recklessness</i> como <i>Mens Rea</i>	175
Introducción	175
1. Definiendo el conocimiento (<i>knowledge</i>)	176
1.1 El concepto de conocimiento (<i>knowledge</i>) en la doctrina penal	178
1.1.1 Sobre la creencia (<i>belief</i>).....	180
1.2 El conocimiento (<i>knowledge</i>) en las jurisdicciones basadas en el MPC.....	182
1.3 El conocimiento (<i>knowledge</i>) en el derecho penal federal.....	184
2. Definiendo la desconsideración (<i>recklessness</i>)	188
3. La confusión entre <i>knowledge</i> y <i>recklessness</i>	194
3.1 El efecto Knobe o el efecto del <i>Efecto Colateral</i> (<i>The “Side-Effect” Effect</i>).....	201
3.1.1 El efecto Epistémico del <i>Efecto-Colateral</i> (<i>Epistemic Side-Effect Effect</i>)	202
4. Una particular diferencia entre <i>willful blindness</i> y <i>knowledge</i>	204
5. Valoración.....	207
Capítulo III: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE WILLFUL BLINDNESS.....	211
Introducción	211
Sección I: La <i>willful blindness</i> en el proceso penal del <i>common law</i>	213
1. La <i>willful blindness</i> en el proceso penal estadounidense	213
1.1 Funcionamiento de un Tribunal de Apelación	215
1.2 La definición de la <i>willful blindness</i> en las instrucciones al jurado	217

2.	<i>Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB, S. A.</i> , y su repercusión en la doctrina de la <i>willful blindness</i>	220
2.1	Disidencia del Magistrado Kennedy en <i>Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB, S. A.</i>	226
3.	La <i>willful blindness</i> después de <i>Global-Tech</i>	229
3.1	La división de los circuitos (<i>circuit split</i>) con respecto al tratamiento de la <i>willful blindness</i>	230
3.1.1	División atendiendo a los requisitos exigidos para la determinación de la <i>willful blindness</i>	231
3.1.2	División atendiendo a las restricciones para la aplicación de la doctrina de la <i>willful blindness</i>	233
3.1.3	División con respecto a las reglas para las revisiones de las instrucciones	235
3.1.3.1	El estándar de error inofensivo (<i>harmless error</i>).....	236
3.1.3.2	El estándar <i>de novo</i>	237
3.1.3.3	El estándar del abuso de discreción (<i>abuse-of-discretion</i>).....	237
3.1.4	División respecto del estándar apropiado.....	238
3.1.4.1	División respecto del estándar de error inofensivo	239
4.	Criterios establecidos en tribunales comparados del <i>common law</i>	241
4.1	Inglaterra	241
4.2	Singapur	243
4.3	Canadá.....	245
5.	Valoración	250
	Sección II: La estructura de la <i>willful blindness</i>	251
	Introducción	251
1.	La Tesis de la Equiparación Culpable (<i>Equal Culpability Thesis</i>)	253
2.	Elementos reconocidos de la <i>willful blindness</i>	256
2.1	El motivo como elemento determinante de la TEC	257
2.1.1	La propuesta de CHARLOW.....	257
2.1.2	La propuesta de HUSAK & CALLENDER.....	259
2.1.3	La propuesta de LUBAN.....	263
3.	Limitaciones doctrinales mediante la reconstrucción conceptual	266
3.1	La propuesta de MICHAELS	267
3.2	La propuesta de HELLMAN	269
3.3	La propuesta de SARCH	272
3.3.1	El deber de investigación razonable (<i>Duty of Reasonable Investigation</i>).....	276
3.3.2	Crítica a la propuesta de SARCH.....	280
3.4	La propuesta de YAFFE.....	282
3.4.1	Críticas al planteamiento de YAFFE	287

4. Valoración	291
Sección III: ¿Qué es, entonces, la <i>willful blindness</i> ?	292
Introducción	292
1. Deconstruyendo la <i>willful blindness</i>	295
1.1 Responsabilidad Penal vs. Responsabilidad Moral.....	296
1.2 Ignorancia y error sobre los hechos.....	297
1.3 Ignorancia Culpable (<i>Culpable Ignorance</i>).....	300
1.4 Ignorancia intencional (<i>willful ignorance</i>).....	302
1.4.1 Diversos tipos o estados de ignorancia intencional (<i>willful ignorance</i>).....	303
1.4.1.1 La <i>willful ignorance</i> como ignorancia motivada o racional.....	305
1.4.1.2 La <i>willful ignorance</i> como ignorancia estratégica	306
1.4.1.2.1 Ignorancia como herramienta para obtener una ventaja.....	307
1.4.1.2.2 Ignorancia como herramienta para evadir la responsabilidad	309
2. <i>Willful Ignorance</i> y <i>Self-Deception</i> (autoengaño).....	313
2.1 La estructura del autoengaño (<i>self-deception</i>)	316
3. Una propuesta estructural de <i>willful blindness</i>	322
3.1 La actitud doxástica. Sospecha o creencia	323
3.1.1 Carácter de la sospecha o creencia	325
3.1.2 ¿Debe estar justificada la creencia subjetiva del sujeto?.....	326
3.2 Disponibilidad de la información y mecanismos de determinación	328
3.3 La intención de evitación y acciones deliberadas	328
4. Una defensa de la Tesis de Equiparación Culpable (TEC)	330
5. Toma de Postura ¿Qué es la <i>willful blindness</i> ?	339
Excurso: ¿Es necesaria la doctrina de la <i>willful blindness</i> en el sistema continental?.....	342
Capítulo IV: CONCLUSIONES	361
Bibliografía.....	371

Dedicatoria y Agradecimientos

Emprender un trabajo de investigación nunca resulta una tarea sencilla y su resultado tampoco puede serle atribuido exclusivamente a su autor. En el proceso investigativo intervienen una serie de elementos, factores, personas y circunstancias que permiten en un determinado momento generar una idea, facilitar un planteamiento, ordenar un argumento y en fin, un sinnúmero de situaciones diversas que influyen de manera directa en el desarrollo del texto que redacta el autor. A veces, el más insignificante estímulo genera el asomo de una idea que termina convirtiéndose en un punto neurálgico dentro del contexto investigativo y son estos motivos los que nos llevan a agradecer infinitamente la influencia de ellos en la conclusión del trabajo.

Inicio estas líneas con un agradecimiento especial a mi esposa y compañera de vida, Adriana. Sin su ayuda, paciencia, comprensión y absoluta templanza durante todo este trayecto no hubiese sido posible la culminación de este proyecto. Le agradezco infinitamente su apoyo incondicional durante todo este tiempo y la motivación que me brindó en los momentos complicados. A la vez, le pido excusas por mis ausencias durante todo este tiempo y su comprensión ante ellas. Cualquier palabra de agradecimiento es poca para lo que mereces. Con todo, este trabajo es también un logro tuyo.

Debo hacer referencia también a mi asesor y maestro Nacho Gallego Soler, quien no sólo me acompañó durante todo el proceso de desarrollo de la tesina de máster sino que, además, ha venido brindándose su sapiencia y apoyo durante toda la fase de investigación de esta tesis. A él agradezco infinitamente su compromiso, sus observaciones y, sobre todo, sus consejos en aquellos momentos donde los obstáculos se hicieron más evidentes y nos vimos en la necesidad de realizar una modificación en el plan de estudio. Hoy este proyecto ve la luz gracias a su dedicación y guía.

He de agradecer también a mis queridos amigos, compañeros de máster y de doctorado Mauricio Cristancho y Vicente Valiente, quienes a pesar de las distancias que nos separan han servido de soporte y apoyo en cada momento, impulsándome a concluir con este proyecto. Además, sus observaciones, debates por *Skype* y planteamientos fueron fuente especial de concreción de ideas, argumentos y posiciones que en este trabajo se asumen. Una especial mención de agradecimiento para mi amigo Mario Martín Pereyra, quien a pesar de nuestras

diferencias futbolísticas -pues lamentablemente es del Madrid-, ha sabido impulsarme a culminar este proyecto, brindándome siempre su mano amiga a estos fines. Por otro lado, quiero agradecer al Lic. José Alfredo Rizek, por brindarme su apoyo y respaldo durante este tiempo permitiéndome compartir horas de oficina para la dedicación de este proyecto. También, a mi compañera de trabajo Jessica Arthur Jiménez y a Juan Manuel Prida, por sus observaciones y comentarios con respecto al presente trabajo. Infinitas gracias para ustedes.

Finalmente, a mi familia y muy especialmente a mi madre Jacqueline y mi hermana Laura, por todo su apoyo en este proceso. A todos mis amigos por haber comprendido mi ausencia durante todo este tiempo.

A todos, mis más sinceros e infinitos agradecimientos. Esta tesis se la dedico a ustedes.

Índice de abreviaturas

§	Sección
§§	Subsección
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ALI	American Law Intstitute
ALIC	Actio Libera in Causa
Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confróntese
Cir.	Circuito
DIR	Deber de Investigación Razonable
EE.UU.	Estados Unidos de América
ESEE	Espistemic Side-Effect Effec
F.	Federal Reporter
Ibid.	Mismo autor
Ibidem.	Misma página
Infra	Más abajo
MPC	Model Penal Code
No.	Número
Op. Cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
Q.B. D	Queens Bench Division
RTEC	Restricción de la Tesis de Equiparación Culpable
SCJ	Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos
SCC	Suprema Corte de Justicia de Canadá
S.C.R.	Supreme Court Reports of Canada
Secc.	Sección
SEE	Side-Effect Effect
ss.	Siguientes
<i>Supra</i>	Más arriba
TEC	Tesis de Equiparación Culpable
TREC	Tesis Restringida de la Equiparación Culpable

TS	Tribunal Supremo español
UK	United Kingdom
USA	United States of America
U.S.C.	United States Federal Code
v.	<i>versus</i>
Vid.	Véase
Vol.	Volúmen

Introducción

Hoy en día se reconocen dos grandes sistemas jurídicos en el mundo occidental, el *civil law* o sistema continental y el *common law* o derecho común. Al primero pertenecen aquellos sistemas que se fraguaron en la tradición romano-germánica y, al segundo, aquellos que se basaron en la tradición jurídica inglesa a partir de la invasión de los normandos en el siglo XI.

La mayoría de las naciones del mundo occidental basan su legislación en una de estas dos tradiciones legales, entre las cuales existen muchas semejanzas aunque también muchas diferencias. Sin embargo, se entiende que las divergencias que se presentan surgen más bien en el plano técnico y no así tanto en su fundamentación ideológica. Esto es así, porque ambos sistemas comparten el mismo fundamento material de los bienes jurídicos, el reconocimiento de los valores espirituales, la concepción de la justicia y la idea de sujeción al derecho.

Además, se encuentran organizados bajo una perspectiva civil y política cuya ideología consiste en reconocer que el Estado de Derecho es un medio que sirve a los fines espirituales del ser humano y al desarrollo de la civilización. Así, la mayor diferencia de estas tradiciones jurídicas se encontrará en los métodos de creación de sus normas, en tanto en cuanto el *common law* fundamenta su sistema en el desarrollo de la jurisprudencia y el *civil law* en la codificación legislativa.

A partir de la globalización y de la adopción de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho por parte de los sistemas jurídicos occidentales, el estudio comparado del *common law* y el *civil law* ha adquirido relevancia, y si bien es cierto que la mayoría de los estudios comparados entre ambos sistemas jurídicos se han llevado a cabo desde la perspectiva del derecho privado, no menos cierto es que en los últimos tiempos ha existido una tendencia a la realización de estudios comparados desde la perspectiva del derecho público y, muy especialmente, desde el derecho penal.

Esto se ha hecho posible, precisamente, por las similitudes ideológicas de ambos sistemas jurídicos y por el fundamento de protección de los bienes jurídicos y de la psicología humana en que se basa la desvaloración penal producto de la función de prevención de la pena y de la efectividad de su instrumentación mediante la motivación por normas.

Por otro lado, este acercamiento ha tenido como consecuencia el acogimiento de conceptos acuñados en otras legislaciones y la traslación de figuras jurídicas extranjeras al sistema nacional para la resolución de problemas que se presentan en el desenvolvimiento de la práctica jurídica diaria. Esto, añadido al intento de comprender la construcción del derecho criminal en uno y otro sistema, así como la forma en que los tribunales desarrollan el proceso de la imposición de la pena a raíz de la comisión de un ilícito, ha resultado en la realización de estudios comparativos en esta materia.

Se han identificado diversos métodos o técnicas para realizar estudios comparados entre dos o varios sistemas, pero lo cierto es que la forma de hacer un estudio comparado siempre partirá del reconocimiento de los elementos relevantes que hayan sido seleccionados por el comparatista, por lo que un estudio de esta naturaleza siempre tendrá una perspectiva particular del sujeto que realiza la comparación.

En ese sentido, el presente trabajo se enmarca en el estudio del sistema del *common law* pero de una manera muy particular, ya que lo que se persigue es hacer un acercamiento a una trascendental figura jurídica que vio la luz en la jurisprudencia inglesa de mediados del siglo XIX bajo el nombre de la *willful blindness* y fue acuñada posteriormente en la doctrina jurisprudencial de los Estados Unidos de América (en lo adelante EE.UU.).

Lo cierto es que desde el año 2000 el Tribunal Supremo español empezó a utilizar una figura jurídica denominada ‘ignorancia deliberada’ para hacer frente a aquellos problemas que se presentan en la práctica jurídica diaria con ocasión a las situaciones en las que un sujeto se coloca de manera voluntaria e intencional en un estado de ignorancia al momento de realizar una conducta criminal, alegando desconocimiento del hecho al momento de ser descubierto e intentando así evadir su responsabilidad penal.

Según se indica, esta figura surge a partir de la *willful blindness* y a raíz de la utilización de la misma por parte del Tribunal Supremo español, algunos países de Iberoamérica han acogido el concepto y han adoptado en sus sistemas aspectos concernientes a la ignorancia deliberada para tratar diversos supuestos, sobre todo casos de narcotráfico y delitos económicos.

Esto ha despertado nuestro interés en la realización del presente trabajo y nos ha llevado a hacer una investigación con relación a la *willful blindness* con la finalidad de aproximarnos al

recorrido doctrinal y jurisprudencial del que ha sido objeto esta figura, desde su nacimiento en Inglaterra, su adopción por los EE.UU., y su desarrollo dentro del *common law*.

Como se puede observar, a los fines de delimitar nuestra investigación hemos decidido concentrarnos, por el momento, en el sistema del *common law*. De esta forma, no nos adentraremos en el estudio de la ignorancia deliberada y su tratamiento por el Tribunal Supremo español, sino que nos limitaremos a realizar una aproximación a la doctrina de la *willful blindness* y a su comportamiento desde el punto de vista del *criminal law*. La idea es poder determinar de qué se trata esta doctrina y cuáles son los requisitos que se exigen para su utilización.

Ahora bien, un estudio del desarrollo de la *willful blindness* hace necesario un acercamiento al funcionamiento del sistema jurídico del *common law*. Desde esta perspectiva estaremos en disposición de identificar el comportamiento de la *willful blindness* y si la misma se erige en una doctrina necesaria o no dentro de dicho sistema. En definitiva, lo que se persigue es identificar qué es la *willful blindness* en su esencia.

Para ello hemos dividido el presente trabajo en tres partes o capítulos. A su vez, cada capítulo estará dividido en tres secciones. En el primer capítulo nos dedicamos de manera exclusiva a realizar un acercamiento al sistema jurídico del *common law*. En ese sentido, en la primera sección hacemos un acercamiento al desarrollo del derecho inglés, el nacimiento del *common law* y las fuentes de dicho sistema. Luego, nos dirigimos al derecho estadounidense donde analizaremos la adopción del *common law* por los EE.UU., su desarrollo y la estructura de su sistema jurídico. Esto nos lleva a verificar la construcción dual que realiza el sistema estadounidense entre el derecho federal y el derecho estatal. Además, repasaremos la construcción del derecho estatutario (*case law*) y la adopción del Código Penal Modelo.

Ya en una segunda sección hacemos un acercamiento al sistema de imputación estadounidense donde analizamos -brevemente- los principios de la responsabilidad penal. En este apartado entramos en el estudio de las premisas elementales que subyacen al sistema sustantivo del derecho penal angloamericano y analizaremos los elementos constitutivos de la infracción como son el *actus reus*, la concurrencia, la causación y el principio de dañosidad social. En la tercera sección del primer capítulo nos dedicamos exclusivamente al estudio del *mens rea*, por entenderlo el elemento más importante para los fines de nuestra investigación, ya que la *willful*

blindness se desarrolla dentro del sistema de imputación subjetiva. Así, realizaremos un repaso por el desarrollo del concepto de *mens rea*, los tipos de *mens rea* que existen en el *case law*, los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*) y la construcción de los estados mentales que realiza el Código Penal Modelo.

Con todo, se trata de una aproximación, es decir, de un acercamiento que nos permita entender someramente el funcionamiento del sistema jurídico del *common law*, con la única finalidad de comprender el desarrollo de la *willful blindness*. La perspectiva que se acoge para este análisis es totalmente objetiva, lo que significa que no intentaremos adentrarnos al examen de los conceptos desde el punto de vista del derecho continental, sino que simplemente realizaremos un enfoque desde el propio sistema del *common law*. A estos fines, prescindimos de realizar argumentos comparativos, ya que la idea es acercar al lector de la manera más precisa –y concisa- posible a dicho sistema.

Una vez realizado este acercamiento, en nuestro capítulo segundo nos dedicamos al estudio de la doctrina de la *willful blindness*. Aquí veremos, en la primera sección, el nacimiento de la figura, sus primeros pasos en Inglaterra, su adopción por los EE.UU., su expansión por los tribunales, etc. Además, damos paso a una visualización de la *willful blindness* por los distintos países del *common law* que hemos identificado han realizado un aporte al desarrollo de la doctrina. Así, analizaremos la figura jurídica en el sistema canadiense, en Israel y en Singapur. A estos fines, haremos una muy breve introducción a su sistema jurídico donde resaltaremos los aspectos más importantes para el entendimiento de la doctrina de la *willful blindness*.

En una segunda sección entramos en la discusión doctrinal de la *willful blindness* dentro del *common law*. Esto requerirá de un estudio comparativo entre la figura y los elementos de imputación subjetiva de dicho sistema. Así, veremos la relación entre la *willful blindness* y el *mens rea*, y analizaremos diversas tesis que se han presentado con respecto a la ubicación de la figura dentro del sistema de imputación subjetiva. En una tercera sección nos dedicamos al estudio de los conceptos de *knowledge* y *recklessness*, ya que el desarrollo de la figura jurídica se desenvolverá entre estos conceptos y cómo éstos se relacionan dentro del *criminal law*. Para ello, deberemos analizar el comportamiento del conocimiento (*knowledge*) tanto desde el Código Penal Modelo como desde la jurisdicción federal. De esta forma podremos dar paso a la confusión que se presenta entre *knowledge* y la *recklessness* sobre todo al momento de la adscripción de estos estados mentales por parte del jurado.

Finalmente, en nuestro tercer y último capítulo nos dedicamos a realizar una aproximación conceptual a la doctrina de la *willful blindness*. Para realizar esta aproximación debemos verificar el comportamiento de la doctrina dentro de los tribunales del *common law*. Si bien nuestro enfoque se consolida en el derecho procesal penal estadounidense, donde analizamos aspectos procesales de importancia para la *willful blindness*, damos paso también a una breve perspectiva de criterios establecidos en tribunales comparados como Inglaterra, Singapur y Canadá. En estos tres países identificamos las decisiones que más relevancia han tenido con respecto a la *willful blindness* en nuestra búsqueda de los elementos que permitan la construcción conceptual de la figura.

Luego del análisis procesal, en una segunda sección damos paso a la estructura de la *willful blindness* en el ámbito académico. Aquí nos detendremos a analizar las diferentes posturas de los autores que han trabajado a fondo la *willful blindness*. En este escenario procedemos a desarrollar la denominada Tesis de Equiparación Culpable, que nos permitirá ir identificando los elementos que componen la doctrina de la *willful blindness*, para en la tercera sección del tercer capítulo dar paso al desarrollo de nuestra postura. En este último acápite nos dedicaremos a la deconstrucción del concepto de *willful blindness* mediante un estudio aproximado de la ignorancia desde una perspectiva de la filosofía moral y las ciencias del comportamiento. Esto nos deberá colocar en una posición de poder realizar una reconstrucción o propuesta de estructuración conceptual de la *willful blindness*. Finalmente, identificamos las limitantes que se han realizado sobre esta doctrina y proponemos una defensa de la Tesis de Equiparación Culpable para tratar los supuestos más graves en los que se puedan equiparar las conductas voluntariamente ignorantes con aquellos casos de conocimiento

Capítulo I: EL SISTEMA JURÍDICO DEL COMMON LAW

El presente capítulo enmarcará un breve estudio introductorio de la familia jurídica del *common law* y su estructura tanto en el sistema inglés como en el sistema estadounidense, pasando por los principios básicos estructurales de ambos países, su organización y funcionamiento judicial.

Sección I: El derecho anglosajón o *common law*

1. El derecho inglés

El *common law* se forma en los años que siguieron a la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066. Con Guillermo el Conquistador a la cabeza, todo el reino fue sometido al régimen feudal como manera de afianzar la conquista¹.

El derecho provenía de las costumbres del pueblo y no de la mano de un soberano, ya que en la concepción medieval las funciones del rey se limitaban al cobro de las cargas feudales, la protección del reino contra los enemigos, el mantenimiento de la paz interior y la impartición de la justicia a los súbditos. Guillermo el Conquistador, al subir al trono inglés, impuso un régimen judicial centralizado que respetó las costumbres judiciales locales, sometiendo ciertas materias a un derecho impuesto por la corona que se aplicaría de manera común a todo el reino de Inglaterra, permitiendo el desarrollo de un derecho compartido en todos sus dominios, que fue denominado *common law*.

1.1 El *common law*

El derecho del *common law* era obra exclusiva de las Cortes Reales de Justicia, creadas en la época de Enrique II, siendo la primera Corte Real la denominada *Exchequer* cuya competencia era conocer sobre las finanzas públicas y al cabo del tiempo, sobre cualquier litigio entre particulares en los que se vieran involucradas deudas públicas. Posteriormente, a principios del

¹ Para más información sobre el desarrollo del derecho inglés Vid. HEADRICK, WILLIAM C. “*Derecho Francés y Common Law: Pasado y Presente*”. Editora Taína. República Dominicana. 2005. p. 19; MORINEAU, MARTA. “*Una introducción al common law*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos No. 4. México. 2009. p. 13; JEFFREY, CLARENCE RAY. “*The Development of Crime in Early English Society*”. Journal of Criminal Law and Criminology. Vol. 47. No. 6. Article 2. USA. 1957. pp. 647-666.

siglo XII, se creó el *Court of Common Pleas* como tribunal separado para resolver pleitos comunes entre los súbditos.

Casi un siglo después, en *Westminster*, se creó el *King's Bench*, con competencias para resolver las grandes cuestiones relativas a la paz del reino y en las cuales participaba el rey. A la par de estos tribunales reales se crearon tribunales eclesiásticos cuya competencia alcanzaba cuestiones de familia y sucesiones y, además, existían los denominados tribunales señoriales (*Manorial Courts*) y otros tribunales que habían existido antes de la conquista y que fueron perdiendo importancia.

El *common law* nace de la actividad judicial, en específico de las Cortes Reales y rápidamente se expande creando sus propias normas y procedimientos. Estos últimos se caracterizaban por ser muy precisos y se iniciaban mediante un auto emitido por el Canciller, denominado *writ*. Un *writ* era una orden a nombre del rey a uno de sus súbditos para que cumpliera lo que reclamaba el demandante y en su defecto compareciera ante el tribunal en un hora y día específico. El reclamante tenía que amoldar su derecho al *writ*. Si no existía un *writ* que amparara el derecho reclamado se consideraba que el reclamante no tenía derecho a ejercer la acción y por consiguiente se declaraba la misma inadmisibile. Por esto, el asesor del reclamante tenía que escoger el *writ* que mejor convenía a su causa y si se equivocaba, su cliente perdía el litigio.²

A medida que el derecho se fue complicando, el Canciller se vio obligado a emitir nuevas clases de *writs*. Existía un registro de los *writs* que con los años se fue ampliando, pero ante la expansión de los *writs*, los *Lords*, mediante las llamadas Provisiones de Oxford de 1258, procedieron a limitar la actividad del Canciller, bajo la consideración de que estaba provocando una expansión en la actividad de las Cortes. Además, se consideraba que el Canciller estaba legislando, interfiriendo cada vez más con la jurisdicción señorial. Tanto los *writs* como el procedimiento ante los tribunales se desarrollaban en francés derivado del dialecto normando, el llamado *Law French*, cuyo uso fue abolido de manera permanente hacia el año 1666.

En el año 1215 y luego de varias luchas entre los barones y el poder real, los barones se enfrentaron al rey Juan sin Tierra y le arrancaron la *Magna Carta*, logrando que el *Court of*

² HEADRICK, WILLIAM C. Op. Cit. p.20

Common Pleas fuera establecido permanentemente en *Westminster*. Para el mantenimiento de su competencia en toda Inglaterra, los jueces de este tribunal salían en circuito a través del país para escuchar los reclamos, reservándose los fallos para ser dictados luego de haber deliberado con sus colegas en la sede del tribunal en *Westminster*. Así se instituyó el sistema llamado *nisi prius*. El demandado era emplazado a comparecer a *Westminster* a menos que previamente (*nisi prius*) un juez itinerante hubiese llegado a la localidad de los hechos. La competencia de la Corte de *Westminster* se extendió a través de todo el país, desplazando para asuntos importantes a los tribunales locales.

En su contexto histórico, la *Magna Carta* estaba destinada a reforzar los derechos de los magnates frente al rey, los cuales aceptaron pagar los tributos que la *Curia Regis* había aprobado sin que el rey tuviese la prerrogativa de imponer otros tributos. Además, fueron eximidos de ser sometidos a la justicia real ordinaria y recibieron el privilegio de ser juzgados por sus pares. La Carta, escrita en latín disponía que ningún hombre libre será hecho preso ni exiliado sino por el juicio legal de sus partes y de acuerdo con las leyes del país. Luego de la batalla de *Evesham* en 1265, la *Magna Carta* se mantuvo y el rey Eduardo I la confirmó en 1297 disponiendo que podía invocarse ante cualquier tribunal.³

La unidad del derecho inglés tiene dos causas: (i) una causa jurisdiccional, a saber, el sistema de los *writs* y la existencia de tribunales reales con competencia en todo el reino, y (ii) una causa política, la debilidad de los magnates, que no pudieron fragmentar al país, como lo había hecho la alta nobleza en el continente.

1.2 La Equity

A finales del siglo XIV, debido al aumento del número de casos que iban a dar a la Cancillería y a las injusticias que se producían en los tribunales reales producto de la paralización en la emisión de los *writs* para hacer frente a los cambios sociales ocurridos, el *common law* entró en competencia con otro sistema menos formalista y más próximo a las preocupaciones cotidianas de las personas. Los funcionarios que ayudaban al Canciller y que resolvían los asuntos que llegaban a la Cancillería formaron un tribunal separado de los demás departamentos de la Cancillería. El surgimiento de este tribunal dio lugar a una variación de terminología, ya que la

³ *Ibíd.* p. 21

Corte de la Cancillería (*Court of Chancery*) que se ocupaba de los asuntos judiciales actuaba al margen de la ley, es decir, en equidad, y llegó a llamarse Corte de Equidad, en contraposición a los tribunales reales (*Exchequer, Common Pleas y King's Bench*), los cuales fueron designados como tribunales de *common law*.⁴

Así se formó en Inglaterra una dualidad de jurisdicciones, cada una de las cuales aplicaba un sistema normativo distinto. Las *Common Law Courts* enjuiciaban los litigios surgidos entre ciudadanos por cuestiones de tierra (*property*), daños personales (*personal injuries*) y por vulneración de los contratos (*breach of contracts*), basándose en los precedentes (*case law*). Por contrario, el Canciller basaba sus decisiones más en el derecho natural que en la regla estricta de la ley, y para ello contaba con los recursos de equidad (*equity remedies*), aplicando libremente criterios de conciencia.

Durante el siglo XVI, los tribunales de *common law* mantuvieron una lucha contra la *equity* por considerarla como una usurpación de sus funciones, y no veían con buenos ojos el hecho de que la Corte de Cancillería emitiera decisiones que prohibieran a una persona llevar su asunto ante un tribunal de *common law* o prohibiera ejecutar una sentencia dictada por un tribunal del *common law*, que le favoreciera.

La existencia de un tribunal separado para asuntos de *equity* causó serios inconvenientes a los litigantes, pues estos no sabían con certeza a qué tribunal acudir y estaban impedidos ante el mismo tribunal acumular una acción de *common law* y una de *equity*. Al mismo tiempo, tampoco podía una persona demandada ante un tribunal de *common law* interponer una excepción de *equity* ante dicho tribunal. Al principio las normas de *equity* no iban contra las normas del *common law*, pero con el auge que tuvieron las Cortes de *Equity*, empezó a crearse un derecho contrario al *common law*, a pesar de un dictamen del rey Jaime I en el *Earl of Oxford's Case* (1615), en el cual se indicó que en caso de conflicto entre una regla de *equity* y una regla de *common law*, la primera debía prevalecer.

Como una forma de contrarrestar las críticas de arbitrariedad que recibieron las Cortes de *Equity*, se empezó a organizar la totalidad de las decisiones emitidas y a seguir sus precedentes, convirtiéndose en un apéndice del *common law* y no como un cuerpo de reglas relativas a una

⁴ *Ibíd.* p. 25; MORINEAU, MARTA. *Op. Cit.* p. 17

institución específica, sino más bien como un conjunto de principios dispares que complementaban *al common law* y rectificaban sus injusticias. Con esta transformación la *equity* llegó a ser más aceptable para los jueces y la Corte de Cancillería pudo mantenerse después de la abolición de la monarquía absoluta en la Revolución de 1688.⁵

Ya para el siglo XVIII, luego del surgimiento de la Escuela Utilitaria encabezada por BENTHAM, se unificó el poder judicial a través de los *Supreme Court of Judicature Acts* (Leyes de la Judicatura) de 1873 y 1875.

Con la creación de la Corte Suprema de la Judicatura se unifica el derecho y se resuelve el conflicto entre el *common law* y la *equity*, aunque otorgando preferencia, todavía, en caso de conflictos, a las decisiones de las Cortes de *Equity*. También, se eliminaron los *writs* y se dictaron leyes sociales para evitar conflictos. Esto permitió a los litigantes intentar ante un solo tribunal tanto acciones de equity (*equity remedies*) como acciones de *common law* (*actions at law*). Hoy en día, la distinción sigue produciendo inconvenientes, principalmente, respecto a la competencia, es decir, sobre si una determinada reclamación cae en uno o en otro campo, tomando en consideración que en los juicios de *equity* no hay derecho a jurado.

Así podemos indicar que el sistema inglés es un sistema dualista, ya que abarca tanto al *common law* como a la *equity*, siendo además un sistema meramente procesal donde no hay una clara diferenciación entre el derecho público y el privado. Un dato importante con relación a esta ausencia de división es que los procesos penales son conocidos únicamente bajo el *common law*, ya que conllevan siempre juicio por jurados.

1.3 Las fuentes del derecho inglés

De mayor a menor importancia, las fuentes del derecho inglés se pueden clasificar en: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina. La naturaleza de esta división consiste en la propia esencia del derecho inglés como un derecho eminentemente jurisprudencial, formado a través del tiempo a partir de la resolución de casos concretos.

⁵ HEADRICK, WILLIAM C. Op. Cit. p. 28

Las decisiones judiciales emitidas con ocasión del conocimiento de los diferentes casos fueron conservándose desde mediados del siglo XIII y fueron sirviendo sucesivamente a los jueces como guía para fundamentar sus decisiones.

Para el juez inglés el derecho no es un dato previamente dado, ni forma parte de un cuerpo sistemático ni se encuentra limitado al texto de un código que se anticipe al caso, puesto que este surge independientemente de toda norma jurídica general y abstracta. El derecho se busca en cada caso remontándose a casos similares a fines de resolver las pretensiones de los accionantes, basándose en las similitudes que ofrecen los casos anteriores⁶. Esta operación se conoce como la doctrina del precedente.

1.3.1 El precedente en el derecho inglés

El sistema jurídico inglés actual, contrario a como ocurre con el *civil law* o sistema continental, no es fruto de una evolución normativa sistemática, sino un sistema que ha ido evolucionando a través del tiempo mediante el desarrollo de la costumbre y de leyes producto de la emisión de decisiones judiciales.

El *common law* centraliza el poder judicial dentro de su sistema mediante una composición jerárquica en la cual los tribunales superiores influyen sobre los inferiores, siendo el rol de los jueces fundamental, pues son quienes ejercen la jurisprudencia y en su defecto establecen la correcta interpretación de las leyes que han sido aprobadas por el Parlamento.

Esto significa que la ley en su casi práctica mayoría es creada por medio de las decisiones judiciales a través del conocimiento de los casos, y al momento de la emisión de la decisión judicial ocurre el acto de legislación. Esto hace que el precedente judicial adquiera una connotación capital y tenga un carácter obligatorio, ya que es fuente creadora del derecho al igual que la ley.

En el sistema del *civil law* también existe la jurisprudencia, pero si bien esta tiene relevancia, no existe en dicho sistema una teoría del precedente. Esto tiene como consecuencia que el

⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MA. OLGA. “Las peculiaridades del derecho inglés desde la mirada de la Europa continental”. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado. Cantabria, España. 2000., p. 487

precedente judicial se utilice más como una forma de mantener la unidad del ordenamiento jurídico y su aplicación guarde más vinculación con el conocimiento del caso concreto. Además, el juez continental puede adherirse a una regla enunciada en una sentencia anterior, pero si la misma no le es aceptable, puede perfectamente ignorarla. Su única obligación es apegarse a la ley.

En el *common law* ocurre lo contrario, pues la teoría del precedente judicial permite decidir cuándo un precedente es obligatorio y cuándo no. La cuestión vinculante de una decisión judicial dependerá en parte del tribunal del cual emane la sentencia. Por ejemplo, la Cámara de los Lores es el Tribunal Supremo de Apelación del sistema jurídico inglés y bajo ésta se encuentra el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) y el Tribunal Superior (*High Court*).

Así, tendremos que las decisiones del Tribunal de Apelación dependerán de las decisiones de la Cámara de los Lores, y el Tribunal Superior dependerá de aquellas decisiones que emanen tanto del Tribunal de Apelación como de la Cámara de los Lores.

Los tribunales de primera instancia se denominan Tribunales de la Corona (*Crown Court*), no se encuentran vinculados al *High Court* y conocen básicamente de todas las ofensas y casos penales. Bajo este se encuentran los Tribunales del Condado (*County Courts*), cuya jurisdicción exclusiva se dedica a lo civil y, finalmente, los Tribunales de Magistrados (*Magistrate's Courts*) donde generalmente inician todas las cuestiones penales y se conocen, también, algunas cuestiones civiles.

Ahora bien, el hecho de que el precedente sea obligatorio no significa que una decisión judicial no pueda dejar de ser precedente. Según la doctrina del *stare decisis*, que regula el derecho del precedente, una decisión anterior constituye ley de la que el juez ha de partir, pero teniendo cierta flexibilidad y discrecionalidad. Lo que constituye precedente y vincula al juez es la *ratio decidendi* de la sentencia anterior, es decir, la regla de derecho expresa o implícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión. Así, una consideración jurídica enunciada por el juez, que no sea necesaria para llegar a la conclusión del asunto, se denomina *obiter dicta* o simplemente *dictum*. Este último puede tener un valor persuasivo, pero no es obligatorio.

En aquellas decisiones donde el tribunal expresa una única opinión contentiva de una única regla utilizada para el fundamento de la sentencia resulta fácil determinar cuál es la *ratio decidendi*; sin embargo, la complicación llega cuando el tribunal, para dar más fuerza de convicción a sus argumentos, invoca varias razones de peso a favor del resultado. En estos casos resulta más complicado establecer si todas las razones argüidas constituyen precedentes vinculantes o cuáles lo son.

Por otro lado, cuando en un caso varios jueces llegan al mismo resultado, pero por razones distintas, y no existe una mayoría a favor de una misma razón, la decisión no constituye un precedente vinculante. Sin embargo, esto no impide que, posteriormente, un tribunal acoja el planteamiento de uno de los jueces que participó en la decisión anterior.

Finalmente, para conocer el alcance de un precedente, se debe tomar en cuenta los denominados *material facts* o hechos materiales. A diferencia del *civil law*, donde únicamente se analizará la regla enunciada, en el *common law* se analizan tanto la regla enunciada como los hechos materiales del caso. Este análisis le permite al juez del *common law* la posibilidad de descartar un precedente si existe una diferencia en los hechos materiales de la decisión anterior.

1.3.2 La Legislación

Constituye la legislación, en orden de importancia, la segunda fuente del derecho inglés y le corresponde al Parlamento la promulgación, revocación o alteración de las leyes. Estas leyes reciben el nombre de *Acts of Parliament* o *Statutes* y constituyen el único derecho que puede denominarse escrito en tanto en cuanto es promulgado por la Cámara legislativa.

El Parlamento es un órgano bicameral compuesto por la Cámara de los Lores (*House of Lords*) y la Cámara de los Comunes (*House of Commons*), siendo esta última donde las leyes británicas son discutidas y aprobadas, en tanto que la Cámara de los Lores si bien puede realizar observaciones y comentarios a las mismas no está facultada para modificarlas ni rechazarlas en forma definitiva.

El proceso legislativo consiste primero en la presentación de un Proyecto de Ley (*Bill*) que requiere de la aprobación de las dos cámaras y del consentimiento real para que pueda entrar en vigencia como *Act of Parliament*. Generalmente, el proceso inicia con la presentación del

proyecto por ante la Cámara de los Comunes en donde se da lectura al mismo y luego se realiza una segunda lectura donde es discutido, de manera general, el asunto sometido. También se dan discusiones en comisiones y finalmente se realiza una tercera lectura del proyecto. Si el mismo es aprobado, entonces se pasa a la Cámara de los Lores, donde se realizará un trámite similar, con la particularidad de que no podrá rechazar el proyecto, sino únicamente hacerle observaciones y sugerencias. Una vez aprobado determinado Proyecto de Ley se remite al *Royal Assent* (Figura Real) para su aprobación definitiva y promulgación.

Las leyes parlamentarias son consideradas, todavía, como un cuerpo extraño al *common law* o como irrupciones aisladas al grueso del *common law*. Si bien los jueces las aplican, éstas no son incorporadas al derecho hasta tanto hayan sido interpretadas y aplicadas por los tribunales y atendiendo a la forma y medida en que se haya llevado a cabo esta interpretación y aplicación⁷. Sin embargo, en palabras de WHITTAKER, “los jueces ingleses desde antaño aceptan que, cuando tiene aplicación, una ley del Parlamento posee la virtud de modificar o incluso sustituir el *common law*, lo que en términos constitucionales es visto como un resultado del principio de la soberanía parlamentaria”⁸.

En sentido contrario, si bien el papel de los jueces resulta fundamental para interpretar la ley, y dicha interpretación hace que el texto legislativo ingrese al sistema legal o incluso se convierta en derecho, éstos no tienen, en principio, el poder de abolir o invalidar la ley, por muy irracional o injusta que esta sea, pues no tienen la capacidad de declararlas inconstitucionales⁹. Sin embargo, con frecuencia lo que ocurre es que las leyes disponen sobre un área particular y complementan el *common law* o rectifican su alcance. De aquí se desprende la tensa relación que existe entre el rol tradicional de los jueces en el desarrollo del *common law* y su relativa falta de legitimidad democrática para crear Derecho en comparación con el Parlamento¹⁰.

1.3.3 Otras fuentes

⁷ Esto es, en cumplimiento de la doctrina de la *stare decisis* y sus formalidades.

⁸ Vid. BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. “*El precedente en el Derecho inglés: una visión desde la ciudadela*”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35. No. 1. Chile. 2008., p. 42. Traducción al castellano del título original de WHITTAKER, SIMÓN. “*Precedent in English Law: A View from the Citadel*”. European Review of Private Law. Kluwer Law International. Netherlands. 2006. pp. 705-746

⁹ ORTS LLOPIS, MARÍA ÁNGELES. “*El sistema legal inglés y su hermenéutica: la Importancia del lenguaje en el Derecho Anglosajón*”. Revista de Lenguas para fines específicos Nos. 7 y 8. Murcia, España. 2000-2001., p. 269.

¹⁰ BANFI DEL RIO, CRISTIÁN. Op. Cit., p. 68.

Las demás fuentes la constituyen la costumbre, la razón y la doctrina. Estas son denominadas fuentes secundarias o subsidiarias del derecho cuya función consiste en colmar las lagunas que puedan existir en el sistema jurídico inglés.

Anterior a la llegada de Guillermo el Conquistador, el derecho en Inglaterra era básicamente consuetudinario, ya que es luego de la conquista que se va forjando el *common law*, para lo cual se toman muchas de las normas arraigadas en las diversas costumbres locales que anteriormente se encontraban en vigor. Sin embargo, algunas costumbres locales quedaron separadas del *common law* y con el paso del tiempo quedarían modificadas y generalizadas para integrarse como parte del *common law*. A día de hoy, la costumbre juega un papel de mínima importancia en el derecho inglés, ya que este sistema jurídico es en su generalidad jurisprudencial y no consuetudinario.

Por otra parte, la razón también funge como una fuente subsidiaria del derecho, cuya finalidad es buscar la solución lógica en un litigio. Así, la razón viene a significar la búsqueda de la solución que guarde más relación y armonía con las normas jurídicas existentes. Es la búsqueda de los principios generales que se desprenden de las normas jurídicas existentes, que sirven para fundamentar aquellas decisiones donde no exista ningún precedente ni se pueda hacer uso de una costumbre obligatoria.

Finalmente, con respecto a la doctrina, un tribunal puede guiarse de ella cuando no encuentra un precedente adecuado o análogo para la solución de un caso. Contrario a lo que ocurre con la doctrina en el sistema continental, la cual se encuentra en constante evolución y ayuda tanto a los tribunales como al Congreso a encontrar las fundamentaciones más lógicas y avanzadas para la concreción de las leyes. En el derecho inglés sólo algunos trabajos son considerados como fuentes del derecho autorizada. Entre los autores más importantes para el derecho inglés se encuentran los trabajos de COKE¹¹ y los del BLACKSTONE¹².

¹¹ Cuyas obras más importantes se entienden como las “Instituciones de las leyes de Inglaterra” (“*Institutes of the Lawes of England*”) publicadas entre el 1628 y 1644 y corresponden a una serie de tratados legales.

¹² Quien, además, tiene el mérito de haber sido uno de los primeros en tratar el tema del precedente judicial; vid. BLACKSTONE, SIR WILLIAM. “*Commentaries on the Laws of England in four books*”. Vol., I. The Online Library of Liberty. Disponible en web: http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf (última consulta 20 de junio de 2017)

Las obras posteriores a BLACKSTONE son consideradas como obras recientes y no tienen el tratamiento de fuentes autorizadas. Ahora bien, los jueces generalmente acuden a los trabajos de los más eminentes expertos en determinadas áreas a fines de buscar apoyo para formarse un criterio con respecto a los principios generales.

2. El derecho estadounidense

El *common law* se propagó por aquellos países que tuvieron algún contacto con el sistema inglés en el desarrollo de su historia, denominados *Commonwealth*. Se pueden citar dentro de éstos a Canadá¹³, Australia, Nueva Zelanda, India, Islas Caimán, EE.UU.¹⁴, entre otros.¹⁵ Sin embargo, cada ordenamiento jurídico de estos presenta sus características individuales producto del propio desarrollo de sus naciones, no obstante encontrarse fundamentados en el *common law*.

Para referirnos a la historia del derecho en los EE.UU., necesariamente debemos hacer mención de su propia historia, ya que la adopción del *common law* fue realizada atendiendo a tradiciones históricas, sociales y culturales de esta nación, lo que resultó en un derecho muy diferente al inglés.

Los EE.UU., tienen la particularidad de poseer una historia jurídica y judicial muy rica. En menos de dos siglos han sabido asimilar e integrar los principios del *common law*, pero también han sabido alejarse de ellos cuando lo han creído conveniente, procediendo a codificar su derecho en algunos casos y conservando la unidad nacional debido a su Constitución Federal¹⁶.

2.1 Adopción del *common law* por los EE.UU.

La adopción del *common law* en los EE.UU. surge a inicios del siglo XVII con la colonización inglesa, que inició con el asentamiento sobre la costa este de lo que hoy se conoce como EE.UU. Si bien la mayoría de los colonizadores eran ingleses quienes, huyendo de las diferencias políticas y religiosas con Inglaterra, fueron buscando libertades confesionales, también llegaron

¹³ A excepción de Quebec.

¹⁴ A excepción del Estado de Luisiana y Puerto Rico.

¹⁵ Sudáfrica, Singapur, Hong Kong, Irlanda.

¹⁶ DE MAEKELT, TATIANA B/MARTÍNEZ, MARTA M. *Civil law y common law: un acercamiento*". Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado. Instituto de Derecho Privado UCV. No. 141. Venezuela. 2003 p. 245.

personas desde los países bajos, Suecia, Alemania, Francia, y más tarde, desde Escocia e Irlanda del Norte. Es importante hacer referencia también a la llegada de los africanos negros que eran vendidos como esclavos y que llegaron a estas tierras encadenados.

El derecho inglés fue recibido en las colonias por los ingleses que se asentaron en el nuevo territorio en virtud del Caso Calvin de 1608, mediante el cual se estableció que el *common law* de Inglaterra era aplicable a los súbditos cuando se establecían en territorios no sometidos a naciones civilizadas. Sin embargo, no fue aceptado en su totalidad debido a que muchos de los colonizadores que habían llegado a América rechazaban las instituciones de su país y no querían verse sometidos al mismo sistema legal. Además, algunos desconocían en gran parte el *common law* y la vida en las colonias resultó ser muy diferente a la vida en Inglaterra, de modo que el sistema inglés no resultó adaptable a las necesidades reflejadas en la vida de las colonias.

Así las cosas, el derecho que se fue desarrollando en los EE.UU., fue un derecho bastante primitivo que, fundamentado en la jurisprudencia, se encontraba sujeto a la discreción de los jueces pero también basado en la Biblia. Colonias como Florida y Luisiana fueron influenciadas por el sistema neorromanista. Michigan y Wisconsin fueron regidos por el derecho romano y hubo tendencia a la codificación. Massachusetts y Pennsylvania también tuvieron intentos de codificación, lo que vino a demostrar por parte de los colonos la predisposición a la ley escrita, a diferencia del sistema inglés.

Al estarse abriendo un doble camino entre la tendencia a la codificación y aquel modelo establecido por el *common law*, las dudas giraban en torno a si debía continuarse extendiendo el sistema de los códigos haciendo del derecho estadounidense un sistema escrito o afirmar de forma solemne la primacía del *common law*¹⁷.

En el siglo XVIII se procede a una aplicación más generalizada del *common law* y con la independencia se exige un derecho estadounidense autónomo, depurado de elementos feudales y con tendencia a la codificación. Si bien el idioma, la cultura predominantemente inglesa y el hecho de que los jueces estuvieran muy acostumbrados al sistema del *common law*, terminaron manteniendo al país en el sistema del *common law*, hasta el 1776 cuando los EE.UU., dejaron de aplicar las leyes inglesas que habían sido dictadas después de esa fecha.

¹⁷ *Ibidem*.

Esto tuvo como resultado un derecho diferente al inglés, aunque asentado sobre las mismas bases, y si bien pudiera afirmarse que entre ambos sistemas existen muchas características comunes, el derecho estadounidense tiene importantes rasgos que lo diferencian del derecho inglés, aunque siga perteneciendo a la familia del *common law*.

2.2 La *equity* estadounidense

Si los EE.UU., adoptaron el sistema del *common law* inglés, es entonces lógico que el aspecto relativo a la *equity* se corresponda con el mismo modelo adoptado, pero igual a lo ocurrido con el *common law* de Inglaterra, la *equity* estadounidense también contiene particularidades propias de su derecho producto de las características idiosincrásicas del nuevo país. La única excepción a esta regla la tiene el Estado de Luisiana, fruto de la adopción del modelo continental, y en específico del sistema civil francés, por haber sido colonia francesa.

Sin embargo, a diferencia del sistema inglés en el cual existe un modelo dual o separación entre el *common law* y la *equity*¹⁸, en el sistema estadounidense ambos forman parte del *common law*, ya que este es el nombre que se le da al derecho en su totalidad.

Es la propia Constitución estadounidense que establece la competencia del *common law* y de la *equity* al consagrar (en la sección segunda del artículo tercero) que el Poder Judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad que surjan bajo dicha norma.

En el siglo XIX casi todos los estados de la unión estadounidense modificaron sus sistemas de procedimiento para abolir la división entre *common law* y *equity* y ambos se incorporaron en el derecho de EE.UU., mediante disposición expresa de la ley y producto de la aceptación judicial. Desde entonces el mismo tribunal que conoce de los litigios derivados del *common law* conoce de los litigios sobre *equity*, y casi todas las distinciones entre ambos han desaparecido¹⁹.

Sin embargo, uno de los grandes problemas que presentó la separación del *common law* y de la *equity*, fue la preservación del derecho al jurado. Este derecho está garantizado para litigios del

¹⁸ Aunque si bien es cierto que con las leyes del Parlamento (*Judicature Acts*) se modificó la organización judicial en Inglaterra y quedaron fusionados los tribunales de *equity* y *common law*, aún son competencias muy diferenciadas y en caso de conflicto se da preferencia a la *equity*.

¹⁹ MORINEAU, MARTA. Op. Cit., p.71.

common law en los tribunales federales por la Séptima Enmienda de la Constitución estadounidense, cuando el monto de la controversia es de cierto valor y cuando los procesos corresponden al ámbito penal²⁰. Pero en los inicios, al no existir este derecho al jurado en la *equity*, resultaba importante saber a cuál de los dos sistemas pertenecía una determinada institución jurídica, ya que en caso de que un litigante solicitara la actuación del jurado para un determinado caso que estuviera amparado por la *equity*, su pretensión sería rechazada²¹.

Otro problema era definir el derecho a juzgar por jurado en procesos donde se implicaban tanto demandas de *common law* como de *equity*. En estas eventualidades había que establecer si la demanda principal se fundamentaba en un asunto de *common law* o de *equity*. En un principio se sostuvo que la solución preeminente sería el fundamento principal de la acción, es decir, si esta estaba fundamentada en *common law* o en *equity*, ya que se entendía que los demás fundamentos eran consecuencias o dependían del primero, pero ni la SCJ ha estado de acuerdo en su totalidad con estos aspectos²².

2.3 El precedente judicial (*stare decisis*)

En el derecho estadounidense la aplicación de las leyes se encuentra subordinada al denominado principio del *stare decisis*, precedente judicial u obligación de respetar los precedentes judiciales. Esta doctrina se encuentra en el corazón del sistema del *common law*²³.

De acuerdo con el planteamiento de esta doctrina, cuando un tribunal ha decidido sobre un caso en una forma particular, en el futuro los demás casos deben ser decididos de la misma forma si los hechos son sustancialmente similares al primer caso. El nombre completo de la doctrina es “*stare decisis et quieta non movere*” que significa, según la definición del Black’s Law Dictionary “*adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas*”²⁴.

²⁰ BROWN, BRENDAN F. "La equity en el derecho de los Estados Unidos de América." Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 21. enero 1974. México. Pág. 29. Disponible en web:<<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1094/1352>>. (Última consulta: 10 junio 2017)

²¹ MORINEAU, MARTA, Op. Cit. , p. 72

²² BROWN, BRENDAN F., Op. Cit. , p. 30

²³ EDWARDS, LINDA H. “*Legal Writing and analysis*”. Aspen Publishers. 2nd Edition. Wolters Kluwer, Law & Business. Chicago, U.S.A. 2007., p. 17

²⁴ BLACK’S LAW Dictionary. 6th Edition. West, St. Paul, Minn. U.S.A. 1990: “*stare decisis*”. Para una explicación ampliada sobre las particularidades del “*stare decisis*” vid. LEGARRE, SANTIAGO/RIVERA, JULIO CÉSAR. “*Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’*”. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 No.1, Santiago de Chile, 2006. pp. 109-124

Ahora bien, lo que parecería ser sencillo al inicio, en la práctica resulta más interesante y complejo, toda vez que, en primer lugar, la doctrina aplicará únicamente cuando el caso pendiente de fallo sea lo suficientemente similar al primer caso como para justificar la aplicación de la doctrina²⁵. Esto hace que la misma sea mucho más restrictiva en el derecho estadounidense que en el *common law* inglés, toda vez que desde el momento en que todos los casos difieren en algún aspecto respecto del primer caso, la cuestión radicarán entonces en el establecimiento de cuándo un caso es lo bastante similar al primero lo que será siempre motivo de debate.

En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en el sistema inglés, un tribunal inferior, si tiene buenas razones, podrá declinar seguir el precedente de un tribunal superior de su jurisdicción. La razón más comúnmente alegada es la existencia de una diferencia sustancial respecto del primer proceso que sentó el precedente. El argumento utilizado por el tribunal inferior consistirá, entonces, en indicar que el tribunal superior tampoco se hubiera adherido al precedente si hubiese tenido la oportunidad de conocer de dicho proceso primero²⁶. Finalmente, un tribunal puede revertir su primera decisión cuando entiende y decide que la ley debería cambiar²⁷.

De lo anterior se infiere la existencia de una doble modalidad o dimensión de la doctrina del *stare decisis*²⁸: (i) la modalidad del *stare decisis* vertical, que consistirá en la obligación del tribunal inferior de seguir los precedentes del tribunal superior y (ii) la modalidad del *stare decisis* horizontal, que consiste en la obligatoriedad de los tribunales de seguir sus propios precedentes, aunque como ya hemos visto, estas aplicaciones resultan ser mucho más exigentes en el derecho inglés que en el derecho estadounidense.

Es la propia SCJ estadounidense que ha establecido el carácter formal del *stare decisis* como principio procesal, y no así un carácter imperioso del mismo, al consagrar que:

“Reconocemos que la doctrina del stare decisis encarna un importante principio social, que representa un elemento de continuidad en el derecho y está arraigada en la necesidad psicológica de satisfacer

²⁵ EDWARDS, LINDA H. Op. Cit., p. 17

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem. Esto conllevaría que el tribunal indique claramente las razones y motivos que fundamenten el cambio de dirección de su propia decisión anterior.

²⁸ Vid. LEGARRE, SANTIAGO/RIVERA, JULIO CÉSAR. Op. Cit., p. 113 y ss.

expectativas razonables. Pero el stare decisis es un principio procedimental y no una fórmula mecánica de adherencia a la decisión anterior, sin importar cuán reciente o cuestionable, cuando dicha adherencia envuelve una colisión con una doctrina anterior más apropiada en su alcance, intrínsecamente más acertada y verificada por la experiencia”²⁹.

En otra decisión, respecto al *stare decisis* horizontal, la SCJ estableció una excepción a este principio utilizando una frase que ha tomado popularidad a todos los niveles en la organización judicial norteamericana, al indicarse que no era una “directriz inexorable”³⁰, y que “esta corte nunca se ha sentido compelida a seguir un precedente cuando éste gobierna decisiones impracticables o erróneamente interpretadas”³¹.

Respecto al *stare decisis* vertical ha existido también cierta rebeldía por parte de los jueces de tribunales de menor jerarquía, tanto frente a Cortes de mayor jerarquía como hacia la propia SCJ, lo que ha ocasionado que múltiples decisiones sean revocadas, muchas de ellas incluso de manera unánime. Sin embargo, también existen muchas decisiones emanadas por tribunales inferiores que han sido confirmadas por tribunales de mayor jerarquía (incluyendo a la SCJ), a pesar de éstas haber desconocido o rechazado precedentes judiciales por entender que éstos han sido erróneamente otorgados o interpretados.

La Corte Suprema del Estado de Florida indicó, en una decisión judicial, que si bien es cierto que la adherencia al precedente debería ser estricta, en muchas ocasiones se hace necesario desviarse de esta con el fin de “reivindicar claros y obvios principios del derecho y remediar una injusticia continuada”³². En este sentido, mal haría una Corte inferior en esperar que sea la SCJ o aquella de último recurso la que decida si cambia o no un precedente con el fin determinado de realizar justicia.

Empero, es importante reconocer la dificultad de modificación de un precedente, ya sea en su modalidad vertical u horizontal, toda vez que para lograr la modificación de un precedente sin

²⁹U.S. Supreme Court. *HELVERING v. HALLOCK*. 309 U.S. 106 (1940) extraída de LONDOÑO, NÉSTOR RAÚL. “La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36. No. 106. Medellín, Colombia. Año 2007., p. 64.

³⁰ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405 (1932) extraída de, *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *McGregor v. Provident Trust Co.*, 119 Fla. 718 (1935); *Ibid.*, p. 66

riesgo de que dicha decisión sea revocada posteriormente, se requieren de argumentos convincentes, claros y contundentes que estén basados en principios elementales de derecho.

3. El sistema jurídico estadounidense

El derecho estadounidense presenta particularidades frente al derecho inglés como son poseer una Constitución escrita que constituye la ley suprema del país³³, la elaboración de códigos en distintas materias, una descentralización del poder judicial, pero, además, la particularidad de ser un derecho mucho más flexible en cuanto a la aplicación y seguimiento de los principios del *common law*. Lo anterior lo convierte en un derecho mucho más pragmático, ajeno a casi toda cuestión de coherencia doctrinal.

Ahora bien, una de las características más notable del derecho de los EE.UU., frente al derecho inglés, es la existencia de un sistema federado, que tiene como consecuencia la distinción entre aquellas cuestiones cuya competencia le son atribuidas al Derecho Federal y aquellas que competen al Derecho de los Estados.

La Constitución Federal estadounidense en su Décima Enmienda establece que: “las facultades que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservadas a los Estados respectivamente, o al pueblo”³⁴.

De lo anterior se infiere que aquellas cuestiones que no sean facultad de los EE.UU., como sistema federal completo, salvo prohibiciones expresas, serán competencia de cada Estado. La consecuencia de esto es que cada Estado podrá desarrollar sus propias normas y tener su propio sistema judicial. Sin embargo, cada Estado participará del sistema judicial federal. De aquí se desprende que existan sistemas judiciales estatales y un sistema judicial federal. Estas jurisdicciones la veremos más adelante³⁵.

³³ Redactada en 1787 y con 27 enmiendas. Establece la división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, inspirada en el modelo de Montesquieu.

³⁴ Constitución de los Estados Unidos. Versión en castellano. Disponible en web: https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf (última consulta 20 de junio de 2017).

³⁵ *Infra Cap. I. Secc I. 4.2*

3.1 Estructura Jerárquica³⁶

Pudiera sostenerse que, en virtud de lo establecido en la Décima Enmienda de la Constitución estadounidense, la regla vendría a ser la competencia de los Estados. Por su parte, la competencia de la Unión sería la excepción, con la particularidad de aquella competencia subsidiaria o residual en las materias cuyas competencias están atribuidas exclusivamente al Derecho Federal.

Así las cosas, los Estados tienen la facultad de adoptar disposiciones que complementen aquellas del derecho federal o que colmen las lagunas y vacíos de éste, con la única prohibición de no ir en contra de las normas federales³⁷. De esta forma tendremos un sistema que funciona en paralelo con una doble estructura judicial, la federal y la estatal.

3.1.1. El sistema de justicia federal

El sistema de justicia federal está dividido jerárquicamente en tres niveles, siendo el mayor la SCJ (*Supreme Court*), luego, por debajo, Tribunales de Apelación (*Court of Appeals*) y el Tribunal de Apelación para las Fuerzas Armadas y, finalmente, los Tribunales de Distrito o de Primera Instancia y los Tribunales Especializados. Estos últimos se ocupan específicamente de demandas federales, impuestos, asuntos relacionados a los veteranos y de derecho internacional.

³⁶ Para obtener información sobre la composición del sistema judicial estadounidense Vid. www.supremecourt.gov; <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx>; <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingFederalCourts/DistrictCourts.aspx>; <http://www.rollbackcampaign.org> (última consulta 20 de junio de 2017); “*The US Legal System: A Short Description*”, Federal Judicial Center, disponible en web: <http://www.fjc.gov> (última consulta 20 de junio de 2017). Para obtener información en idioma castellano, vid. IZAGUIRRE ARTAZA, JURDANA. “*Los abogados y el sistema jurídico en Estados Unidos*”. ICEX España Exportación e Inversiones. Año 2014. Disponible en web: <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/el-mercado/estudios-informes/4768018.html?idPais=US> (última consulta 20 de junio de 2017); MELERO, F. JAVIER. “*Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal (introducción al estudio del derecho sustantivo angloamericano)*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP. Centro de Publicaciones. Madrid. Tomo XLVII. Fascículo II. Mayo-agosto 1994. p. 96 con especial referencia nota 55.

³⁷ RUBANO LAPASTA, MARIELA. “*El sistema del common law en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América*”. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de la República de Uruguay. No. 18. Uruguay. 2000., p.75. Disponible en web: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18/showToc> (última Consulta 20 de junio de 2017)

En el primer nivel tenemos a los tribunales de distrito, que son tribunales de primera instancia del sistema federal y tienen jurisdicción sobre la mayoría de los casos, tanto civiles como penales. Existen noventa y cuatro tribunales distritales federales, incluyendo al menos uno en cada Estado, en el Distrito de Columbia y en Puerto Rico³⁸. Cada distrito judicial incluye una Corte de Quiebra (*US Bankruptcy Court*) la cual tiene jurisdicción sobre casi todas las cuestiones que guarden relación con casos de insolvencia, con excepción de aquellas cuestiones criminales.

Además, existen dos tribunales especiales con jurisdicción exclusiva en todo el territorio nacional, que son el Tribunal Americano de Comercio Internacional (*US Court of International Trade*), cuya competencia se relaciona con casos de comercio internacional y cuestiones aduaneras, y el Tribunal de Reclamaciones Federales de los Estados Unidos (*US Court of Federal Claims*), que se ocupa de las cuestiones sobre reclamaciones monetarias por daños y perjuicios en contra del Gobierno de los EE.UU., incluyendo litigios sobre contratos federales, expropiación federal y derechos del personal militar³⁹.

En el nivel intermedio se encuentran los Tribunales de Apelación (*Federal Court of Appeals*⁴⁰), quienes deciden sobre las apelaciones de las decisiones emitidas por los tribunales federales de distrito, y están compuestos generalmente por un panel de tres jueces. Los noventa y cuatro tribunales de distrito se encuentran organizados en doce circuitos regionales, cada uno de los cuales cuenta con un Tribunal de Apelación con jurisdicción sobre las decisiones emitidas por los tribunales de distrito que se encuentran ubicados dentro de su circuito. El circuito más pequeño es el primero, compuesto por seis jueces y el más grande el noveno, con veintiocho jueces⁴¹.

Los doce circuitos tienen jurisdicción en los siguientes Estados/Distritos⁴²:

- Circuito del Distrito de Columbia (*Columbia District Court*):
- Primer Circuito (*First Circuit*): Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, Puerto Rico.

³⁸ IZAGUIRRE ARTAZA, JURDANA. Op. Cit. , p. 12

³⁹ “The federal court system in the United States. An introduction for judges and judicial administrators in other countries”. Administrative Office of the United States. 4th Edition. 2016. Disponible en web: <http://www.uscourts.gov> (última consulta: 20 de junio de 2017).

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 8

⁴¹ *Ibidem.*, p. 10

⁴² *Ibidem.*, p. 9

- Segundo Circuito (*Second Circuit*): Nueva York, Connecticut, Vermont.
- Tercer Circuito (*Third Circuit*): Delaware, New Jersey, Pennsylvania, Islas Vírgenes de los Estados Unidos.
- Cuarto Circuito (*Fourth Circuit*): Maryland, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Virginia, West Virginia.
- Quinto Circuito (*Fifth Circuit*): Louisiana, Mississippi, Texas.
- Sexto Circuito (*Sixth Circuit*): Ohio, Kentucky, Tennessee, Michigan.
- Séptimo Circuito (*Seventh Circuit*): Illinois, Wisconsin, Indiana.
- Octavo Circuito (*Eighth Circuit*): Missouri, Arkansas, Iowa, Nebraska, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Minnesota.
- Noveno Circuito (*Ninth Circuit*): California, Alaska, Arizona, Nevada, Washington, Montana, Idaho, Oregon, Hawaii, Guam, Islas Marianas.
- Décimo Circuito (*Tenth Circuit*): Colorado, Wyoming, Utah, Kansas, Oklahoma, Nuevo México.
- Undécimo Circuito (*Eleventh Circuit*): Alabama, Florida, Georgia.

Estos tribunales federales de apelación reciben todas las apelaciones provenientes de los noventa y cuatro tribunales distritales federales dependiendo de la ubicación de su circuito. Los testimonios y las pruebas son presentadas en los Tribunales de Distrito y un juez o jurado decide sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los tribunales de apelación no reintentan los casos ni escuchan nuevas pruebas; tampoco escuchan testigos ni hay jurados. Los tribunales de apelación revisan los procedimientos y las decisiones emitidas por el tribunal de primera instancia para asegurarse de que los procedimientos fueron justos y que la ley correspondiente fue aplicada correctamente.

Las decisiones de una Corte de Apelación Federal se llaman opiniones (*opinions*) y rigen como ley en su área, por lo que los dictámenes que emiten tienen mucha importancia en la determinación de cómo se va a aplicar la ley federal a los ciudadanos de su área.

Además de los doce circuitos o tribunales de apelación con competencia geográfica, existe un Tribunal de Apelación con jurisdicción sobre todo el territorio nacional (*Court of Appeals for the Federal Circuit*), creado en 1982, cuya competencia está limitada al conocimiento de asuntos especializados como comercio internacional, contratos con el Gobierno, patentes y

marcas, demandas monetarias contra el gobierno, litigios relacionados con el personal federal y los beneficios de los veteranos de guerra. Los recursos de apelación que se conocen en este tribunal proceden de cualquiera de los tribunales de distrito, así como del *US Court of Federal Claims*, el *US Court of International Trade* y el *US Court of Veterans Appeals*⁴³.

Sin embargo, todos esos tribunales federales de apelación, incluyendo los doce circuitos, están bajo el amparo de la SCJ de los EE.UU., que es el tribunal de mayor jerarquía y todos los tribunales inferiores, en principio, deben acatar los lineamientos que emite este tribunal, ya sean tribunales distritales estatales o tribunales distritales federales.

La SCJ⁴⁴ (*The Supreme Court of the United States*), tiene sede en Washington D.C., y es el más alto tribunal del País. Está compuesto por nueve miembros, un jefe de la Corte Suprema o *Chief Justice* y ocho Magistrados o *Associate Justices*. Los jueces de la SCJ son nombrados por el presidente, con propuesta y aprobación del Senado. Este tribunal recibe al año unos cinco mil casos, pero sólo se ocupa finalmente de alrededor de cien casos anuales, generalmente aquellos que requieren la interpretación de elementos importantes de la Constitución. Estos casos pueden tener su origen tanto en los tribunales federales como en los tribunales estatales.

3.1.2. El sistema de justicia estatal

La estructura del sistema estatal varía en función de los Estados. Cada Estado tiene características particulares, pero comparten aspectos comunes. La mayoría de los Estados tienen tribunales inferiores de jurisdicción limitada y están presididos por un único juez que se encarga de los casos civiles y penales, tribunales de circuito o superiores con jurisdicción general, los cuales se ocupan de casos civiles o penales mayores y, además, algunos Estados cuentan con tribunales especializados para litigios específicos como los de tráfico o derecho de familia. Todos los Estados tienen un Tribunal Superior: La Corte Suprema del Estado, que es el Tribunal de Apelación para los tribunales inferiores.

Siguiendo a J. MELERO, la organización de los jueces estatales varía de un Estado a otro, aunque básicamente es reconducible a dos modelos: el sistema del doble nivel y el de triple nivel. El

⁴³ *Ibidem.*, p. 10

⁴⁴ *The Supreme Court of the United States*: <http://www.supremecourt.gov> (última consulta: 20 de junio de 2017).

sistema de doble nivel corresponde a aquellos Estados más pequeños o menos poblados. En éstos, las decisiones de los tribunales de primera instancia (que reciben diversas denominaciones) se puede recurrir en apelación directamente ante el Tribunal Supremo del Estado⁴⁵.

En el sistema de triple nivel se introduce una instancia intermedia a las ya indicadas, el Tribunal de Apelación, cuyas resoluciones se pueden recurrir ante el Tribunal Supremo del Estado, por ende, aquellas resoluciones del tribunal de primera instancia se deberán recurrir, en este sistema de triple nivel, por ante el Tribunal de Apelación, salvo que se trate de casos de condena de muerte o que afecten cuestiones de Derecho Constitucional, en cuyo caso se pasa siempre del primer nivel al tercer nivel⁴⁶.

3.2 Jurisdicción de los tribunales

El alcance para el conocimiento y fallo de los procesos judiciales dependerá de la jurisdicción que tengan los tribunales sobre las materias objeto de litis. La denominada competencia de atribución es diferente para los tribunales estatales y para los tribunales federales.

Los tribunales estatales conocen muchos más procesos que los tribunales federales, ya que la mayoría de los asuntos tienden a dirimirse dentro del ámbito de los mismos, quienes como regla general conocerán de todos los litigios derivados del derecho estatal. Es decir, tienen competencia sobre una variedad más amplia de disputas en comparación con los tribunales federales. A los tribunales estatales les incumben prácticamente todos los asuntos relativos a divorcios y tutela de menores, testamentos y herencias, así como cuestiones de bienes raíces, asuntos de menores de edad, litis entre inquilinos, accidentes laborales y la mayoría de las causas en materia penal según las leyes estatales. En adición, también conocen sobre litis contractuales, infracciones de tránsito y causas de daños personales.

Por su parte, los tribunales federales se ocupan de las materias que tienen atribuidas por la Constitución y por las leyes promulgadas por el Congreso, es decir, causas relacionadas con leyes federales, el gobierno de los EE.UU., o sus funcionarios, controversias entre estados o

⁴⁵ MELERO, F. JAVIER. Op. Cit. , p. 96

⁴⁶ *Ibídem*.

entre los EE.UU., y gobiernos extranjeros, casos de bolsas de valores, derecho marítimo, comercio internacional, asuntos de patentes, derechos de autor y propiedad intelectual, etc. Con notables excepciones, estos tribunales tienen competencia general y los mismos jueces federales conocen causas en materia civil y penal, así como disputas tanto de derecho privado o derecho público. En los EE.UU., no existen los tribunales constitucionales, debido a que todos los tribunales y jueces federales pueden resolver los asuntos relativos a la constitucionalidad de las leyes.

En materia penal, tanto el gobierno federal como los estados están facultados para procesar delitos penales, pero la complejidad que implica que un delito en particular pueda ser procesado por el Estado o por el gobierno depende de múltiples factores. Sin embargo, los estados si bien tienen amplias facultades para procesar diversos tipos de delitos, sólo pueden investigar y procesar aquellos que han sido cometidos dentro de su demarcación. Las competencias del gobierno federal se extienden a todo el país, lo que supone que generalmente estarán en mejor condición para perseguir, investigar y procesar un determinado delito.

Los delitos que con mayor frecuencia son procesados por el gobierno federal incluyen aquellos relacionados con el narcotráfico, el crimen organizado y los delitos financieros, los grandes fraudes y todos aquellos que guarden un interés federal especial, como son los casos de aduanas, impuestos federales, espionaje o traición.

Si bien existen diferencias en los procesos penales entre los distintos estados y entre éstos y el gobierno federal, ciertos principios medulares del derecho penal y la práctica en los EE.UU., se aplican por igual a todas las investigaciones y procesos, ya sean federales o estatales.

Principios como el derecho a juicio por jurado, el denominado derecho de confrontación⁴⁷, la no autoincriminación y la prohibición constitucional de que sea emitida una orden si no existen pruebas suficientes que apoyen una determinación de “causa probable”, se pudieran mencionar como principios generales que se aplican en todos los Estados.

⁴⁷ Principio que hace referencia al derecho que tiene el imputado de interrogar a las personas que rindan testimonio en su contra, está garantizado por la Sexta enmienda de la Constitución estadounidense.

Finalmente, es un principio general del derecho estadounidense que nadie puede ser condenado sino en virtud de una decisión que haya encontrado culpable al imputado, más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), cuya interpretación y exigencia tiene un alcance mucho más amplio que en el derecho continental.

3.3 El sistema de justicia penal estadounidense⁴⁸

El procedimiento penal de los EE.UU., se asienta sobre su Constitución y la Declaración de Derechos contenidas en las primeras diez enmiendas realizadas a la misma. En lo que se refiere a la justicia penal, tanto federal como estatal, el derecho más importante hace referencia a la presunción de inocencia del acusado, la cual debe ser rebatida por el gobierno, a quien le corresponde probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable. De los veintitrés derechos diferentes incluidos en las primeras ocho enmiendas de la Constitución, doce guardan relación con el proceso penal. En particular, se consideran de suma importancia la Quinta, la Sexta y la Octava enmienda de la Constitución, que instituyen los principios de cosa juzgada, la prohibición de autoincriminación, el debido proceso de ley⁴⁹ y la prohibición de penas crueles y desusadas; sin embargo, a día de hoy, treinta y un Estados incluyen en sus leyes estatales la pena capital.

Cada Estado tiene su propio derecho penal sustantivo, en el cual se detallan los delitos, las defensas y su propio procedimiento penal. Sobre este último, se especifican las distintas fases o etapas del proceso penal, desde el arresto hasta la puesta en libertad. Sin embargo, existen ciertos principios medulares del derecho penal y el proceso que se aplica por igual a todas las investigaciones y procesos, ya sean estos estatales o federales. Además, el gobierno federal posee también su propio derecho penal sustantivo y su procedimiento penal.

3.3.1. Derecho estatutario (*Statute Law*)

⁴⁸ JACOBS, JAMES B. “*Criminal Justice in the United States: A Primer*”. Disponible en web: asjournal.org/49-2007/criminal-justice-in-the-united-states/ (última consulta: 11 de noviembre de 2017). Existe una versión en castellano a cargo de Periódico Electrónico del departamento de Estado de EE.UU. “*La justicia penal en Estados Unidos*”, en Temas de la Democracia. Vol. 6. No. 1. Julio de 2001., p. 6 y ss.

⁴⁹ El derecho a ser juzgado por un jurado imparcial, en un plazo razonable, derecho de defensa o asesoramiento de abogado, etc.

Cada Estado promulga sus propias leyes a través de un cuerpo legislativo y los fiscales del Estado y sus condados las hacen cumplir, los tribunales estatales y locales resuelven los casos a que den lugar y sus sentencias se cumplen en prisiones estatales y cárceles locales. Por su parte, las leyes penales federales son atribución del Congreso, así como su aplicación.

Los procesos federales que tengan lugar y las decisiones que sobre ellos emanen están a cargo de las agencias encargadas de hacer cumplir las leyes federales y de los fiscales, tribunales, prisiones y sistemas de libertad condicional o vigilada del gobierno federal. Existen más de veinte agencias federales especializadas en la ejecución de la ley, la mayoría de las cuales forman parte de los departamentos de Justicia y de Hacienda⁵⁰.

Los delincuentes que cometen delitos federales y son condenados a prisión, se los recluye en instituciones penales administradas por la Oficina Federal de Prisiones —que forma parte del Departamento de Justicia—, las cuales se encuentran dispersas por todo el territorio estadounidense. En este sentido, entendemos importante destacar que una persona que haya sido declarada culpable en un tribunal federal puede ser encarcelado en cualquier prisión federal. Cabe mencionar que las personas condenadas por delitos federales tienen derecho a apelar por ante la Corte de Circuito de su jurisdicción. Las apelaciones en las Corte de Circuito son oídas por un panel de tres jueces.

A pesar de lo expuesto, menos del diez por ciento de toda la población reclusa de los EE.UU., se encuentra en prisiones federales, ya que la mayoría de las actividades de la justicia penal se llevan a cabo con los auspicios de los gobiernos estatales y locales.

Si bien el derecho de los EE. UU., tiene su base en el *common law* y forma parte de dicho sistema, el derecho penal sustantivo de los EE.UU., es totalmente estatutario (*statutory law*), es decir, no existen delitos de *common law*⁵¹. El derecho penal estatal es determinado por el

⁵⁰ De estas agencias las más importantes adscritas al Departamento de Justicia son la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) y la Agencia de Control de Drogas de Estados Unidos (FDA), y de las adscritas al Departamento de Hacienda la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego, el Servicio Secreto y el Servicio de Aduanas.

⁵¹ Aquí resulta capital hacer una aclaración, ya que el lector, en lo adelante, podrá observar cómo se seguirá haciendo alusión al término de *common law* en los EE.UU. Lo que ocurre es que el concepto de *common law* es, reconocidamente, multifacético, y abarca varias acepciones. En ese sentido y de manera general es utilizado indistintamente para hacer referencia, en ocasiones, al derecho anglosajón (gestado en Inglaterra y luego recibido por las colonias inglesas que se asentaron en EE.UU.) y en otras, para hacer referencia al "*case law*", es decir, el conjunto de los precedentes judiciales vinculantes (*stare decisis*) que, juntamente con las normas estatutarias y la

legislador de cada Estado y el derecho penal federal es establecido por el Congreso. Ahora bien, determinar qué delitos se consideran federales y cuáles estatales no resulta una tarea sencilla, ya que la conducta susceptible de configurar un delito no se divide en las mismas categorías. Cuando una determinada conducta vulnera tanto una ley federal como una ley estatal, es posible que incluso, ambos gobiernos inicien un juicio. Esto, ya que al tenor de la doctrina de “soberanía dual”, ni la prohibición de cosa juzgada ni el *doble jeopardy* tienen aplicación en el caso de procesos de soberanías separadas.

La mayoría de los Estados, salvo el gobierno federal, tienen un código amplio de derecho penal sustantivo, donde se encuentran los principios generales de la responsabilidad penal, las leyes que definen los delitos penales específicos (*specific offenses*) y las leyes que contienen las excusas y las justificaciones. Esto indica, que dentro de los EE.UU., existen cincuenta y dos códigos penales además del Código Penal Federal, el cual se superpone a los códigos de cada uno de los Estados y del Distrito de Columbia⁵². Sin embargo, hoy en día, más de las tres cuartas (3/4) partes de los Estados han adoptado, de manera parcial, el Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), siendo el documento de mayor influencia en el derecho penal sustantivo estadounidense.

3.3.2 El *Model Penal Code* (MPC)

El Código Penal Modelo (en lo adelante MPC por sus siglas en inglés) ha sido considerado como el trabajo de mayor influencia dentro del derecho penal de los EE.UU. Desde convertirse en el texto principal en la enseñanza e investigación del derecho penal hasta influir de manera individual en la mayoría de los códigos estatales, el MPC constituye el mayor logro de codificación dentro del sistema del *common law*⁵³.

Constitución, forman el contenido del derecho estadounidense. Sobre los diversos usos y significados del *common law*, por todos vid. COHEN, MORRIS L. “*The common law in the American Legal System: The challenge of Conceptual Research*”. *Law Library Journal*. Vol. 81. USA. 1989. pp. 13-32.

⁵² ROBINSON, PAUL H. / DUBBER, MARKUS D. “*The American Model Penal Code: A brief overview*”. *New Criminal Law Review*. Vol. 10. No. 3. Summer 2007., p. 319

⁵³ *Ibíd.* De igual forma lo consideran; KADISH, SANFORD H. “*The Model Penal Code’s historical antecedents*”. *Rutgers Law Journal*. Vol. 19. USA. 1987., p. 521; DUBBER, MARKUS D. “*An introduction to the Model Penal Code*”. Second Edition. Oxford University Press. USA. 2015., p. ix; MARCUS, PAUL. “*Book Review of the Model Penal Code and commentaries*.” *Book Reviews*. USA. 1982., p. 811; DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding Criminal Law*.” Sixth Edition. Lexis Nexis. USA. 2012., p. 30; LAFAVE, WAYNE R. “*Principles of Criminal Law*”. West by Thompson Reuters. USA. 2010., p. 4; FLETCHER, GEORGE P. “*Basic concepts of criminal law*”. Oxford University Press. USA. 1998., p. 3.

Ahora bien, como su nombre lo indica, el MPC no es una ley, sino un código modelo que ha servido de base para que los diferentes estados realicen reformas a sus códigos estatales de conformidad con los preceptos establecidos en el texto. La intención siempre fue proveer un texto integrado y razonable que pudiera servir a los legisladores en el proceso de recodificación de sus códigos penales estatales.

A pesar de todo, la diversidad entre los códigos penales estatales es evidente, sobre todo en la parte especial y aquellas similitudes que pueden encontrarse se deben a la adopción de algún aspecto del MPC. En ese sentido, se indica que, si bien el MPC pudiera considerarse como el común denominador del derecho penal contemporáneo de los EE.UU., no puede perderse de vista que, dada la gran divergencia que existe en los códigos penales de las diferentes jurisdicciones, hablar de un derecho penal o de un *comon law* penal estadounidense debe hacerse con sumo cuidado⁵⁴.

Empero, no por esto el MPC deja de ser importante, todo lo contrario. La principal contribución del MPC ha sido la presentación de un reexamen sistemático del derecho penal sustantivo, cuya mayor acogida ha sido sobre todo la parte general, ya que el texto simplifica y racionaliza, considerablemente, la confusión que causaba en el *common law* la interpretación del delito, sobre todo, en cuanto a los estados mentales.

A día de hoy, alrededor de cuarenta Estados han sido influenciados de alguna manera por el MPC ya sea acogiendo parte de sus postulados, o formando parte de las opiniones de los tribunales. DUBBER⁵⁵ indica que la prueba más fehaciente del impacto que ha tenido el MPC es que ha sido citado en más de tres mil opiniones en todas las jurisdicciones y que, incluso en aquellas jurisdicciones que no han adoptado el MPC es frecuente observar cómo los tribunales recurren al análisis del texto para dilucidar aspectos no tratados o que requieran aclaración, así al final terminen rechazando las soluciones propuestas por los redactores del Código. También pueden encontrarse referencias al MPC en opiniones federales e, incluso, en más de cien opiniones⁵⁶ de la SCJ.

⁵⁴ Vid. DUBBER, MARKUS D. "An introduction..." Op. Cit., p. 4; con referencia al mismo en Reimann Mathias Reimann/ Reinhard Zimmermann (Eds.) "Comparative Criminal Law". Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford University Press. 2007; quien establece que, incluso, debe pensarse en el derecho penal contemporáneo de los EE.UU., como una especie de ejercicio doméstico de derecho comparado.

⁵⁵ DUBBER, MARKUS D. "An introduction..." Op. Cit., p. 6

⁵⁶ El término "opiniones", se entiende en el sentido de los diferentes tipos de escritos que realizan los jueces. Las más conocidas son las opiniones de la Corte anunciadas en casos en que ésta ha escuchado argumentos orales.

3.3.2.1 Antecedentes del MPC

La fama de la que ha sido objeto el MPC dentro de los EE.UU., producto del logro de codificación e intento de unificación del sistema penal sustantivo norteamericano, no debería ser óbice para resaltar la tendencia codificadora o mejor dicho, los intentos de codificación del *common law*, ya no sólo en los EE.UU., sino también en Inglaterra, cuyas propuestas se remontan a BENTHAM. Si bien el MPC fue el último intento de codificación y, por cierto, el que pudiera decirse que tuvo éxito, no es prudente dejar de lado aquellos esfuerzos que influyeron sobre esta pretenciosa intención⁵⁷.

Aunque BENTHAM nunca produjo *per se* un código completo, realizó múltiples propuestas de reforma legal y codificación y, a pesar de que las mismas nunca tuvieron éxito, toda su vida abogó por la codificación no sólo del derecho penal, sino de todo el sistema jurídico. Para él, lograr la mayor felicidad del mayor número de personas posibles requería de la existencia de un código que fuera comprendido por todo el mundo. Con esto, BENTHAM pretendía sustituir el derecho existente por un derecho que estuviera guiado por el principio de utilidad, el cual debía ser plenamente codificado, ya que, en su opinión, sólo así se podría eliminar el sistema judicial que operaba.

En sus planteamientos se encontraba la idea de que la certeza era la gran utilidad de la ley, por lo que los jueces no deberían tener en su poder la creación del derecho, ya que con ello lo único que se favorecería sería la corrupción, la incertidumbre y la arbitrariedad. A pesar de todo, lo paradójico fue que el único país de Europa que no codificó sus leyes fue, precisamente, Inglaterra⁵⁸. A pesar de esto, el pensamiento de BENTHAM tuvo mucha influencia en los esfuerzos codificadores del sistema del *common law* en todo el siglo XIX y XX, incluyendo el MPC⁵⁹.

Cada uno establece el juicio del Tribunal y su razonamiento. El juez que redacta la opinión mayoritaria o principal resume la opinión del tribunal durante una sesión del Tribunal programada regularmente y luego es subida o colocada en la página web del tribunal. Para más información sobre esto Vid. <https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx> (última consulta: 8 de enero de 2018).

⁵⁷ Una visión ampliada y detallada la provee KADISH, SANFORD H. “*Codifiers of the Criminal Law: Welcher’s Predecessors*”. Columbia Law Review. Vol. 78. pp. 1098-1144; el mismo. “*The Model ...*” Op. Cit. pp. 521-538; vid. ROBINSON, PAUL H. / DUBBER, MARKUS D. “*The American...*” Op. Cit., p. 321.

⁵⁸ Vid. ALFANGE JR., DEAN. “*Jeremy Bentham and the codification of law.*” Cornell Law Review. Vol. 55. Article 3. 1969. pp. 58-77

⁵⁹ KADISH, SANFORD H. “*The Model...*” Op. Cit., p. 522

Partiendo de esto, es obvio que habiendo acogido los EE.UU., el sistema del *common law* sus leyes penales no fueran importadas en forma de código, pero mientras todas las naciones occidentales se preocupaban por centralizar el control en el sistema de justicia criminal y preocuparse por la amenaza del castigo, los reformadores americanos de manera pragmática procedieron a reformar el castigo mismo sin exigir la centralización del poder criminal⁶⁰. Este pragmatismo reformador estadounidense estuvo influido por la política criminal y los fundamentos del *ius puniendi* desarrollados por BENTHAM⁶¹.

La primera compilación codificadora en los EE.UU., recae sobre Edward Livingston y luego sobre David Dudley Field. El primero intentó, sin éxito, redactar un código penal federal y luego, el Código Penal de Louisiana, completado en 1826. Este último constituyó el primer intento real en crear un código asentado sobre una base científica sólida, de ahí que sea reconocido como aquel Código que sentó las bases al desarrollo de la ciencia jurídico penal estadounidense⁶².

Por otra parte, David Dudley Field tuvo mejor suerte que Livingston como codificador, ya que si bien no intentó modificar cuestiones básicas del derecho, se dedicó a recopilar y sistematizar el derecho norteamericano resultando en la redacción de un código penal para el Estado de Nueva York que pretendía hacer más sencilla la práctica de los abogados, pero sin introducir cuestiones novedosas ni científicas diferentes a la existente.

El Código de Field fue sometido a la Legislatura en 1865 hasta que se convirtió en ley en 1881 y estuvo vigente hasta el 1997 cuando fue reemplazado por el *New York Penal Law*. No obstante

⁶⁰ ROBINSON, PAUL H. / DUBBER, MARKUS D. “*The American...*” Op. Cit. pp. 321. Un tratamiento más exhaustivo sobre la historia de la justicia criminal en EE.UU., se encuentra en DALE, ELIZABETH. “*Criminal Justice in the United States. 1789-1939*”. Cambridge University Press. USA. 2011; Vid. GRANADOS PEÑA, JAIME E. “*La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU.*” ADPCP. Tomo 45. Fascículo/Mes 3. 1992., p. 1023 y ss., quien reconoce que ya desde el 1607 los estatutos penales ingleses y los *common law crimes* regían en las colonias americanas, aunque a partir de la guerra civil surgieron auténticos estatutos reunidos en forma de códigos. Por ejemplo, el *Colonial Statutes of Massachusetts* in 1688 y Pennsylvania en 1682 y el fallido código criminal de Virginia preparado por Thomas Jefferson en 1776, vid. “KADISH, SANFORD H. “*The Model...*” Op. Cit., p. 523

⁶¹ GRANADOS PEÑA, JAIME E. Op. Cit., p. 1032

⁶² KADISH, SANFORD H. “*The Model...*” Op. Cit., p. 523; el mismo, “*Codifiers...*” Op. Cit., p. 1100; GRANADOS PEÑA, JAIME E. Op. Cit., p. 1032. El Código de Livingston se dividía en cuatro partes: (i) Code of Crimes and Punishments, donde se definían las normas penales, (ii) Code of Procedure, sobre la imposición de las normas, (iii) Code of evidence, sobre las pruebas y, (iv) Code of Reform and Prison Discipline, sobre la imposición de las penas.

antes de ser aprobado en Nueva York, ya lo habían acogido en los Estados de California y Dakota.⁶³

3.3.2.2 *American Law Institute (ALI) y el MPC*

El *American Law Institute* (en lo adelante ALI⁶⁴) es una organización no gubernamental compuesta por renombrados juristas, jueces y profesores de EE.UU. Fue creada en 1923 con ocasión de la realización de un estudio emitido por *El Comité para el Establecimiento de una Organización Permanente para la Mejora de la Ley*, que informó que los dos defectos principales del derecho estadounidense -su incertidumbre y complejidad- habían producido una "insatisfacción general con la administración de justicia"⁶⁵.

Al parecer y según información emanada por el indicado comité, la incertidumbre de la ley derivaba en parte de la falta de acuerdo sobre los principios fundamentales del *common law*, mientras que la complejidad de la ley se atribuía a las numerosas variaciones existentes dentro de las diferentes jurisdicciones de los EE.UU. De esta forma, proponía la formación de un grupo de expertos que trabajarían en la mejora de la ley y su administración. Esto llevó a la creación de la ALI, que ya para 1930 había producido un código procesal, el cual fue promulgado en 1946 con el nombre de *The Federal Rules of Criminal Procedure*.

En consecuencia, desde 1931 iniciaron los trabajos de codificación, pero estos tuvieron que suspenderse debido a la falta de fondos que produjo la gran crisis económica que azotó a los EE.UU., en 1929 (*The Great Depression*) y posteriormente por la Segunda Guerra Mundial.

No fue hasta 1951 cuando se retomaron los trabajos y desde entonces (luego de la producción de trece borradores presentados desde 1953 hasta 1960), en mayo del 1962 fue aprobada la propuesta oficial, que tuvo como base el proyecto tentativo revisado en 1961 donde se incluían los comentarios y reacciones a los trece borradores. En el año 1984 la ALI sometió a revisión la propuesta oficial a fines de complementar las notas comparativas de aquellas jurisdicciones

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Vid. Ali.org (última consulta: 9 de enero de 2018).

⁶⁵ Esto lo reconoce KADISH, SANDFORD H. "*The model...*" Op. Cit., p. 537; cuando establece que desde inicios del siglo XX se inició una crítica general en contra del caos existente con la legislación penal norteamericana

estatales que acogieron el MPC y ampliar los comentarios de los redactores. Finalmente, en el año 1985 se emitió un código definitivo⁶⁶.

A principios de 2017 quedaron aprobadas las actualizaciones que sobre el sistema de penas (lo que se denomina *sentencing*⁶⁷) hiciera el ALI. Luego de alrededor de quince años de trabajo se culminó con las modificaciones que habrían permanecido intactas desde el año 1962, ya que la actualización y ampliación que sufrió el MPC en el año 1984 se vinculaba únicamente al derecho penal sustantivo.

3.3.2.3. Composición sistemática del MPC

El MPC es sólo la primera mitad de un código integral de leyes penales y penitenciarias, que incluye también un código correccional modelo⁶⁸. En su totalidad se denomina Código Penal y Correccional Modelo (*Model Penal and Correctional Code*). La división del texto se compone, entonces, de cuatro partes principales, pero únicamente las dos primeras hacen referencia al derecho penal sustantivo, ya que las últimas dos partes están dedicadas, exclusivamente, al tratamiento del delincuente y al sistema de penas en sentido amplio.

La primera parte se denomina Provisiones Generales (*General Provisions*) donde se establecen los principios básicos que rigen la existencia y el alcance de la responsabilidad penal. Está dividido, a su vez, en cinco artículos dentro de los cuales se tratan todos los aspectos de la parte general; a saber: *actus reus*, *mens rea*, *defenses*, *justification*, *excuses* y los *inchoate crimes*.

La segunda parte consagra la Definición de Delitos Específicos (*Definition of Specific Offenses*), con una novedosa división, ya que separa los delitos por categorías de los intereses penalmente protegidos; a saber: delitos contra la estabilidad del Estado, de la persona, de la propiedad, de la familia, de la administración pública, orden público y decencia, y delitos

⁶⁶ Sobre esto, GRANADOS PEÑA, JAIME E. Op. Cit., p. 1041.

⁶⁷ Lo novedoso de la aprobación de la revisión del MPC es que acoge la teoría del merecimiento moral (*just desert*) de corte retribucionista como el fin esencial del Derecho Penal. Este aspecto adquiere una especial relevancia ya que, como se verá más adelante, el MPC si bien reconoció en su momento la importancia de las preocupaciones de los retribucionistas optó por dar prominencia a funciones de corte utilitaristas, esto es, la disuasión de la conducta delictiva, en primer lugar y, en caso de no ser suficiente, diagnosticar las necesidades correccionales. Por último establecía la incapacitación del delincuente incorregible.

⁶⁸ DUBBER, MARKUS D. “*An introduction...*” Op. Cit., p. 13, donde además se encontrará un tratamiento exhaustivo dedicado exclusivamente a las novedades del *Model Penal Code*.

misceláneos como serían narcóticos, consumo de alcohol, juegos de azar, impuestos y leyes de comercio⁶⁹.

Así, el delito en el *criminal law* estadounidense a raíz del MPC quedaría dividido, estructuralmente en un sistema dual que, por un lado, conocerá sobre las denominadas “*offenses*” y, por el otro, de las denominadas “*defenses*”. Las *offenses* a su vez estarán divididas en un sistema bipartito que, de una parte contendrá los denominados elementos objetivos del delito (*actus reus*) y, de la otra, los elementos de la culpabilidad (*mens rea*)⁷⁰.

Los elementos objetivos (*actus reus*)⁷¹ se compondrán, a su vez, de una conducta (que consistirá en un acto voluntario, u omisión cuando exista un deber legal de actuar), las circunstancias concurrentes (*attendant circumstances*), el resultado (*social harm*) y la causación (*Causation*)⁷². Además, la culpabilidad (*mens rea*)⁷³ estará compuesta de cuatro elementos que distinguen entre distintos grados de reprochabilidad (*blameworthiness*), denominados: *intent or purpose* (intención o propósito), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (desconsideración) y *negligence* (negligencia).

Del otro lado, estarán las defensas (*defenses*)⁷⁴ que contendrá los distintos tipos de condiciones que tienden a negar la existencia de los elementos del delito. El MPC divide las defensas en tres grupos: (i) las posibles defensas de responsabilidad penal (*ignorance, intoxication, duress, military orders, de minimis, entrapment*); (ii) las justificaciones (*necessity, public duty, self-defense, defense of another, defense of property, law enforcement, special responsibility*)⁷⁵ y, (iii) las denominadas *excuses (necessity e immaturity)*⁷⁶.

⁶⁹ Vid. *Ibíd.*, p. 20, quien critica alguna de las separaciones hechas por el MPC, como por ejemplo los delitos contra la familia como institución. De hecho, el autor sostiene que el Código Penal de Nueva York se desvió de dicha división y codificó el aborto dentro de los delitos contra la persona.

⁷⁰ Una de las novedades del MPC es que elimina la clásica distinción entre *actus reus* y *mens rea*, típica del *common law*. Esto, sin embargo, en cuanto a su denominación, pues el contenido -salvo en el caso del *mens rea*- sigue siendo el mismo. Con relación a este último elemento, el mayor logro del MPC fue obtener una reducción de la docena de estados mentales que satisfacían el denominado *mens rea* y concretarlo en la exigencia de cuatro únicos elementos.

⁷¹ MPC §2.01.

⁷² MPC §2.03.

⁷³ MPC §2.02.

⁷⁴ MPC §2.04, §2.08 al §2.12.

⁷⁵ MPC §3.02 al §3.08.

⁷⁶ MPC §4.01 y §4.10.

Ya en la otra parte del Código, se tratarán los aspectos correccionales, por lo que en la tercera parte se hablará acerca de aquellas disposiciones que rigen el proceso de tratamiento y corrección del delincuente (*treatment and correction*) y, finalmente, la cuarta y última parte establecerá las disposiciones sobre la organización de todo el proceso de corrección (*organization of correction*).

Sin embargo, en todo el texto se encuentran comentarios al Código, que han sido preparados con la intención de colocar la literatura sistemática de la legislación penal estadounidense en paridad con la de los campos jurídicos bien desarrollados. Al tomar un ejemplar del MPC parecería estarse leyendo un Código Penal Anotado o concordado en donde cada elemento que aparece en él se encuentra claramente comentado para fines de facilitar la comprensión.

Para los EE.UU., contar con un Modelo de Código de esta naturaleza es colocar el sistema penal a la par con los códigos europeos más avanzados. Por ello, desde el inicio de su confección se realizó un trabajo comparativo exhaustivo y muchas de las cuestiones que se introdujeron en el MPC ya habían sido por muchos años –y son- práctica común en los países del sistema continental, y aunque se desconoce a ciencia cierta la influencia que hayan tenido los textos continentales sobre el desarrollo del MPC, lo cierto es que el sistema penal comparado que más ha influido en el derecho penal estadounidense es el derecho penal alemán⁷⁷.

Sabido esto, es importante señalar que de todos los Estados, los más influidos por el MPC han sido Nueva York, Texas, Illinois, Oregon, Pennsylvania y Nueva Jersey, puesto que han adoptado casi todas sus disposiciones. Empero, la consecuencia de esto es que la clasificación de los delitos en la mayoría de los Estados no es exacta a la del MPC, por lo que todavía se utiliza de manera general la clasificación de *statutory crimes*.

En ese sentido, históricamente correspondía a las Cortes la creación de los delitos estableciendo su definición y previendo su correspondiente castigo (*common law crimes*); pero una vez se fue asentando la legislación, ésta asumió la tarea de crear, definir y castigar nuevos delitos por medio de estatutos. Además, se modificaron el alcance de los delitos que fueron confeccionados

⁷⁷ Ibid., p. 6; quien hace referencia a esta influencia alemana, sobre todo respecto a los comentarios de las secciones 2.02 y 210.3 del MPC, y en cuanto al estado de necesidad como causa de justificación (*general defense of necessity or lesser evil*).

por los jueces hasta que prácticamente desaparecieron del sistema los denominados *common law crimes*.

3.4 Clasificación de los delitos

Actualmente, la clasificación de los delitos se realiza de varias maneras. Es posible que la clasificación se haga atendiendo al interés jurídico penalmente protegido por el delito, como lo estableció el MPC o, de acuerdo a la gravedad del delito, la circunstancias en las que ocurre o conforme al daño causado. De éstas, la más común es clasificar los delitos dependiendo de la gravedad del delito, esto es, atendiendo al grado de punibilidad que conlleva la infracción. A esto se le denomina grados de delitos (*grades of crime* ó *grading*). Existen, entonces, cuatro tipo de grados de delitos que se conocen como (i) *Felony*, (ii) *Misdemeanor*, (iii) *Felony-Misdemeanor* y, (iv) *Infractions (violations)*.

3.4.1 *Felony* y *Misdemeanor*

Se denomina *Felony* a los delitos más graves, es decir, a aquellos que causan lesiones corporales graves o la muerte y donde el elemento de la intención es atroz. En algunos casos, algunos delitos de robo o fraude de delitos de cuello blanco pueden catalogarse como *Felony* si superan una determinada cantidad de dinero. Se reconoce también que en materia de reincidencia un determinado delito puede ser catalogado como *Felony*, así éste no constituya un delito grave en otras circunstancias⁷⁸. Estos delitos pueden dividirse en subgrupos que se determinarán por grado y la pena de prisión a imponer oscila entre un año y cadena perpetua. En algunos Estados y, sobre todo, el derecho penal federal, en algunos casos pueden imponer la pena de muerte por delitos de esta naturaleza. Su graduación penal puede consistir también en una cuantiosa multa en caso de *plea bargain* y someterse a *probation*.

Por su parte, los *Misdemeanor* son delitos menos graves que los *Felony* y en los cuales el elemento de la intención es de un nivel menor o su resultado es menos grave, pero también conllevan penas de prisión y multa. En algunos Estados los *Felony* se pueden clasificar en categorías como A (más grave *misdemeanor*) o B (menos grave *misdemeanor*) y, en algunos

⁷⁸ Vid. “*Criminal Offense classification*.” Disponible en web: Justia.com (última consulta: 10 de enero de 2018)

casos se utiliza el término de *gross misdemeanor* para hacer referencia a un delito que es muy grave pero que no adquiere la categoría de *Felony*⁷⁹.

También, en otros Estados se puede encontrar una clasificación intermedia denominada *Felony-Misdemeanor*, que son delitos que el gobierno puede enjuiciar y castigar ya sea como un *Felony* o como un *Misdemeanor*, según las circunstancias particulares que acompañen al delito. Es similar a la clasificación de *Felony* en A o B ya citada, con la particularidad de que en ambos casos la discreción de enjuiciar el delito como *Felony* o *Misdemeanor* generalmente le pertenece al juez, aunque en algunos casos el fiscal puede tomar la decisión.

Finalmente, se encuentran las denominadas *Infractions (violations)*, que son delitos que se castigan con penas de multa y no conllevan prisión. Ejemplo de delitos de tráfico, exceso de velocidad e infracciones menores caen dentro de esta categoría.

3.4.2 *Malum in se* o *Malum prohibitum*

Otra clasificación de los delitos que se utiliza en los EE.UU. es atender al latinismo de delitos *Malum in se*, es decir, inherentemente malos o malos en sí mismos, y *Malum prohibitum*, que alude al hecho de que únicamente se consideran malos porque una ley o estatuto así lo prohíbe.⁸⁰ Esta clasificación suele utilizarse más en crímenes como el *manslaughter* (homicidio) y el *battery* (robo con escalamiento)⁸¹.

Esta división no está exenta de problemas pues en muchas ocasiones los tribunales han reconocido la dificultad de colocar los delitos en una u otra categoría. Se indica que, en principio, los delitos de *common law* constituyen delitos de *Malum in se* y que los delitos estatutarios constituirían los *Malum prohibitum*. Esta división no es satisfactoria porque los Estados no sólo codificaron y modificaron los delitos de *common law* sino que, además, agregaron una multitud de delitos que no formaban parte del mismo, por lo que en los estatutos aparecerán un sinnúmero de delitos que serán tanto *Malum in se* como *Malum prohibitum*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Vid. LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 33

⁸¹ Robo con escalamiento, en casa habitada y nocturnidad. Es una especie de robo agravado que en el sistema estadounidense adquiere la connotación de un tipo autónomo.

Por otra parte, se considera otra clasificación que tendería a establecer delitos de *Malum in se* en tanto en cuanto estos exijan el elemento de intención (*criminal intent*) y, en aquellos casos en que no se exija este elemento, entonces los delitos serán *Malum prohibitum*. Esta clasificación, que tampoco parece ser definitiva, por generar problemas, adquiere sentido cuando se observa que la gran mayoría de los delitos federales parecen no exigir estados mentales. En este sentido, consisten en conductas que se consideran ilícitas simplemente por estar prohibidas⁸².

Ahora bien, un punto de vista interesante para realizar una división que pudiera ser satisfactoria sería atender a la *dañosidad social* de la conducta exigida en el delito, es decir, los delitos que por su naturaleza conlleven la vulneración de los intereses sociales o individuales que entonces deberían ser considerados como *Malum in se* por conllevar un desvalor moral intrínseco. Por su parte, aquellos delitos que consistan más en la violación de una determinada regla estatutaria y que no conlleven en sí mismos la materialización de un resultado dañoso, podrán ser denominados *Malum prohibitum*⁸³.

3.4.3 *Moral turpitude, infamous crime y petty offenses*

Otras tres formas de categorizar los delitos son las denominadas *moral turpitude, infamous crimes y petty offenses*. En primer lugar, algunos delitos se dividen sobre la base de si conllevan una bajeza moral (*moral turpitude*) o no. Esta clasificación es similar a la de *Malum prohibitum* y *Malum in se*, tanto así que los tribunales en algunas ocasiones definen los mismos en términos de su contraparte⁸⁴, es decir, como contrario a *moral turpitude* establecen los *Malum prohibitum*

⁸² Se reconoce que la mayoría de los modernos delitos federales son *Malum prohibitum*. Sin embargo, el problema no parece generarse en la categorización del delito sino más bien en la crítica que se hace al Congreso por el fenómeno de la sobre criminalización. Se destaca que más de un 40% de nuevos delitos se han creado desde la década de los 70 hasta el año 1998, en referencia a aquellos creados desde la Guerra Civil hasta el 1970. Es decir, en menos de treinta años se han incrementado los delitos en un 40% más que en toda la historia de los EE.UU. Esto ha llevado a que los especialistas, académicos y comentaristas alcen sus voces para que se exija como mínimo la vuelta al *mens rea* en los delitos federales. La diferencia entre los delitos federales y los delitos del *common law* es, precisamente, que todos los delitos del *common law* exigen *mens rea* y por ende, cuando fueron modificados e incluido en los estatutos los tribunales siguieron exigiendo la prueba del estado mental. Esto así, incluso para aquellos delitos que no hacían referencia a ello, pues se entendía que la exigencia del estado mental estaba tan arraigada en el *common law* que no había necesidad de establecerla en los estatutos, es decir, que el hecho de que un determinado estatuto no exigiera el estado mental no significaba que no debía ser probado, sino que se daba como implícito en el delito. En sentido contrario, los delitos federales siempre han sido estatutarios ya que la SCJ siempre ha mantenido la regla de la inexistencia de delitos federales de *common law*. Sobre la exigencia del *mens rea* en los delitos federales, Vid. BAKER JR., JOHN S. / HAUN J., WILLIAM "The mens rea component within the issue of the over – federalization of crime." Criminal Law & Procedure. Vol. 14. No. 2. USA. 2013. pp. 24-29

⁸³ *Infra Cap. I. Secc II. 2.4*

⁸⁴ LAFAYE, WAYNE R. "Principles..." Op. Cit., p. 35

y viceversa. Por otra parte, se realiza una diferenciación atendiendo a si el delito es un delito infame (*infamous crime*) o no. En este caso, al igual que con los delitos de *moral turpitude*, los términos son tan vagos e imprecisos que es difícil determinar de manera precisa cuáles entran en una u otra categoría, pues todo va a depender de la finalidad con que se haga la distinción.

Finalmente, se encuentran las *petty offenses* en las que se dividirán los delitos en tanto en cuanto constituyan delitos mayores (*major crimes*) o delitos menores (*petty offenses*). Las *petty offenses* constituyen un subgrupo de las *misdemeanor* que vimos anteriormente, pues a diferencia del *Felony* que siempre será un delito mayor, las *misdemeanor* pueden ser o un delito mayor o una *petty offense* dependiendo del posible grado de punibilidad que conlleve el castigo⁸⁵.

Sección II: El sistema de imputación estadounidense

Introducción

El sistema penal estadounidense es bastante complejo, pero, al igual que el sistema de los países que siguen la tradición civilista, se encuentra dividido, a grandes rasgos, en una parte sustantiva (*substantive criminal law*) y una parte adjetiva (*criminal procedure*); la primera, referida al tratamiento del crimen y la pena, y la segunda, al proceso que debe llevar el Estado para que dicha pena le sea impuesta a un ciudadano que ha cometido, previamente, un delito.

Así, la parte sustantiva del derecho penal se encarga de todo lo relativo al crimen y al castigo del delincuente. Para ello, define qué es el delito, especifica cuáles conductas constituyen un determinado delito y establece las denominadas defensas (*defenses*), indicando en cuáles circunstancias o situaciones concretas una determinada conducta no es considerada como delito. Se encarga, además de indicar la pena o sanción que debe imponérsele a un ciudadano que ha sido condenado, más allá de toda duda razonable, por un determinado hecho antijurídico. Por su parte, la parte adjetiva o procesal se refiere al conjunto de normas que rigen la serie de procedimientos a través de los cuales el Estado impone el derecho penal sustantivo.

⁸⁵ Ibid., p. 36

Por otro lado, es habitual encontrar en el estudio del derecho penal una división bipartita de sus materias, a saber: una parte general que consiste en el establecimiento de los principios generales de la responsabilidad penal, y una parte especial, en la cual se establecen los elementos de cada delito y las defensas. El caso del derecho estadounidense no es diferente, de hecho, en palabras de MOORE “[T]he usual way of describing this distinction is in terms of doctrines that apply to all crimes (the general part) versus doctrines that define particular crimes”⁸⁶.

Así, doctrinas como las de *actus reus*, *mens rea* y *causation* se aplican a todos los delitos y, por tanto, dichas doctrinas se asignan por este criterio a la parte general. Por su parte, las doctrinas que definen los elementos únicos de cada tipo de delito, por ejemplo: el *actus reus* del tipo de violación o el requisito de *mens rea* relativo al tipo de homicidio, se asignan a la parte especial. En definitiva, a la parte general también se le asignará el estudio de las doctrinas de conspiración, tentativa, inducción (la denominada *solicitation*) y complicidad, ya que, si bien describen denominados *specific crimes*, se asignarán a la parte general toda vez que un sujeto puede ser culpable de tentativa, inducción, instigación o complicidad, casi en la mayoría de los delitos contenidos en el código penal⁸⁷.

⁸⁶ MOORE, MICHAEL S. “*Placing Blame: a theory of Criminal Law*”. Oxford University Press. First Published paperback. New York. U.S.A. 2010., p. 30.

⁸⁷ Ibidem. MOORE hace énfasis en que dicha distinción entre parte general y parte especial se plantea de dos maneras diferentes. En primer lugar, mediante el ofrecimiento, al menos pedagógicamente, de un enfoque exclusivo en la enseñanza de la parte general del derecho penal, al indicársele a los estudiantes que les sirve más aprender las doctrinas que se aplican a todos los delitos que dominar los elementos específicos de cada delito, ya que dichas doctrinas de la parte general varían menos de una jurisdicción a otra y tienen una mayor longevidad. En adición, presenta una forma más profunda de dibujar la distinción entre la parte general y parte especial, cuya finalidad no tiene un carácter pedagógico. Para ello propone que se analicen dos tipos de juicios morales que a menudo nos hacemos; el primero, referido al juicio sobre el tipo de acciones, es decir, a establecer qué tipo de acciones son correctas o incorrectas para ser realizadas, y el segundo, relativo a la responsabilidad de una persona en particular en un momento determinado. A su entender, tales juicios ponen en juego dos tipos bastante diferentes de teorías morales. El primer juicio requerirá que apliquemos una teoría de la moralidad sustantiva, es decir, aquella que nos dice qué tipos de acciones son incorrectas (a diferencia de los tipos de acciones que generalmente son permisibles o incluso moralmente virtuosas) y, el segundo, requerirá que apliquemos lo que podría llamarse la moralidad de la atribución de las faltas justas. Tal teoría moral sería una teoría moral de la responsabilidad, pues abordaría la cuestión de cuándo una persona es moralmente responsable en la realización de una acción ilícita. Así las cosas, la segunda forma de establecer la distinción entre la parte general y especial del derecho penal es considerar a la parte general como la búsqueda de articular una teoría de la responsabilidad, y a la parte especial como la búsqueda de articular una teoría de la acción injusta. La parte especial establece qué tipo de acciones están prohibidas y la parte general establece las condiciones bajo las cuales puede ser castigado un actor que realiza una determinada conducta ilícita. Finalmente, el autor indica que la segunda forma establecida será congruente con la primera, esto por lo que considera como neutralidad del contenido de la teoría de la responsabilidad, en el sentido de que establece las condiciones bajo las cuales un sujeto es responsable de la realización de una acción ilícita, sin importar cuál sea el carácter de la acción ilícita. Esta característica de la teoría de la responsabilidad significa que las doctrinas de derecho penal que describen el contenido de dicha teoría se aplicarán a todos los actos prohibidos por la parte especial de la ley penal, de donde derivará entonces la congruencia de las dos distinciones.

Ahora bien, no se puede perder de vista que cada Estado posee un código penal propio y un código de procedimiento penal. A esto, se le adiciona la existencia del Código Penal Federal que rige para todos los EE.UU. Sobre esta base, tal y como lo han reconocido algunos autores⁸⁸, se debe tener un especial cuidado al momento de hacer valoraciones o afirmaciones globales sobre el sistema penal de EE.UU., ya que no existe tal cosa como una regla general aplicable a todos los Estados. Sin embargo, salvado los matices que pudieran existir, al estarse tratando aspectos que se relacionan, única y exclusivamente, con la parte general del derecho penal, entendemos que estas afirmaciones generales pueden ser realizadas con mayor holgura.

1. Principios de la Responsabilidad Penal

En el sistema del *common law* existen una serie de premisas elementales que subyacen a todo el sistema sustantivo del derecho penal angloamericano. Estas premisas se denominan Principios de la Responsabilidad Penal y han sido señalados por parte de la doctrina un total de cinco premisas o principios generales⁸⁹ de la responsabilidad penal, los cuales deberán ser probados por la acusación más allá de toda duda razonable⁹⁰, a saber:

- i) El imputado debe haber cometido una conducta ilícita (*wrongful conduct*) o la existencia de un acto (*actus reus*). En este sentido, para que se pueda establecer una conducta como criminal debe existir algo más que un mero estado mental culpable, y así se refleja en decisiones judiciales que han abundado que sería inconstitucional que un mero estado o condición mental constituyera un crimen. Esto viene a guardar

⁸⁸ Entre ellos, ROBINSON, PAUL H. / WILLIAMS, TAYLOR SCOTT. “*Mapping...*” Op. Cit. P. 3; Dubber, Markus. “*The integration of Substantive Criminal Law in the United States*”. Octubre 2004, presentado en la Conferencia Internacional de Reforma Penal celebrada en México. Disponible en web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871545 (última consulta: 9 de noviembre 2017) LARRAURI, ELENA. “*Control del delito y castigo en Estados Unidos*”, en Revista Jueces para la Democracia. N.º 32. Pp. 85-88. 1998. Disponible en web: dialnet.unirioja.es (última consulta: 9 de noviembre de 2017)

⁸⁹ Sin embargo, algunos autores reconocen la existencia de siete o más principios elementales de la responsabilidad penal, pues en adición a los indicados de *actus reus*, *mens rea*, *concurrency*, *causation* y *resulting harm*, agregan los principios de legalidad, proporcionalidad, carga de la prueba, vid. DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit. p. 39 y ss., LAFAYE, WAYNE R. *Principles...* Op. Cit. p. 9 quien entiende que son siete los principios básicos de la responsabilidad penal, pues además del principio de legalidad entiende que el rol del castigo es un principio básico de la responsabilidad penal. Ahora bien, estos principios de la responsabilidad penal constituyen lo que se denominan los elementos de la ofensa (*elements of a crime*).

⁹⁰ De hecho, todo elemento del delito que debe ser probado por la acusación, más allá de toda duda razonable, constituye un principio de la responsabilidad penal. Lo que ocurre es que existen delitos (por ejemplo el robo ‘*burglary*’) en los cuales solo deberá probarse, más allá de toda duda razonable, la concurrencia de un *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, en delitos como el homicidio en los cuales la acusación deberá probar, más allá de toda duda razonable, no solo la concurrencia de un *actus reus* y un *mens rea*, sino también la causación y el daño ocasionado.

relación con el principio de *cogitationis poenam nemo patitur*, cuya regla jurídica aparecerá en toda la parte especial para analizar su concurrencia en cada uno de los delitos tipificados⁹¹.

- ii) Se establece, además, que la conducta, para que pueda ser considerada como criminal, deberá consistir en algo más que una mera acción u omisión – esta última cuando exista un deber jurídico de actuar-. Así, también se requerirá un estado mental culpable. Esta exigencia también ha sido considerada como una limitante constitucional para el establecimiento de un delito⁹². Empero, como veremos más adelante, existen leyes que imponen responsabilidad penal sin culpa, es decir, responsabilidad penal sin tomar en cuenta ningún tipo de estado mental del sujeto, como la denominada responsabilidad estricta (*strict liability*).
- iii) Otra premisa que se desprende de la división bipartita de *actus reus* y *mens rea* es que la conducta y el estado mental deben concurrir al momento de la realización del hecho u omisión, pero, además, el estado mental debe también coincidir con la conducta del actor. Esto, en el entendido de que el primero actúa sobre la última (la llamada *concurrence*). Detrás de esto subyace la idea de que nadie debería ser condenado por causar un daño mayor o diferente al que refleje el estado mental del autor, aunque existen muchas excepciones a esto en la ley vigente⁹³.
- iv) El delito debe involucrar una conducta socialmente dañina. Esto hace referencia al principio de la conducta dañosa (*harmful conduct*) que consagra que únicamente la conducta dañina para la sociedad debe ser considerada criminal y en el cual se refleja la noción procesal de que un determinado tipo será inconstitucional si no guarda una relación razonable con las lesiones al público.
- v) Y finalmente, si el delito requiere un resultado dañoso, el autor debe haber causado dicho resultado con su conducta (la denominada *causation*). Este es el llamado principio de la causa legal o “*proximate cause*” para aquellos crímenes que no sólo

⁹¹ PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO. “La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del Common Law”. Editorial Comares. Granada, España. 2002., p. 16.

⁹² LAFAVE, WAYNE R. “Principles...” Op. Cit., p. 8

⁹³ *Ibidem*. pp. 8-9.

requieren una conducta prohibida sino también un resultado particular de esa conducta, en la cual la conducta debe ser la causa legal del resultado.

De la totalidad de las premisas expuestas, las más importantes o, al menos, las que requieren mayor profundización para los fines del presente trabajo, son las relativas al *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, esta última adquiere una relevancia en términos de un análisis jurídico penal de capital importancia por ser la esencia del principio de culpabilidad penal, denominada por el derecho estadounidense, como reprochabilidad (*blameworthiness*). Por esta razón, procederemos a tratar la figura del *mens rea* en una sección aparte, y nos limitaremos en la presente sección a analizar, muy brevemente, los demás elementos, sin entrar en las discusiones que, por su complejidad, requerirían una necesaria profundización que no es el objetivo por alcanzar en este trabajo.

1.1 El elemento externo (*actus reus*)

La existencia de un elemento externo en la composición del delito es una cuestión innegable, al menos, en cualquier sistema occidental de derecho penal. En el derecho penal angloamericano, nadie puede ser declarado culpable de un delito sin la existencia de un acto culpable. Así, para que la acusación demuestre la existencia de este acto culpable deberá probar, más allá de toda duda razonable, que el imputado estuvo deliberadamente involucrado en un acto prohibido y previamente determinado por la ley.

El concepto de *actus reus* es un latinismo que hace referencia a un acto culpable (*guilty act*), sin embargo, no existe una definición única aceptada para el término y se entiende que, hasta inicios del siglo XX, este término no había sido utilizado por la doctrina, aunque sí había tenido vigencia en la jurisprudencia angloamericana moderna⁹⁴. Esto tiene como consecuencia que estemos en presencia de un concepto que ha mantenido dividida a la doctrina en cuestiones, hasta cierto punto elementales, relativas a la exigencia del requisito del acto culpable, lo que ha

⁹⁴ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 85 El autor insiste en que al no existir un concepto universalmente aceptado para el *actus reus*, algunos tribunales y comentaristas utilizan el término de manera más estricta, unas veces haciendo referencia a la conducta del imputado y otras veces al resultado de esa conducta, en lugar de establecer una combinación de ambos. *Ibidem*. Nota 6.

llevado a algunos filósofos del derecho penal a indicar que en el único aspecto que existe acuerdo unánime en la doctrina es en la exigencia de un requisito de acto⁹⁵.

Es sabido que los pensamientos solos no pueden constituir crimen o delito. Debe existir una conducta (o una omisión) que sirva de base a la responsabilidad penal, ya que los crímenes están definidos en los estatutos e, incluso, en el *common law*, en términos de acción y omisión de actuar, por lo que, salvo limitadas excepciones, una persona no podrá ser declarada culpable de un delito sin la existencia de un acto voluntario.

Ahora bien, no es la existencia de un acto voluntario como requisito para la concurrencia de un delito lo que ha dividido a la doctrina al momento de exigirlo como objeto de la responsabilidad penal, sino el contenido o alcance del mismo y si, además, los requisitos de causación y dañosidad forman parte o no del concepto de acción culpable. Por esto, no es infrecuente observar cómo parte de la doctrina ha preferido formular el contenido del *actus reus* en términos negativos, es decir, indicando que todos aquellos elementos del delito que no sean parte del *mens rea* formarán parte, entonces, del *actus reus*.

1.1.1 El requisito de acto (*act requirement*)⁹⁶

En principio, a los fines de establecer el *actus reus*, los tribunales y comentaristas han entendido que el requisito de acto hace referencia a un movimiento corporal voluntario o contracción muscular, por lo que así entendido, el acto envuelve un comportamiento físico, aunque no

⁹⁵ Tal es el caso de HUSAK (“*the single matter on which [penal theorists] are virtually unanimous is that there is an act requirement in the criminal law*”). En su opinión, existen cuatro cuestiones particulares que son controvertidas y necesitan aclaración. En primer lugar, indica que los comentaristas deben lograr un consenso acerca de cómo debe ser formulado el requisito de acto; en segundo lugar, deberían establecer una explicación clara acerca de lo que constituye un acto; en tercer lugar, establece que debería identificarse la conexión precisa entre el requisito de acto y otros requisitos del derecho penal (con especial referencia a la culpabilidad y voluntariedad) y, finalmente, deberían justificar el requisito de acto, esto, mediante el establecimiento de una proposición normativa y su defensa del porqué el derecho penal debe incluir dicho requisito. Sobre este último aspecto, el autor intenta desarrollar una proposición normativa sobre la base de que la responsabilidad penal requiere de control. Esto, en oposición de la posición adoptada por FLETCHER acerca de la naturaleza de la acción humana y la exigencia de la misma en Derecho Penal. Vid. HUSAK, DOUGLAS. “*Rethinking the act requirement*”. *Cardozo Law Review*. Vol. 28., pp. 2438-2460. 2006-2007. Disponible en web: heinonline.org (última consulta: 30 de diciembre de 2017). Cfr. FLETCHER, GEORGE P. “*The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, International*”. Oxford University Press. U.K. 2007.

⁹⁶ Este requisito fundamental se conoce indistintamente como el "requisito de *actus reus*" (“*actus reus requirement*”), el "requisito de acto" (“*act requirement*”), el "requisito de acto voluntario" (“*voluntary act requirement*”) y el "requisito de voluntariedad" (*voluntariness requirement*”).

necesariamente visible⁹⁷. Sin embargo, el término “acto” excluirá el proceso mental interno de pensar o de desarrollar una intención de hacer o realizar un acto físico (por ejemplo, los actos mentales)⁹⁸.

Algunos autores entenderán que, en principio “el *actus reus* de un delito consistirá en un acto voluntario que cause un daño social”⁹⁹. Esta premisa se divide en tres requisitos esenciales que serán propios del *actus reus*, a saber: (i) un acto voluntario (u omisión, cuando exista un deber legal de actuar); (ii) la causación; (iii) la dañosidad social¹⁰⁰. Otros, por su parte, entenderán que la división del *actus reus* estará dividida en: (i) en su origen, una actividad corporal; (ii) ciertas circunstancias concurrentes (externas) y, (iii) ciertas consecuencias. Finalmente, algunos teóricos defenderán una definición más estricta de acto, entendiéndolo como un mero movimiento corporal, aunque excluyendo, de esta definición, los actos negativos, actos internos, las circunstancias externas y las consecuencias¹⁰¹.

Quienes defienden la inclusión de circunstancias y consecuencias en el requisito de acto, entienden que esta inclusión es deseable pues algunos delitos están definidos en términos de circunstancias¹⁰² y consecuencias¹⁰³. Además, establecer una visión limitada del alcance de la palabra “acto” pudiera sugerir que no se exige un estado mental respecto de estas circunstancias o consecuencias.

A esta cuestión se le ha opuesto la perspectiva de que simplemente incluyendo circunstancias y consecuencias como un elemento material del delito y exigiendo, además, un estado mental para cada elemento del delito, este problema aparente quedaría resuelto. Por otra parte, se le opone que establecer una definición de acto que incluya circunstancias y consecuencias

⁹⁷ Por ejemplo DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 87, comenta sobre de la contracción muscular de las cuerdas vocales al hablar, el parpadeo de un ojo, encender la llave del carro o simplemente colocar una pierna delante de la otra al caminar.

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 88. En el mismo sentido LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op cit., p. 219

⁹⁹ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 85

¹⁰⁰ *Ibídem*; LIPMANN, MATTHEW R. “*Contemporary Criminal Law. Concept, cases and controversies.*” Second Edition. Sage Publications. U.S.A. 2010., p. 85.

¹⁰¹ LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 219, quien se acoge a esta última definición por considerarla cómo la más significativa para la discusión sobre la exigencia de acto y por ser aquella adoptada por el Código Penal Modelo. Sin embargo, veremos que esto no implica que luego dicho autor no exija otros elementos, sino que, prefiere analizar cada concepto por separado y luego crear una definición completa, igual como lo hace el MPC § 1.13 (2).

¹⁰² Como por ejemplo, el perjurio o la bigamia, en el cual en el primero el testigo debe haber jurado, y en el segundo, el hecho de que el imputado debe estar previamente casado.

¹⁰³ Establecida la misma en términos de resultado, piénsese en el propio delito de homicidio en el cual se requiere la muerte del individuo.

presentaría un problema en cuanto a determinar el punto de terminación del propio acto, planteando dificultades serias al momento de analizar la voluntariedad del mismo¹⁰⁴.

1.1.2 La voluntariedad del acto (“*voluntary act*”)

Ya hemos indicado que el requisito de acto es un componente fundamental del Derecho Penal estadounidense. Salvo muy escasas excepciones, los comentaristas, jueces y teóricos aceptan de manera general que el derecho penal conlleva un requerimiento de acto (*act requirement*)¹⁰⁵. Este acto viene a consistir en un movimiento corporal voluntario, por lo que quedan excluidos los movimientos corporales guiados por representaciones inconscientes de ellos, es decir, los meros reflejos. Pues bien, si el concepto de acto ha dividido a la doctrina en cuanto a su contenido y alcance, no menos lo ha hecho el establecimiento del significado de acto voluntario.

En el derecho penal estadounidense la palabra *voluntario* es utilizada en dos sentidos diferentes, es decir, términos como *voluntario* e *involuntario* son utilizados a menudo por abogados y tribunales al momento de discutir una defensa del derecho penal (*criminal law defenses*)¹⁰⁶, para expresar que el imputado ya poseía o carecía del suficiente libre albedrío para ser declarado culpable por su conducta¹⁰⁷.

¹⁰⁴ LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 220.

¹⁰⁵ Vid. DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 85 (con especial referencia a la nota 1); LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 219; FARRELL, IAN P. / MARCEAU, JUSTIN F. “*Taking Voluntariness Seriously*”. Boston College Law Review. Vol. 54., pp. 1545-1612. 2013; SAUNDERS, KEVIN W. “*Voluntary acts and the criminal law: justifying culpability based on the existence of volition*”. University of Pittsburgh Law Review. Vol. 49., pp. 443-446. 1987-1988; ROBINSON, PAUL H. “*A functional analysis of criminal law*”. Northwestern University Law Review. Faculty Scholarship. Vol. 88. No. 3., pp. 857-913. 1994, disponible en web: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/610 (última consulta: 1 de enero de 2018); HUSAK, DOUGLAS. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 2437; YAFFE, GIDEON. “*The voluntary act requirement*”, in “*The Routledge Companion to Philosophy of Law*”. MARMOR, ANDREI (ed.). Routledge. USA. 2012., pp.174-179; DUBBER, MARKUS/ HORNLE, TATJANA. “*Criminal Law: a comparative approach*”. Oxford University Press. U. K. 2014., p. 188.; ALEXANDER, LARRY. “*Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law*”. Social Philosophy & Policy. Vol. 7. Issue 2. Cambridge. U.K. 1990; FLETCHER, GEORGE P. “*Basic concepts of Criminal Law*”. Oxford University Press. New York. U.S.A. 1998., p. 43; SISTARE, CHRISTINE. T. “*Responsibility and Criminal Liability*”. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht. Netherlands. 1989., p. 46

¹⁰⁶ Es preciso notar que una de las divisiones del derecho penal del *common law*, era dividir los delitos en *offenses* y *defenses*, el primero para el establecimiento de los elementos del delito y el segundo como las excepciones. Sobre esto, Cfr. PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO. Op. Cit., p. 24; quien establece que en *criminal law* la doctrina realiza dos grandes divisiones en su teoría: la de elementos del delito y defensas generales, por lo que, a diferencia del sistema continental que solía estructurar una teoría del delito en base a una oración, teniendo como el sujeto a la acción, y como predicado a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en el sistema del *common law* no existe una formulación teórica del delito elaborada sobre una oración, teniendo como consecuencia que el tratamiento del delito varíe dependiendo de cada autor.

¹⁰⁷ Algo parecido ocurría en la antigua doctrina francesa del delito cuando se dividía a los crímenes, delitos y contravenciones, atendiendo a su doble característica de voluntario e involuntario, el primero referido al carácter doloso de la infracción y el segundo, referido al carácter imprudente de la infracción. Por eso no es extraño

Sin embargo, cuando se pretende hacer referencia al término de acto voluntario (*voluntary act*) se utiliza este término en un sentido mucho más restringido, relacionado más con un aspecto volitivo de la conducta. Así, el acto voluntario será un movimiento corporal voluntario, entendiéndose la voluntad -en el sentido de relevancia para el *voluntary act requirement*, no como una mera representación mental del movimiento corporal, sino que dicho movimiento corporal sea guiado por esa representación. Si el estado mental que guía el movimiento corporal no es consciente, entonces ese estado mental no es una voluntad o una volición, y los movimientos corporales que guía no serán considerados actos voluntarios.

En efecto, esta volición o voluntad expresada por el movimiento corporal está ligada a la noción de que la responsabilidad del derecho penal solo puede ser atribuida a aquellos que son responsables de sus acciones de una manera muy personal. Esto porque el derecho penal debe distinguir entre aquellas acciones humanas genuinas y aquellos eventos provocados por causas físicas que involucran al cuerpo humano y sólo las primeras pueden ser susceptibles de reproche¹⁰⁸.

Sentado esto, a pesar de que el acto voluntario es un requisito esencial para hablar de la responsabilidad penal esto no significa que la acusación, a fines de establecer la responsabilidad penal, deba probar que cada acto o, incluso, que el último acto del imputado fue realizado voluntariamente, porque puede ocurrir que al momento fatal del hecho, el imputado no contara con una conducta voluntaria. Entonces, será suficiente con que la conducta del imputado durante la fase de ejecución del delito haya incluido un acto voluntario. Pero la determinación de si la conducta del imputado incluyó un acto voluntario dependerá de lo que se ha denominado en el derecho penal estadounidense el marco temporal (*time-framing*)¹⁰⁹.

encontrar en la doctrina francesa referencia al homicidio como homicidio voluntario u homicidio involuntario. Sin embargo, las razones por las que el derecho francés prefirió utilizar dicha conceptualización difieren de los motivos por los que se utiliza en los EE.UU. El legislador francés con la finalidad de hacerle frente a la problemática que se presentaba en Francia respecto a la diferencia entre el dolo civil y el dolo penal procedió a eliminar cualquier referencia al concepto de dolo en el código penal incluyendo así términos como voluntario o involuntario.

¹⁰⁸ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 89

¹⁰⁹ Ibid., p. 94. Piénsese en el caso en que A para matar a B prepara una sopa envenenada que deja encima de la mesa y que B la toma doce horas después mientras A duerme. A puede ser procesada por asesinato u homicidio intencional y no parecería buena idea que A alegara que estaba durmiendo al momento de la muerte de B. La conducta relevante de A y la causa próxima de la muerte de B lo constituirá el momento en que A actuó voluntariamente, esto es, al preparar la sopa y colocarla sobre la mesa para que B la consumiera.

Ahora bien, se critica que la utilización del *time-framing* por parte de los jueces pueda dar lugar a la manipulación, ya que un tribunal podrá determinar la conducta del imputado dependiendo de si elige un marco temporal más amplio o restringido. Si el tribunal quisiera condenar al imputado sólo deberá elegir entre un marco temporal lo suficientemente amplio como para incluir una conducta voluntaria, o viceversa, si el tribunal quisiera absolver al imputado sólo deberá construir un marco temporal en el cual quede fuera cualquier conducta voluntaria que haya podido realizar el imputado antes del alegato de involuntariedad. Empero, según DRESSLER, la única forma de determinación del *time-framing* que permite evitar la manipulación del requisito de acto voluntario dentro del proceso penal, es aplicando la regla completa de la responsabilidad penal: “*A person is not guilty of an offense unless her conduct, which must include a voluntary act, and which must be accompanied by a culpable state of mind (the mens rea of the offense), is the actual and proximate cause of the social harm, as proscribed by the offense*”¹¹⁰.

1.1.3 ¿Excepciones al requisito de acto?

Otra de las discusiones que se da en torno al requisito de *acto voluntario* es el relativo a los denominados delitos de posesión y delitos de estatus. De hecho, esto ha llevado a autores a rechazar el requisito de *acto voluntario* como un elemento indispensable en la atribución de responsabilidad penal, basándose como argumento principal en estos tipos de delito.

Tal es el caso de HUSAK, quien reconoce que la exigencia de un acto voluntario no sólo no es el objeto propio de la responsabilidad penal, sino que una formulación que contenga dicha premisa es falsa, tanto descriptiva como normativamente¹¹¹, toda vez que a menudo el objeto de la responsabilidad penal no lo constituyen actos. Para fundamentar su argumento, utiliza el ejemplo del Estado de Nueva York, en el cual existen alrededor de ciento cincuenta de los denominados delitos de posesión e indicando que nadie puede decir que el estado de poseer algo puede ser considerado un acto¹¹². Así, si la responsabilidad penal es impuesta por el mero estado de posesión, entonces la responsabilidad penal no es siempre impuesta por un acto. Es cierto que los delitos de estatus castigan más el *ser* que el *actuar*, pues al requerir la prueba de

¹¹⁰ Ibidem. “Una persona no es culpable de un delito a menos que su conducta, que deberá incluir un acto voluntario y estar acompañada de un estado de ánimo culpable (el *mens rea* del delito), sea la causa real y próxima del daño social, de conformidad a lo indicado en el delito”.

¹¹¹ HUSAK, DOUGLAS. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 2439

¹¹² Ibidem.

un estatus¹¹³ en vez de una conducta, no puede decirse que ésta última sea la base o el objeto de la atribución de la responsabilidad penal.

Sin embargo, si bien es cierto que en el pasado fueron creados los delitos de estatus, los mismos quedan anulados ocasionalmente, pues los propios tribunales han entendido que un estatuto que crea crímenes de esta categoría incrementa irrazonablemente una restricción a la libertad personal del individuo. Además, algunas veces son anulados por la vaguedad en su definición y si bien no han desaparecido a la fecha, existe un creciente aumento en las voces de autoridad que indican que estos estatutos son inconstitucionales, no solo por vulnerar el principio del debido proceso, sino por la inusual crueldad que impone¹¹⁴.

Por otro lado, respecto a los delitos de posesión parecería ser, en principio, que los estatutos no requieran del agente un determinado acto, sino la simple posesión de un determinado elemento u objeto¹¹⁵, y aunque la posesión no constituye por sí un acto, estos delitos se han mantenido.

Para DRESSLER¹¹⁶ los delitos de posesión no necesariamente dispensan de la exigencia de un acto voluntario, ya que los tribunales suelen interpretar los estatutos de posesión exigiendo la prueba de que el imputado adquirió o recibió la propiedad poseída a sabiendas (*knowingly*), esto es, con conocimiento o que, una vez adquirido el conocimiento del objeto poseído no se deshizo de él. En este último caso, entiende que el delito de posesión equivaldría a una omisión en la cual el imputado tiene un deber legal de deshacerse de la propiedad del objeto¹¹⁷.

1.1.4 Acto voluntario en el MPC

¹¹³ Por ejemplo, la vagancia o la adicción a las drogas.

¹¹⁴ LAFAYE, WAYNE R. "Principles..." Op. Cit., p. 223

¹¹⁵ Posesión de narcóticos, posesión de licor intoxicante, de herramientas para cometer un robo, de planchas para la confección y falsificación de tarjetas de crédito, etc. Esto, sin perjuicio de que en los comentarios al MPC §2.01 se enfatiza que un crimen requiere un acto y que los individuos no pueden ser castigados con base en un mero estatus o condición. El MPC cita como ejemplo la decisión de la Corte Suprema de California de 1962 sobre el caso *Robinson vs. California*, que, sostuvo que condenar a *Robinson* por el delito de "ser adicto a las drogas" era un castigo cruel e inusual en virtud de las enmiendas Octava y Decimocuarta de la Constitución estadounidense. Sobre esto, vid. 370 U.S. 660 (1962); DRESSLER, JOSHUA. "Understanding..." Op. Cit., p. 96; LIPPMAN, MATTHEW R. "Contemporary..." Op. Cit., p. 90

¹¹⁶ DRESSLER, JOSHUA. "Understanding..." Op. Cit., p. 96, quien entiende que los delitos de posesión son delitos incompletos cuyo propósito real es proveer a la policía una base para arrestar a aquellos de los que se sospeche que luego causarán un daño social.

¹¹⁷ *Ibidem*.

El MPC establece en su §2.01(1) que “una persona no es culpable de un delito a menos que su responsabilidad se base en una conducta que incluya un acto voluntario o la omisión de realizar un acto del cual sea físicamente capaz”¹¹⁸.

De esta definición podemos extraer el hecho de que el MPC no realiza una definición directa del “acto voluntario”, sino que se limita a establecer que la conducta que sirve de base a la responsabilidad “incluya” un acto voluntario. Es decir, que el concepto de “acto” está definido únicamente como un movimiento físico corporal, independiente de que el mismo sea voluntario o involuntario. La voluntariedad del acto es definida de manera indirecta en el §2.02 (2) al indicar de manera negativa las conductas que no se considerarán voluntarias a los términos de la sección¹¹⁹. Así, ni los movimiento reflejos, convulsiones, movimientos corporales durante la inconciencia o el sueño, o debido a la hipnosis, o, en general, cualquier conducta que no sea producto del esfuerzo o la determinación del actor, ya sea consciente o habitual, podrán ser considerados como actos voluntarias.

Como veíamos anteriormente al exigir que la conducta del autor debe incluir un acto voluntario, y no así que debe ser un acto voluntario, se crea una nebulosa que hace ininteligible el requisito del acto voluntario. Parecería que esto es lo que ha llevado a los tribunales a utilizar un *time-framing* para determinar qué o cuál momento del supuesto de hecho se llevó a cabo con una conducta voluntaria por parte del autor.

HUSAK critica que la responsabilidad penal se base en una conducta que “incluya” un acto voluntario y no así, en una conducta que sea un acto voluntario, pues al exigir simplemente la inclusión de un acto voluntario dentro de la conducta, la misma estaría compuesta de múltiples acciones y omisiones. De esta forma, si se aceptara que la responsabilidad penal sólo necesita para su imposición una conducta que incluya un acto voluntario y este concepto de “incluir” se atribuye de manera espacial y temporal, se estaría responsabilizando al autor por lo que se

¹¹⁸ MPC §2.01(1) “A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct that includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable”

¹¹⁹ MPC §2.01(2) “The following are not voluntary acts within the meaning of this Section: (a) a reflex or convulsion; (b) a bodily movement during unconsciousness or sleep; (c) conduct during hypnosis or resulting from hypnotic suggestion; (d) a bodily movement that otherwise is not a product of the effort or determination of the actor, either conscious or habitual.”

denomina culpabilidad por causar (*culpability in causing*), que consiste en aquella situación en la que un acto involuntario es precedido por un acto culpable voluntario que lo causa¹²⁰.

Critica también la equiparación que realiza el MPC sobre los delitos de posesión y el requisito de acto. El texto establece, en su párrafo §2.01(4) que, “la posesión es un acto, según el significado de esta Sección, si el poseedor a sabiendas (*knowingly*) adquirió o recibió lo que posee o tuvo conocimiento de su control por un período suficiente como para haber podido terminar su posesión”¹²¹. Sin embargo, el autor indica, con razón, que entendida literalmente la provisión, carecería de sentido, toda vez que el estado de cosas de poseer o en el cual se posee un objeto no es un acto y no puede transformarse mágicamente en un acto simplemente porque la posesión se obtuvo con conocimiento. Tampoco cree que el estado de poseer se convierta en un acto simplemente porque se haya tomado conocimiento de la posesión por un determinado período de tiempo en el cual se pudiera haber terminado la misma¹²².

Lo que intenta el autor, a partir de los ejemplos anteriores, es reconciliar la relación entre la responsabilidad y el acto. Según su interpretación, la sección de posesión contiene dos cláusulas disyuntivas, cada una de las cuales describe un acto en el que la responsabilidad se basa por la posesión. Así, la primera cláusula se refiere a adquirir o recibir y estos verbos deben ser entendidos como un acto, por lo que cuando este acto se realiza a sabiendas (*knowingly*), proporciona el acto sobre el cual se puede basar la responsabilidad por la posesión. Así concluye que, la responsabilidad es por la posesión, lo que no constituye un acto, empero dicha responsabilidad satisface el requisito de acto, pues se basa en algo que sí constituye un acto, esto es, adquirir o recibir¹²³.

Ahora bien, la segunda cláusula se construye sobre la base de una omisión, en este caso, no terminar con la posesión del objeto. Aquí, el autor entiende que cuando esta omisión es

¹²⁰ HUSAK, DOUGLAS. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 2242. “*Considera, por ejemplo, a un acusado cuyo automóvil pierde el control y mata a varios peatones durante un ataque epiléptico. Incuestionablemente, la convulsión en sí misma es involuntaria. Aun así, la responsabilidad bajo un estatuto de manejo negligente podría conciliarse con esta formulación del requisito de actuar si el delito se interpreta como la omisión previa de tomar medicamentos que habrían evitado la incautación posterior.*”

¹²¹ MPC §2.01(4) “*Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession.*”

¹²² HUSAK, DOUGLAS. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 2240

¹²³ *Ibid.*, p. 2243.

realizada durante un período de tiempo adecuado, con la conciencia de la naturaleza de la cosa poseída, constituye la omisión en la que se puede basar la responsabilidad por la posesión.

Nuevamente, la responsabilidad va a ser por la posesión, que para él no constituye un acto, pero dicha responsabilidad satisface el requisito del acto, no obstante, porque está basada en una conducta previa (es decir, un acto u omisión). Esto lo lleva a concluir en el sentido de que es más adecuado, entonces, indicar que el MPC establece un requisito de conducta¹²⁴, esto es, un requisito de acción u omisión, por lo que la responsabilidad por los delitos de posesión satisface el requisito de conducta cuando ésta se basa en una acción o una omisión anterior¹²⁵.

1.2 La omisión (*omission*)

La regla general en el *common law* es que una persona no es culpable de un delito por falta de actuar (*failure to act*), incluso si dicha persona podía actuar sin riesgo para su seguridad personal y producto de la falta de acción se causa un daño a otra persona. Esto significa que, salvo escasas excepciones, no existe un deber jurídico de actuar para prevenir daños a otros, así se produzca un resultado dañoso y no haya riesgo para la persona que no actúa.

Sin embargo, existen algunos delitos estatutarios que específicamente definen conductas en términos de falta de actuar (*failure to act*), esto es, que exigen un deber de actuar. Así, únicamente en casos excepcionales habrá responsabilidad penal por omisión. La doctrina se encuentra dividida en cuanto al rechazo o aceptación¹²⁶ de la regla general de no responsabilidad por omisión, presentándose diversos argumentos a favor y en contra de la misma.

¹²⁴ Siendo *conducta* el término genérico que utiliza el MPC para englobar las acciones y omisiones. MPC §1.13(5)

¹²⁵ Ibid., p. 2245

¹²⁶ El argumento más fuerte en contra de la regla general de no responsabilidad por omisión es aquel que equipara moralmente la acción y la omisión por entender que no hay diferencias en ellas. Matar a alguien es tan moralmente reprochable como dejarlo morir. Ahora bien, esto tiene sus matices, ya que no es lo mismo dejar que muera alguien cuando no había una posibilidad de ayudarlo o, cuando no es uno el que le ha causado el daño. Motivos utilitarios también se alegan, en el entendido de que una regla de la omisión crearía cohesión social y algunos delincuentes pudieran desistir de llevar a cabo el delito si supieran que alguien va a intervenir. Por su parte, los que defienden la regla general lo hacen por diversos motivos: en primer lugar se indica que si las personas fueran legalmente responsables por su no-hacer de la misma forma en que son responsables por los daños que causan con su accionar, los procesos penales aumentarían, aumentando el costo de los litigios y creando una gran acumulación de casos pendientes. En segundo lugar, se argumenta la cuestión de la dificultad de prueba del *mens rea* del imputado por la omisión o del grado de contribución causal en el daño generado, por lo que existirá un mayor riesgo de que un jurado resuelva estos supuestos de manera incorrecta, aumentándose la cantidad de condenas sobre personas inocentes. Finalmente, la justificación final que se brinda frente a la regla general es la consistencia de esta con el principio de autonomía: “en una sociedad como la nuestra que valora la libertad individual y el poder gubernamental limitado, el sistema de justicia penal debe usarse de manera discriminatoria. Incluso si una persona está moralmente obligada a acudir en ayuda de otros, no toda violación de un deber moral debería

Ahora bien, la responsabilidad penal basada en falta de acción requerirá entonces un deber legal de actuar, pero además, deberá posibilitar la realización de la acción, esto es, la posibilidad de actuar. Como ha sido reconocido, no existe en *criminal law* una regla general que permita dilucidar cuándo existe un deber cuya omisión genere responsabilidad¹²⁷. En algunos casos será el propio estatuto que imponga el deber de actuar pero en otros, se deberá buscar el deber fuera de la definición del delito, es decir, en otro estatuto, en disposiciones de *common law* o en un contrato¹²⁸. Cuando en estos casos exista un deber de actuar y la persona haya tenido capacidad de acción, la omisión de dicho deber de actuar servirá como un sustituto legal del acto voluntario, por lo que de quedar probado los demás elementos del delito (la omisión que causó un daño social con el correspondiente *mens rea*) el procesado podrá ser condenado por el referido delito.

Los tribunales han establecido varias situaciones en las que existe un deber de actuar. Tal es el caso de *Jones vs. United States* en el cual la Corte indicó que una persona puede ser declarada culpable de homicidio por omisión si existió un deber de actuar, declarando que:

Hay al menos cuatro situaciones en las que el hecho de no actuar puede constituir un incumplimiento del deber legal. Uno puede ser penalmente responsable: primero, cuando un estatuto impone el deber de cuidar a otro; segundo, donde uno se encuentra en una determinada relación de estado con otro; tercero, donde uno ha asumido el deber contractual de cuidar a otro; y cuarto, donde uno ha asumido voluntariamente el cuidado de otro y, por lo tanto, ha recluido a la persona indefensa para evitar que otros presten ayuda ”¹²⁹

Por otra parte, el MPC no plantea diferencias sustanciales respecto del tratamiento dado a la omisión por el *common law*. El texto establece que nadie puede ser declarado culpable de un

resultar en un castigo penal. Es el papel de la religión y otras instituciones morales perfeccionar el carácter humano; el propósito de la ley penal se limita a disuadir o castigar a las personas por causar daño. Si no fuera así, el sistema de justicia penal se entrometería demasiado en las vidas de las personas”, Vid. DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 102 y ss.; KATZ, LEO. “*Bad Acts and Guilty Minds*”. The University of Chicago Press. 1987. U.S.A., p. 135 y ss., con referencia al famoso caso de Catherine Genovese que promovió un debate sobre los deberes legales en los delitos de omisión.

¹²⁷ PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO. Op. Cit., p. 51.

¹²⁸ LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 225

¹²⁹ *Jones v. United States*, 529 U.S. 848, 120 S. Ct. 1904, 146 L. Ed. 2d 902 (2000) 535; extraída de POLLOCK, JOYCELYN M. “*Criminal Law*”. Ninth Edition. Mathew Bender & Company. U.S.A. 2009., p. 46.; “*There are at least four situations in which the failure to act may constitute a breach of legal duty. One can be held criminally liable: first, where a statute imposes a duty to care for another; second, where one stands in a certain status relationship to another; third, where one has assumed a contractual duty to care for another; and fourth, where one has voluntarily assumed the care of another, and so secluded the helpless person as to prevent others from rendering aid.*”

delito a menos que su conducta incluya un acto voluntario o la omisión de realizar un acto del cual se es físicamente capaz. Luego, en el párrafo 2.01(3) agrega lo que podría entenderse como delitos de comisión por omisión, ya que establece que la responsabilidad penal por omisión se permitirá en dos circunstancias; (i) cuando el comportamiento omisivo esté expresamente establecido por la ley y, (ii) cuando el deber de actuar sea impuesto por ley, entendiéndose ley en sentido amplio como deberes que surgen del derecho civil, como la responsabilidad civil o leyes contractuales¹³⁰.

1.3. Concurrencia (*Concurrence*)

La responsabilidad penal en el sistema del *common law* se fundamenta, de manera general, en la existencia de un *actus reus* como elemento externo del delito que consiste en una conducta voluntaria y un *mens rea* específico como elemento subjetivo interno que consiste en un estado mental culpable.

Independientemente de que se defienda el hecho de si las circunstancias externas (*state of affairs*), la causación y el daño social (*social harm*) forman parte de la definición de *actus reus*, lo cierto es la existencia o, al menos, la exigencia de que deben concurrir tanto el *actus reus* como el *mens rea*. Esto adquiere una connotación importante pues esta concurrencia deberá ser temporal (*temporal concurrence*¹³¹), es decir que el *mens rea* deberá existir al mismo momento y al unísono que el *actus reus*.

Así lo ha reconocido la doctrina al considerarlo como un principio del Derecho Penal, a veces menospreciado, en el cual la declaratoria de culpabilidad de un delito requiere no sólo que el autor posea el requisito del *mens rea* y del *actus reus*, sino que ambos deben estar conectados apropiadamente¹³².

¹³⁰ Dentro de esta categoría amplia de Ley entrarán los cuatro supuestos que han sido establecido por los tribunales, reconocidos ya por el *common law*.

¹³¹ También llamada concurrencia cronológica, coincidencia temporal o principio de concurrencia (*chronological concurrence, temporal coincidence or concurrence principle*).

¹³² LAFAVE, WAYNE. "Principles..." Op. Cit., p. 234 "with those crimes that require some mental fault (whether intention, knowledge, recklessness, or negligence) in addition to an act or omission, it is a basic premise of Anglo-American criminal law that the physical conduct and the state of mind must concur" (con aquellos crímenes que requieren alguna falla mental (ya sea intención, conocimiento, desconsideración o negligencia) además de un acto u omisión, es una premisa básica del derecho penal angloamericano que la conducta física y el estado de ánimo deben concurrir); el mismo: "Substantive Criminal Law". 2d. Edition. West Group Publishing. U.S.A. 2014; SARCH, ALEXANDER F. "Knowledge, recklessness and the connection requirement between *actus reus* and *mens rea*". Penn State Law Review. Vol. 120. USA. 2015., pp. 1-51; DRESSLER, JOSHUA. "Understanding..." Op.

No obstante, en ocasiones, puede ser que un *mens rea* preceda al *actus reus* del delito y se encuentre ausente al momento de la acción, o viceversa, puede que exista un *actus reus* y luego se presente el *mens rea*, una vez finalizada la acción. En estos casos estaremos en presencia de la denominada ausencia de concurrencia temporal (*lack of temporal concurrence*), que ocurrirá cuando el *mens rea* exista antes del *actus reus* o cuando exista después. Sin embargo, el principio de concurrencia estará satisfecho si el *acto voluntario* que causa el daño social concurre con el *mens rea*, aún el resultado se produzca en el tiempo. Según DRESSLER, lo importante aquí es que el *mens rea* se encuentre presente al momento del *actus reus* y no si el *mens rea* se encuentra presente o ausente al momento del resultado¹³³.

Ahora bien, en la mayoría de los casos será fácil probar el principio de concurrencia, el problema surgirá cuando estemos en presencia de actos divisibles temporalmente y/u omisiones, es decir, cuando una persona cometa actos divisibles temporalmente de los cuales sólo uno de ellos cause el daño social o cuando el *mens rea* concorra con una omisión que siga a un acto inocente. En estos casos lo que han hecho los tribunales es ignorar el principio de concurrencia, ya sea ignorando el acto inicial y tomando como base de la responsabilidad penal la omisión, o mediante la utilización de la doctrina del acto continuo¹³⁴.

A pesar de esto, LAFAVE entiende que de lo que se trata es de que sencillamente el principio de concurrencia en el tiempo no es ni necesario ni suficiente, ya que lo que se exige con el requisito de que el *mens rea* concorra con la acción u omisión, es precisamente que el primero actúe sobre el segundo, es decir, cuando el *mens rea* activa la conducta física¹³⁵. Así, la mera coincidencia en un punto de tiempo no es necesariamente suficiente, pues la ausencia de dicha unidad temporal no será un impedimento para la condena.

1.4 Daño social (*social harm*)

El requisito de *social harm* pone sobre la palestra una serie de debates que merecen que nos detengamos, al menos superficialmente, para hacer mención sobre ellos.

Cit., p. 199, el MPC también exige la concurrencia, al menos inferencialmente, cuando define la conducta como una acción u omisión acompañada de un estado de ánimo.; LIPPMAN, MATTHEW R. “*Contemporary...*” Op. Cit., p. 131; MOORE, MICHAEL. “*Placing...*” Op. Cit., p. 286.

¹³³ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 200

¹³⁴ Esta doctrina entiende que el *actus reus* consiste en un curso continuo de la conducta y no así en un solo acto que termina en un instante de tiempo.

¹³⁵ LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit., p. 234

Es ampliamente reconocido por todos los estudiosos del derecho penal que la atribución de responsabilidad penal y, por consiguiente, la imposición de una pena presupone que el sujeto sobre el cual recae la misma ha actuado de manera jurídico-penalmente reprochable. Esto significa que el Estado no puede intervenir punitivamente sobre un sujeto en el cual no ha mediado culpabilidad en su actuar. De lo que trata el derecho penal, entonces, además del estudio de los distintos crímenes o delitos, es de establecer las condiciones en base a las cuales resulta justificada la imposición de una pena a una persona por el daño que con su conducta ha ocasionado.

Pero es sabido, también, que la transformación que ha sufrido el derecho penal en las últimas décadas, producto de la industrialización y la globalización, ha conllevado un aumento significativo de las conductas a ser consideradas como delitos debido a lo que la doctrina ha denominado como una acción legislativa expansiva y punitiva¹³⁶. Muchas veces esta acción legislativa ha introducido la criminalización de conductas que en sí, no conllevan un daño directo o lesión a los intereses que el derecho penal intenta proteger, sino que se tratan de conductas que sencillamente han sido criminalizadas por su probabilidad o posibilidad de causar lesión a dichos intereses, esto es, por el riesgo social que las conductas desplegadas conllevan.

En el sistema jurídico del *common law* esto no ha sido una excepción. De hecho, el requisito de *social harm* guarda una relación directa con aquel principio desarrollado por MILL¹³⁷, denominado *harm principle*. Este afirma que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectiva, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Además, añade que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que se perjudique a los demás”.

Sobre la base de este principio se construyó la idea de que el derecho penal sólo podría ser utilizado para criminalizar conductas que causaren un daño a los demás. Esto llevó a un debate entre los legalistas morales y los liberales que se han centrado en la distinción de *harm*

¹³⁶ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “*La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales.*” Segunda Edición. B de F. Buenos Aires, Argentina. 2008.

¹³⁷ MILL, JOHN STUART. “*Sobre la libertad*”. Alianza Editorial. España. 2011. Traducción del título original “*On liberty*”, a cargo de Pablo de Azcárate., p. 68

arguments y *moral arguments*, en el cual los liberales arguyen que la única razón aceptable para la criminalización de una conducta es que ésta cause un daño. Mientras que, por la otra parte, los legalistas morales si bien reconocen que el daño es una razón para la criminalización de la conducta, también entienden que si un acto es inmoral, este hecho debe ser una razón suficiente para la criminalización de la conducta¹³⁸.

Ahora bien, sin ánimo de entrar de lleno en el debate sobre el alcance de este principio (*harm principle*¹³⁹) como el fundamento único que justifica la incriminación de conductas y las posiciones de los legalistas morales o liberales¹⁴⁰, todo parece indicar que este principio ha tenido una incidencia doble en el derecho penal estadounidense. De una parte, como principio fundamentador de la criminalización de conductas, pero, por otra parte, como principio esencial de cada delito, el cual exigirá una conducta dañosa (*harmful conduct*), traducida en términos de dañosidad social (*social harm*). En este último aspecto se ha indicado que a los fines de la responsabilidad penal no sólo bastará un estado mental culpable sino que el agente deberá ser culpable, además, de un *wrongdoing*. Este *wrongdoing* estará compuesto por la conducta voluntaria y por el daño que ocasiona la misma. Así dividido, el acto voluntario será el *doing* y el daño que cause dicho acto voluntario, será el *wrong*¹⁴¹.

Ocurre, que algunos autores han rechazado que el daño social (*social harm*) sea un elemento esencial de cada delito, pues es fácil encontrar disposiciones estatutarias que criminalizarán

¹³⁸ DAVID, MARK D. “*Harm and Morality Revisited: A reconceptualization of the harm principle*”, p.1. (Disponible en web: <http://www.thecarceral.org/morality.pdf>) (Última consulta: 4 de enero de 2018)

¹³⁹ Que en el derecho continental pudiera, con matices y estableciendo bien sus semejanzas o diferencias, equipararse a la doctrina del bien jurídico.

¹⁴⁰ Para adentrarse en esta discusión recomendamos las lecturas de FEINBERG, JOEL. “*The moral limits of criminal law*”. Oxford University Press. USA. 1984; en sus cuatro tomos: Vol. 1. “*Harm to others*”; Vol. 2. “*Offense to others*”. USA. 1985; Vol. 3 “*Harm to self*”. USA. 1986 y; Vol. 4 “*Harmless Wrongdoing*”. USA. 1988; quien además ha sido considerado el autor que más profundamente ha tratado sobre el tema; Vid. DUFF, R. ANTHONY. “*Answering for crime and liability in the Criminal Law*”. Legal Theory Today. Hart Publishing. USA. 2007., p. 123 y ss.; el mismo “*Harms and Wrongs*”. Buffalo Criminal Law Review. Vol. 5. No. 1. USA. 2001., pp. 13-45.; HARTCOURT, BERNARD E. “*The collapse of the harm principle*”. Journals of Criminal Law and Criminology. Vol. 90. No. 1. Article 3. Fall. 1990. USA., pp. 109-194; TADROS, VICTOR. “*The ends of harm. The moral foundations of criminal law*”. Oxford University Press. USA. 2011; DUFF, R. ANTHONY/ GREEN, STUART P. “*Philosophical Foundations of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 2011., p. 29 y ss., SIMESTER, A. P. / VON HISRCH, ANDREAS. “*Crime, harms and wrongs. On the principles of criminalization*”. Hart Publishing. UK. 2011.; HUSAK, DOUGLAS. “*Overcriminalization. The limits of criminal law*”. Oxford University Press. USA. 2008; KESSLER FERZAN, KIMBERLY. “*Prevention, wrongdoing, and the harm principle’s breaking point*”. Ohio State Journal of Criminal Law. Vol. 10. No. 2. 2013., pp. 680-695; HART, H.L.A. “*Law, Liberty and morality*”. Oxford Paperbacks. UK. 1968; en castellano el tema ha sido tratado, en un interesante artículo, por MIRÓ, FERNANDO. “*La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho Penal*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 17-23. España. 2015. Disponible en web: Criminet.ugr.es (última consulta: 4 de enero de 2018).

¹⁴¹ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 112.

conductas que no necesariamente conlleven la causación de un resultado dañoso, por lo que si todos los delitos exigieran un daño social como elemento esencial, no podrían o no deberían castigarse dichas conductas¹⁴².

Sobre la base de entender que el principio de daño (*harm principle*) no es suficiente para criminalizar conductas desde parámetros distintos al daño ocasionado con una determinada conducta, FEINBERG¹⁴³ construye el denominado principio de ofensa (*offense principle*) que permite al legislador una salida argumentativa para la criminalización de conductas que aunque no causan directamente un daño o peligro para la sociedad, sí pueden considerarse como *wrongdoing*.

Para el autor, el concepto de *ofensa* tiene un sentido tanto general como normativo, entendiéndose el primero en referencia a todos los estados mentales desagradables y el segundo entendido como el estado que es causado por una conducta contraria a derecho (*wrongful*). Sólo en este último sentido (*ofensa* contraria a derecho) es que debe entenderse el *principio de ofensa* (*offense principle*).

Lo que intenta FEINBERG con el desarrollo del principio de ofensa es, (i) definir la *offense* como algo diferente al *harm*; (ii) establecer una excepción al principio de daño en el entendido de que podrán castigarse conductas que no necesariamente conlleven un resultado dañoso y, (iii) dar a entender que sus principios guardan relación con los postulados liberales que el defiende, pues supone que una ofensa es algo que va más allá de un mero actuar inmoral, planteando así un límite para la criminalización de conductas no dañosas pero que resultan ofensivas¹⁴⁴.

Ahora bien, debe al menos reconocerse la dificultad de aplicación de un principio de tal naturaleza en el entendido de que podría prestarse a confusión con el lenguaje ordinario del *common law* que denomina a los delitos estatutarios con el término de *offense*. Al parecer

¹⁴² O, al menos, en palabras de FEINBERG, JOEL. “*The moral... Offense to others*”. Op. Cit., p. 1: “No matter how the harm principle is mediated, it will not certify as legitimate those interferences with the liberty of some citizens that are made for the sole purpose of preventing such unpleasant states in others. For convenience I will use the word “offense” to cover the whole miscellany of universally disliked mental states and not merely that species of the wider genus that are offensive in a strict and proper sense. If the law is justified, then, in using coercive methods to protect people from mere offense, it must be by virtue of a separate and distinct legitimizing principle.”

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁴⁴ Tal y como lo reconoce MIRÓ, FERNANDO. Op. Cit., p. 14.

FEINBERG, consciente de esto establece una diferencia entre el concepto de *offense* utilizado en el principio de ofensa (*offense principle*) y el concepto utilizado en el lenguaje ordinario.

De esta forma, a los fines del *principio de ofensa* se entenderá en un sentido objetivo, esto es, el estado mental desagradable que debe ser causado por una conducta que es contraria a derecho. Mientras que en el lenguaje ordinario se entiende en sentido subjetivo, es decir, que el acto ofensivo debe ser tomado por la persona ofendida en un sentido dañino, independientemente de si lo hace o no¹⁴⁵. En conclusión, el *principio de ofensa* requerirá que el estado de disgusto mental sea causado de manera contraria a derecho por otra persona, pero no que sea una ofensa en el sentido estricto del lenguaje ordinario, es decir, será necesario que haya un *wrong*, pero no que la víctima se sienta perjudicada (*wronged*)¹⁴⁶.

Pues bien, ¿cuándo se puede decir que ha habido un *wrong*, o mejor dicho, que el delito constituya un *wrong*? Esta pregunta se la plantea FLETCHER¹⁴⁷ al hablar del concepto de *wrong* y entiende que su utilización ha tenido un alcance más propio del lenguaje ordinario que del legal. Sin embargo, la terminología *wrong* siempre se ha asociado al delito, siendo utilizada por el derecho de daños como *private wrong* y en materia penal como *public wrong*, debido a que el público en general -entendido como un todo-, también es lesionado en su seguridad y bienestar cuando se comete un delito¹⁴⁸. Pero para FLETCHER, obtener una respuesta a la interrogante planteada requiere una búsqueda fuera de la cultura legal o ley escrita, por lo que propone obtener la misma a raíz de la diferenciación de los conceptos *wrongfulness* y *wrongdoing*.

De acuerdo con FLETCHER, entonces, el concepto de *wrongfulness* hace referencia a una conducta que viola una regla de derecho, es decir, una conducta contraria a derecho¹⁴⁹. Por lo tanto, cada vez que se instituya una regla de derecho (o norma) la conducta que infrinja esa norma será denominada una conducta ilícita (*wrongfulness*).

¹⁴⁵ FEINBERG, JOEL. “*The moral ...Offense to others...*” Op. Cit., p. 2.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ FLETCHER, GEORGE P. “*Basic...*” Op. Cit., p. 77 y ss.

¹⁴⁸ De ahí que, entonces, se pueda deducir que el daño que se causa por la conducta criminal sea denominado como *social harm*, pues la sufre la generalidad entendida como un todo.

¹⁴⁹ En efecto, el autor lo asimila a la noción alemana de *Rechtswidrigkeit* que en el sistema continental se traduce como antijuridicidad. FLETCHER, GEORGE P. “*Basic...*” Op. Cit., p. 77

La importancia de esto para el autor es poder contar con un término que permita hacer referencia a estas especies de *wrongfulness* en los que el *wrong* derive exclusivamente de la violación de una regla estatutaria. Ahora bien, los delitos instituidos de acuerdo a esta forma han recibido el nombre en el *common law* de *Malum prohibitum*, pues la naturaleza antijurídica de la conducta que en ella se prohíbe consiste simplemente en violar la regla estatutaria, toda vez que la conducta desplegada en la misma no lleva intrínsecamente un resultado dañoso.

Por otra parte, existen delitos, como el asesinato, cuyo contenido moral constituye un mal en sí mismo (*wrong in themselves*). Estos delitos han sido denominados *Malum in se* porque no constituyen un mal por estar sencillamente prohibidos, sino porque los mismos serían moralmente dañinos, incluso si la legislación no los tipificara.

Por ende, el concepto de *wrong* en estos casos no derivaría de la violación de una regla estatutaria sino de la característica dañosa que en sí trae consigo la conducta por su forma de causar daño a otros. Por lo tanto, en este sentido, el *wrong* al que se refiere el derecho penal está asociado con el verbo básico de maltratar a los demás.

En definitiva, el *wrongfulness* significará esa contrariedad existente entre el comportamiento y las reglas de derecho penal, mientras que el *wrongdoing* será expresado en grados, por lo que el daño que sea causado a la víctima será el que determine el grado de *wrongdoing*. Cuando se trate de delitos que no representan un daño *per se* (casos de tentativa o delitos incompletos) el *wrongdoing* será determinado por el riesgo o proximidad de causación de daño que genere la acción. Mientras tanto, los sistemas modernos parecen conformarse con la sencilla definición de que el *wrongdoing* consiste en el comportamiento voluntario que vulnera los intereses de la víctima, y el *wrongfulness* en el comportamiento voluntario contrario a derecho¹⁵⁰.

Establecido esto, surge otra interrogante que requeriría aclaración, esta es, la de si necesariamente el resultado dañoso (*social harm*) debe ser considerado un prerrequisito de la responsabilidad penal. Hemos observado que si se entiende el *wrongdoing* como una conducta

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 80 En el sistema continental esto tendría una asimilación en el entendido de que el *wrongdoing* sería equiparable al denominado injusto objetivo o como lo establece MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. “Bases...” *Op. Cit.*, p. 9, al carácter objetivamente incorrecto de la conducta punible. Por su parte, como hemos mencionado anteriormente, el *wrongfulness* sería equiparable a la antijuridicidad.

voluntaria que causa un daño, entonces resulta forzoso admitir que, efectivamente, el resultado (entendido como *resulting harm*) debe ser prerequisite de la responsabilidad penal.

Así las cosas, el *social harm* sería un elemento esencial de todos los delitos, siempre y cuando sea entendido en el sentido que hemos explicado, esto es, que no sólo incluirá aquellas conductas que causen directamente un daño, sino también aquellas que por su riesgo o por su proximidad a la causación de un daño, así sea este intangible, puede ser objeto de criminalización y castigo.

Para defender esta postura es necesario dividir el daño social en algunos subelementos, toda vez que muchas veces los estatutos o el *common law* definirán al daño social en el entendido de conductas ilícitas *wrongful conducts*, resultados ilícitos *wrongful results*, o ambos. En adición a esto, siempre se exigirá un elemento de circunstancia concurrente (*Attendant Circumstances*), por lo que deberá ser probado en el tribunal tanto la conducta como el resultado y las circunstancias concurrentes¹⁵¹.

En este tenor, el MPC en el §1.13(9) al definir los elementos del delito distinguió entre (i) una conducta, (ii) circunstancias externas y, (iii) un resultado de la conducta; considerando estos como los elementos objetivos de la definición del delito¹⁵².

Así, se pueden encontrar los denominados *conduct crimes*¹⁵³ que son aquellos que no exigen un daño para sostener una culpabilidad penal, pero que definen al menos una conducta que satisface el requisito de acto inherente a todos los delitos. Por su parte, existe un pequeño grupo de delitos cuya estructura se encuentra descrita en términos de resultado prohibido (*results crimes*), es decir, además de contener la conducta ilícita, indican también un resultado¹⁵⁴ a los fines de poder sostener una condena en el proceso penal. Finalmente, la mayoría de los delitos

¹⁵¹ PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO. “La estructura...” Op. Cit., p. 24. “El *actus reus* estará compuesto, entonces, por una conducta, algunas veces por sus consecuencias y otras por ciertas circunstancias determinadas”.; DRESSLER, JOSHUA. “Principles...” Op. Cit., p. 114.

¹⁵² *Supra* Cap. I. Secc. I. 4.3.2.3

¹⁵³ Delitos de exceso de velocidad, algunos delitos de posesión, en fin, los asimilables a delitos de mera actividad del sistema continental.

¹⁵⁴ Matar a otro mediante envenenamiento, uso de explosivos, tortura, etc., Vid. JOSHUA, DRESSLER. “Principles...” Op. Cit., p. 114.

incluyen una o varias circunstancias externas (*Attendant Circumstances*)¹⁵⁵, que definen la naturaleza precisa de la conducta prohibida o la característica de un resultado prohibido.

1.5 Causación (*Causation*)

La causación también es considerada un elemento del delito, en específico, un elemento del *actus reus*. Así, cuando un delito requiera un elemento de resultado de la conducta, el requisito de causación estará implícito en la descripción del delito. De ahí que el problema de la causación adquiera su relevancia en este tipo de delitos (*results crimes*) que, como hemos visto, parecen ser los mínimos¹⁵⁶. Se deberá probar, más allá de toda duda razonable, no sólo que ha intervenido una conducta que satisface el requisito de acto sino que el resultado dañoso fue ocasionado por dicha conducta.

¹⁵⁵ Estas consistirán en alguna cualificación del sujeto activo, o el tiempo, lugar, o algunas formas específicas de comisión. Un ejemplo de esto está en el robo de allanamiento de morada (*burglary*) requerirá que sea realizado de noche y en casa de vivienda ajena, es decir, que si el robo se comete en una oficina no habrá responsabilidad penal por *burglary*.

¹⁵⁶ Delitos como el homicidio, lesiones personales, daños a la propiedad, etc. son ejemplos de delitos que exigen un resultado de la conducta. Vid. ROBINSON, PAUL H. “*United States*” in Kevin John Heller and Markus D. Dubber (Eds.) “*The Handbook of Comparative Criminal Law*”. Stanford Law Books. California. 2011., p. 572; Cfr. MOORE, MICHAEL S. “*Causation*”, in Joshua Dressler (Ed.) “*Encyclopedia of Crime and Justice*”. Gale Group. 2d. Edition. USA. 2002., p. 151; quien entiende que la causación es un elemento implícito de la responsabilidad penal para todos los delitos. El autor acepta que el criterio se haya considerado como un dogma aceptado de forma unánime, tanto en el derecho inglés como en el estadounidense, pero lo considera manifiestamente falso, pues entiende que la tentación de aceptar el dogma (de acciones criminales no causales) surge del hecho de que muchos de los resultados que prohíbe el derecho penal generalmente se producen de manera bastante directa; MOORE, MICHAEL S. “*Act and Crime*”. Oxford University Press. USA. 1993., pp. 213-225. Incluso podría argumentarse que lo que ocurre es que hay una presunción de causalidad por deducción de que la misma se encuentra implícita en la directa intervención de la conducta humana, es decir, la doctrina ha entendido que el efecto de la intervención directa del autor en la causación del daño hace que sea irrelevante el planteamiento de la causación por no poder obtenerse dicho resultado por intervención de un evento natural; FLETCHER, GEORGE P. “*Basic...*” Op. Cit., p. 60; quien para destacar la irrelevancia de la causalidad en algunos tipos de delitos, realiza una distinción entre eventos naturales y eventos del hombre y, basado en esta división, concluye que existen dos tipos de delitos de resultado: aquellos que se caracterizan por conllevar un resultado dañoso (*harmful consequences*) y aquellos caracterizados en que el daño se encuentra atado a la acción misma (*harmful actions*). Así, delitos como el hurto o la violación sexual (en tanto esta conlleve penetración sexual de parte del agente) serán delitos de acciones dañosas (*harmful actions*) por lo que la causación se hará irrelevante a los fines de determinar que la conducta fue la causa del resultado, pues este tipo de delitos no pueden ocurrir por eventos naturales. Por su parte, delitos como el homicidio, incendio provocado, asalto, daños a la propiedad y *mayhem*, el resultado puede intervenir por eventos naturales, de donde se hará relevante el análisis de la causación a los fines de determinar que precisamente fue la conducta la que causó el resultado y no un evento natural. No obstante, entendemos que, a los fines de la causación, no es que la misma deja de ser irrelevante sino que queda subsumida en el análisis de la conducta dañosa, la cual habrá que probar también e independientemente, más allá de toda duda razonable, que fue la causante del daño. Piénsese por ejemplo, en las consecuencias o secuelas (traumas psicológicos, trastorno de estrés postraumático PTSD, etc.) que quedan en una persona luego de una violación sexual, o producto de un robo agravado, *burglary* etc. Estos deberán ser tomados en cuenta al momento de convencer al jurado sobre el juicio de reproche de su conducta y la forma de presentarlo será argumentando que son consecuencias de la conducta del autor y esto es, que fueron causados por ella.

Sin embargo, independientemente de que el análisis de la causación se haga, únicamente, en los delitos de resultado, no significa que no estemos en presencia de un tema pacífico. La complejidad que reviste su tratamiento, la cantidad de soluciones propuestas y el hecho de que cada planteamiento que se realice genere más dudas, hacen que el “el problema de la causación sea uno de los temas más antiguos y complicados que haya envuelto el discurso filosófico y legal”¹⁵⁷. En consecuencia, realizar un análisis a fondo de este elemento requeriría traspasaría los límites de esta investigación, por lo que nos dedicaremos en las próximas líneas a plantear, de manera general, el tratamiento de este elemento dentro del sistema penal estadounidense.

1.5.1 Requisitos de la causación

El concepto de la causación, al menos en las ciencias legales, ha sido objeto de estudio tanto en el derecho de daños (*tort law*) como en el derecho penal. En esta última rama ha tenido un menor tratamiento que en la primera, donde los problemas a menudo tienden a ser más profundos y complejos. Sin embargo, las reglas que se utilizan para la aplicación de la causación en derecho penal a menudo difieren de aquellas utilizadas por el derecho civil o de otras ciencias (como la filosofía o las ciencias naturales).

En derecho penal, al exigirse la causación como un elemento de la responsabilidad penal, en el entendido de que lo que se pretende es determinar a quién se le puede atribuir un determinado resultado dañoso, resulta obvio entonces que estamos tratando con un problema de imputación. Como la mayoría de los códigos no poseen una definición de lo que es la causación, imputar a un acusado el hecho de haber ocasionado o provocado un daño requiere encontrar un criterio estándar que permita viabilizar la delimitación de la atribución del juicio de reproche al autor¹⁵⁸.

1.5.1.1 El análisis convencional

¹⁵⁷ MATERNI, MIKE C. “*Rebooting the Discourse on Causation in the Criminal Law: a pragmatic (and imperfect) approach*”. Criminal Law Bulletin. Vol. 50. No. 6. USA. 2014., p. 1

¹⁵⁸ Sobre esto vid. RYU, PAUL K. “*Causation in Criminal Law*”. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 106. No. 6. 1958. USA., p. 705 y ss.; DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 182; MATERNI, MIKE C. “*Rebooting...*” Op. Cit., p. 3; LARENZ, KARL. “*La filosofía contemporánea del derecho y el estado*”. Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá, Colombia. 2009., p. 57

El establecimiento de la relación causal entre la conducta y el resultado del autor se realiza a través de un análisis que exige dos requisitos diferentes¹⁵⁹: el primero es el llamado requisito *cause-in-fact* o *factual cause* del cual se dice que es el requisito verdadero de la causación porque ha sido adoptado por parte de la doctrina utilizando la noción científica de causación¹⁶⁰, y el segundo, es el llamado requisito legal (*legal cause*) o causa próxima (*proximate cause*), el cual conllevará la realización de un análisis normativo que no dependerá de la noción científica.

1.5.1.2 *Cause-in-fact (factual cause)*. Causa actual o causa fáctica

La fórmula dominante para la prueba de la teoría de la *cause-in-fact* suele ser la utilización del *test but-for*¹⁶¹ o *conditio sine qua non*, el cual se realiza dando respuesta a una pregunta contrafáctica que intenta determinar si de no haber ocurrido la conducta voluntaria se hubiera verificado o no el resultado dañoso, es decir, la respuesta a la concretización o no del resultado dañoso de no haberse llevado a cabo la conducta del autor indicará si el mismo es, entonces, la consecuencia de aquel. Así las cosas, no podrá hablarse de responsabilidad penal por el daño social ocurrido salvo que se demuestre, más allá de toda duda razonable, que la acción del imputado fue la causa fáctica *cause-in-fact* del resultado prohibido por el estatuto. Esta prueba también ha sido denominada como el *conditional test* o examen condicional porque requiere que la acción del imputado haya sido necesaria para ocasionar el daño a la víctima¹⁶².

Este aspecto de la fórmula *but-for* se interpreta en el lenguaje del MPC de conformidad con lo que dispone el §2.03(1)¹⁶³, en el sentido de que para ser responsable de un delito, la conducta del agente deberá ser la causa del resultado prohibido, siendo definida la *causa* como un antecedente sin el cual (*but-for*) el resultado en cuestión no habría ocurrido [...]”¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Denominado *the two-step analysis* por MOORE, MICHEL S. “*Causation*”, in “*Encyclopedia...*” Op. Cit. Pp. 151; vid. ROBINSON, PAUL H. “*United States...*”, Op. Cit., p. 572

¹⁶⁰ MOORE, MICHAEL S. “*Causation...*” Op. Cit., p. 151

¹⁶¹ La traducción literal al castellano de la fórmula *but for* vendría a ser *sino por* ó *sino fuera por*, sin embargo, entendemos que una traducción indirecta en el sentido de *sin el cual* (*whithout which*) hace más comprensible la idea que envuelve la frase, acercándola a la locución latina *sine qua*.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 152; Vid. Fletcher, George P. “*Basic...*” Op. Cit., p. 63, quien entiende que el criterio del *but for* contiene una verdad importante sobre la causación, ya que, si el resultado se hubiera producido independientemente de la conducta del agente, entonces no puede indicarse que fue dicho agente quien ocasionó el resultado dañoso.

¹⁶³ “*Conduct is the cause of a result when: (a) it is an antecedent but for which the result in question would not have occurred [...]*”

¹⁶⁴ Esta fórmula también es la utilizada, en general, por el *common law* y en las demás jurisdicciones que no han adoptado el MPC

Ahora bien, es sabido que en la producción de un resultado intervienen múltiples causas y es por ello que a esta fórmula se le han planteado varias objeciones de conformidad con algunos supuestos que ponen en evidencia las deficiencias que presenta el pensamiento contrafáctico en la determinación de la causalidad.

La primera objeción es, precisamente, la dificultad que presenta el examen del *but for* de identificar la responsabilidad penal en casos donde se presentan múltiples causas de las cuales algunas tienden a acelerar la producción del resultado. Por otro lado, está el caso de las llamadas causas concurrentes, que son aquellas en las cuales concurren varias acciones voluntarias que, indistintamente, podrían ser causas eficientes del resultado dañoso. En este sentido, la supresión de una de estas causas no variaría el resultado dañoso, que vendría a materializarse producto de la otra intervención¹⁶⁵.

Finalmente, se le critica a la teoría, por un lado, que la causación fáctica debe ser probada más allá de toda duda razonable y, por el otro, que el examen contrafactual, por su propia esencia, tiene la dificultad de probar la causación con ese grado de certeza, pues la pregunta contrafáctica sobre lo que hubiera pasado de no haberse llevado a cabo la acción del imputado sólo puede tener respuesta en un mundo imaginario creado por el investigador producto de las especulaciones que éste pueda hacer, suponiendo que dicho mundo imaginario se constituye exactamente con el mundo real, donde efectivamente ocurrió el hecho¹⁶⁶.

Los intentos por salvar las deficiencias de esta teoría, sobre todo en cuanto a la concurrencia de faltas, han llevado a que los jueces hayan importado del derecho de daños (*tort law*) las soluciones que se otorgan en circunstancias similares. Esto es, *refraseando* el examen de la causación y preguntando sobre si el imputado fue un factor sustancial (*substantial factor*) en la causación del daño prohibido. Sin embargo, DRESSLER critica este método de análisis pues entiende, con razón, que no sólo el término factor sustancial es indeterminado sino que tampoco explica cómo la conducta de una persona puede ser considerada un factor sustancial de un resultado que si se suprime no desaparece por el hecho de la intervención de otro factor de igual manera sustancial. FLETCHER por su parte entiende que, en este tipo de casos (concurrencia de

¹⁶⁵ Imagínese el caso en que dos francotiradores disparan indistintamente contra un sujeto siendo alcanzado éste por ambos tiros en la sien (uno de cada lado). Eliminar uno de los tiradores no cambiaría el resultado, pues de cualquier forma un tiro en la sien sería letal, independientemente del lado que sea.

¹⁶⁶ Sobre esto vid. MOORE, MICHAEL S. “*Causation...*” Op. Cit., p. 153; el mismo. “*Placing...*” Op. Cit., pp. 345-347, donde plantea otras objeciones a la fórmula *but for* y su examen contrafáctica.

faltas) lo ideal no es realizar el análisis contrafáctico, sino precisamente atender a los hechos que ocurrieron, recurriendo a la cuestión más simple de si un observador ordinario percibiría un poder operativo causal en los hechos¹⁶⁷.

El problema con el planteamiento de FLETCHER es que, al igual como lo establece MOORE en su crítica a la pregunta contrafáctica, dejar este tipo de análisis en manos de un observador ordinario (el cual entendemos que deberá tener las mismas características de un hombre medio) es, precisamente, el hecho de que también estaremos en manos de un juzgador hipotético que deberá desarrollar un mundo ideal que deberá asemejarse lo más posible al mundo real en el que ocurrieron los hechos. Por esto, eliminar la pregunta contrafáctica no resuelve el problema que plantea atender al espectador objetivo, pues precisamente el espectador objetivo es quien lleva en primer lugar a que se tenga que realizar la pregunta contrafáctica por no poder resolver los problemas que se presentan con la causalidad en los casos límite.

1.5.1.3. *Legal cause (proximate cause)*. Causa próxima

La salida a los problemas planteados por la fórmula *but for* llevaron a la creación de reglas normativas de las cuales entonces surge la causa próxima o causa legal. Así, una determinada acción podrá ser causa actual (o causa fáctica) de un resultado, pero no necesariamente deberá ser una causa próxima o legal del resultado. De esta forma, se aleja el pensamiento un poco de la determinación causal atendiendo a criterios científicos y se procede con atención a criterios normativos centrando la atención a una causa real menos remota.

DRESSLER¹⁶⁸ por su parte, señala la oscuridad que reviste el término de causa próxima, indicando que los tribunales y jurados utilizan términos concluyentes como sustitución de causa interpuesta, causa directa y causa remota. A pesar de esto no existe una fórmula científica uniforme que otorgue resultados confiables en este tipo de análisis, ya que lo que las cortes y jurados suelen hacer es elegir la causa próxima del daño no en base a un descubrimiento, sino en base al derecho común, a criterios de justicia o por aplicación de políticas públicas e intuiciones morales.

¹⁶⁷ “*The question should be not what would have happened, but what in fact did happen*”. FLETCHER, GEORGE P. “*Basic...*” Op. Cit., p. 64.

¹⁶⁸ Vid. DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 189.

MOORE¹⁶⁹, por su parte, reconoce la existencia de cuatro tipos de exámenes que tienen cierta autoridad en la literatura científica. Destaca, por ejemplo, el *ad hoc policy test*, que consiste en balancear, en aquellos casos en los que se encuentra que un acusado ha causado un resultado dañoso, una serie de criterios que atiende algunas veces a intereses sociales y otras a la necesidad de disuasión de intereses individuales (como la injusticia de sorprender a un acusado con responsabilidad). Luego de realizar un equilibrio sobre tales criterios, la decisión que se obtiene se emite en términos de causa próxima o legal. De ahí que el autor entienda que el análisis no guarda ninguna relación con conceptos de causación en ningún sentido científico u ontológico.

El segundo tipo de examen adopta reglas generales de la causación legal pero tampoco guarda relación con criterios causales en el sentido ontológico, y aunque está basado en reglas, difiere del primer grupo por no estar asentado en una *regla de caso por caso* sino en una regla que atiende a criterios políticos. En ese sentido, dentro de este grupo se encontrarán fórmulas como las de *within a year an a day*, que suele utilizarse para casos de homicidio del *common law* y mediante la cual se estatuye que la muerte debe ocurrir dentro de un año y un día para que pueda ser reputada como resultado de una acción voluntaria del imputado. Posterior a esto no puede decirse que el imputado haya sido la causa de la muerte. Otro ejemplo es la regla del *last wrongdoer* que establece que en supuestos en los que una víctima es herida mortalmente por dos individuos que actúan independiente y de forma serial en el tiempo, sólo el último puede decirse que constituye una causa legal del resultado¹⁷⁰.

El tercer tipo de examen consiste en la regla de la previsibilidad (*foreseeability*), la cual a diferencia de las anteriores (*rules-based tests*), consiste en una regla general que se puede aplicar a todos los casos penales. Sin embargo, lo cierto es que se basa en la regla dominante que se aplica en el derecho de daños, es decir, aquella que entiende que solamente puede hacerse responsable a un imputado, cuando, pero solo cuando, el daño causado por él al momento de llevar a cabo su acción, le era previsible. Lo cierto es que este criterio ha tomado un lugar importante en los casos de causa interpuesta, donde se pregunta si el evento que es la causa interpuesta fue previsible para el acusado en el momento en que actuó.¹⁷¹

¹⁶⁹ vid. MOORE, MICHAEL S. “*Causation...*” Op. Cit., p. 152, quien indica que no existe una prueba equivalente dominante respecto a la causa legal o próxima; el mismo. “*Placing...*” Op. Cit., pp. 363-399

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ MOORE, MICHAEL S. “*Placing...*” Op. Cit., p. 363

Finalmente, el cuarto tipo de examen que tiene autoridad doctrinal para el tratamiento de la causa próxima o legal y al igual que la prueba de la previsibilidad, pretende ser una prueba aplicable a todos los casos penales. El examen tampoco atiende a criterios ontológicos o científicos de la causación, y consiste en lo que se ha denominado daño dentro del riesgo (*harm-within-the-risk*). Su nombre surge de los delitos de incremento de riesgo por lo que para su aplicación a los determinados delitos deberá hacerse un ajuste en la cláusula, sin embargo, la idea que subyace dentro de ella es que el resultado dañoso se encuentre dentro del riesgo creado por el autor con su accionar, haya sido este negligente o desconsiderado. Para delitos que no exigen *mens rea*, como por ejemplo casos de responsabilidad estricta, la variación de la cláusula de daño dentro del riesgo (*harm-within-the risk*) consistirá en atribuir la causación al autor cuando el daño causado con la conducta se encuentre dentro del tipo de daños cuyo riesgo llevó al legislador a criminalizar la conducta.

Ahora bien, además de los criterios normativos que se utilizan por la doctrina del *common law* o de las diferentes jurisdicciones que no han adoptado el MPC, todo parecería indicar que este último texto, en adición a la fórmula de *but for*, también acoge el examen de la causa legal o próxima (*legal or proximate cause*), aunque de manera subsidiaria, por entender que el examen del *but for* no es suficiente por sí mismo para establecer la causación, por lo que se hace necesario limitar o construir criterios adicionales para determinar la misma.

Las §§2.03(2)(b) y §§2.03(3)(b), tratan aquellos casos en los que la conducta del autor respecto del resultado causado difiere de aquella que fue concebida o contemplada por él, pero para los delitos en que se requiere que dicho resultado sea ocasionado, por una parte, con intención o conocimiento y, por otra, con desconsideración o negligencia. Se entiende que la naturaleza de la conexión causal entre la conducta y el resultado debe ser suficiente, por lo que en los casos donde la conducta del autor y el resultado coincide con lo contemplado por el autor, no presentará ningún tipo de problema, ya que se atenderá a que la conducta fue la causa del resultado utilizando los criterios disponibles y sumando la correspondiente categoría de *mens rea* a los fines de atribución de la responsabilidad.

La problemática surge en los casos donde exista divergencia entre lo concebido y lo realmente acaecido. En estos casos, que son los propios de las secciones del MPC arriba mencionadas, el elemento de causalidad se establece sólo si el resultado real implica el mismo tipo de daño que

el resultado contemplado, y si aquel no es demasiado remoto o accidental en su ocurrencia para tener una incidencia directa en la responsabilidad del autor o justa en la gravedad de su delito.

Ahora bien, esto parece hacer más alusión a las disposiciones mentales internas que al concepto propio de la causalidad, pues daría la impresión de que de lo que se trata es de la creación de criterios normativos que intenten resolver el problema del grado de culpabilidad llevado por el autor en su conducta y de cómo esta se materializó en el resultado. Daría la impresión de que lo que se pretende es dar con un criterio de imputación objetiva, toda vez que lo que se persigue es establecer que la conducta voluntaria del autor se materializó en el resultado prohibido atendiendo a un determinado requisito mental exigido por el correspondiente estatuto, sea este intención (*intent or purpose*), conocimiento (*knowledge*), desconsideración (*recklessness*) o negligencia (*negligence*) en los términos del MPC o en su defecto, referido a uno de los estados mentales reconocidos por el *common law*. Sobre estos estados mentales, y los demás reconocidos por el *common law*, nos ocupamos a continuación.

Sección III: *Mens Rea*

Introducción

La esencia del sistema penal de los países del *common law* reposa sobre la máxima: “*actus non facit reum, nisi mens sit rea*”¹⁷², que viene a significar que la realización de un hecho no hace culpable a una persona a menos que su mente también lo sea. Este concepto se compone, por un lado, de la existencia de un aspecto externo u objetivo constituido por la realización de un acto físico, voluntario e ilícito por parte del agente (denominado *actus reus*) y, del otro lado, de un aspecto interno o subjetivo referido a la mente culpable del agente al momento de la realización del hecho (que viene a denominarse *mens rea*).

Como pudimos observar al hablar de los principios elementales del derecho penal, para poder hablar de responsabilidad penal en el sistema del *common law* se deberá probar, más allá de toda duda razonable, que el autor a quien se le imputa el hecho ha realizado una conducta

¹⁷² “*The act does not make a person guilty unless the mind is also guilty*”. Vid. CHESNEY, EUGENE J. “*The Concept of Mens Rea in the criminal law*”. American Institution of criminal law & Criminology. Vol. 29. Article 2. (1938-1939). p. 627 y ss.; LAFAYE, WAYNE R. “*Principles of criminal law*”. Second Edition. West. U.S.A. 2010. p. 166; ROBINSON, PAUL H. “*Mens Rea...*” Op. Cit. pp. 995- 1006

voluntaria (*actus reus*), con la correspondiente disposición mental (*mens rea*), y mediante la cual ha causado (*causation*) un resultado dañoso (*social harm*). En ese aspecto, salvo escasas excepciones, la responsabilidad penal no exigirá únicamente la causación de un daño mediante la intervención de una conducta ilícita, sino que, además, exigirá una cierta disposición mental en el acusado al momento de llevar a cabo la conducta que ocasiona el daño¹⁷³.

El concepto de *mens rea*, entonces, adquiere una especial connotación pues desde una perspectiva general del derecho penal, esto es, tanto desde su vertiente sustantiva como procesal, si no se configura la concurrencia de los dos elementos, *actus reus* y *mens rea*, no puede hablarse de responsabilidad penal. Consecuentemente el deber fundamental de la acusación estará en probar esta concurrencia, más allá de toda duda razonable, ya que, en ausencia de tal prueba, el acusado deberá ser absuelto. En este sentido, el concepto de *mens rea* se convierte en un aspecto central de la responsabilidad penal.

Sentado esto, es preciso realizar tres aclaraciones importantes:

- (i) La prueba de la configuración de ambos elementos (*actus reus* y *mens rea*) irá asegurando el castigo penal, el cual descansa sobre la base de la determinación de una conducta objetivamente injusta (*wrongdoing*) y la culpabilidad (*culpability*), en donde el *wrongdoing* será aquella conducta que viole una determinada prohibición legal y la *culpability*¹⁷⁴ será una determinación basada en la intención o conciencia de la conducta ilícita, sus consecuencias y las circunstancias relevantes en que ocurre;
- (ii) La determinación de estos elementos constituirá, únicamente, la denominada culpabilidad *prima facie*¹⁷⁵, toda vez que para poder realizar el juicio de reproche e

¹⁷³ El concepto de *mens rea* fue analizado por la Suprema Corte de Justicia en la histórica decisión conocida como *Morissette v. United States*, en la cual se estableció que “*a crime is generally constituted only from concurrence of an evil-meaning mind with an evil-doing hand*”, pero además indicó que donde un estatuto federal establece o codifica un delito del *common law* los tribunales deben interpretar los estatutos exigiendo un elemento del *mens rea*, incluso cuando el Congreso no ha creado el umbral para el establecimiento de la intención dañina (*harmful intent*). Vid. *Morrisette v. United States*. 342 U.S. at. 248

¹⁷⁴ También denominada *fault*.

¹⁷⁵ MOORE, MICHAEL S. “*Placing...*” Op. Cit., p. 193, pues la culpabilidad es definida por él como la satisfacción de las condiciones que bajo las cuales un sujeto es responsable por su comportamiento, en donde se deberá incluir, entonces, la ausencia de *defense*, pues ésta última eliminaría su responsabilidad. De ahí, que en ausencia de prueba de las *defenses* se esté en presencia de una culpabilidad restringida y no de la culpabilidad (reprochabilidad) general (*overall blameworthiness*).

imponer el correspondiente castigo, deberá probarse, en adición a la actitud mental del agente, la inexistencia de los elementos que tienden a negar la responsabilidad penal, a justificarla o a excluirla, es decir, las denominadas defensas (*defenses*). La responsabilidad penal o, mejor dicho, el juicio de reproche requerirá de estas cinco condiciones para quedar satisfecho, a saber: *actus reus*, *mens rea*, *causation*, *result (social harm)* y ausencia de *defenses*;

- (iii) Por último, en ocasiones se encontrarán delitos que no exigen la presencia de *mens rea*, es decir, que se podrá configurar un hecho como delictivo en ausencia de un requisito de disposición mental.

Este último planteamiento, lejos de ser extraño, constituye una realidad en el sistema del *common law*; sin embargo, para muchos es una contradicción en tanto en cuanto se asume que en un sistema democrático de derecho, nadie puede ser perseguido por la realización de una conducta que cause un resultado socialmente dañoso, si al momento de llevar a cabo la misma no obró con el estado mental necesario para sufrir las consecuencias de la persecución penal.

En todo caso, el hecho de que el requisito de *mens rea* haya sido abrogado por los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*) hacen que el principio de exigencia de requisito mental constituya un mero ideal o, al menos, una propuesta de *lege ferenda*, pues a pesar de las voces que exigen la eliminación completa de esta clase de delitos, cada día surgen más delitos de responsabilidad estricta, sobre todo en el ámbito federal.

Con todo ello, la exigencia de un requisito mental no siempre constituyó una exigencia en el derecho del *common law*. Si echamos una mirada al pasado podremos observar cómo al inicio del desarrollo del derecho inglés se atribuía la responsabilidad penal sin necesidad de la exigencia de un elemento interno.

1. Antecedentes históricos del *mens rea*

Asumir una posición en concreto en cuanto a los datos históricos del *common law* puede constituir una empresa arriesgada, por un lado, debido a las limitaciones de la información documental que existen y, por el otro, atendiendo al hecho de que el desarrollo del derecho del *common law* inglés constituye un proceso de desarrollo continuo, en el cual un mismo elemento

puede hacer su aparición en distintas épocas, llevar tratamientos distintos y luego consolidarse y reflejar un cambio significativo¹⁷⁶.

Con todo, se asume que hasta cerca del siglo XII el requisito del *mens rea* no era exigido a los fines de establecer la responsabilidad penal, ya que las tribus germanas que ocupaban la isla imponían responsabilidad por los daños causados independientemente de la culpabilidad. De hecho, se reconoce que el autor de un hecho era responsable independientemente de haber actuado de manera inocente o inadvertida, por simplemente ser el autor del hecho¹⁷⁷. Asimismo ocurría con el propietario de un objeto que causara un daño, la responsabilidad recaía sobre el dueño del objeto independientemente de que hubiera sido utilizado por un tercero.

En esencia, se trataba de una responsabilidad meramente objetiva en una época en la que el derecho de daños y el derecho penal no se habían separado todavía. En ese sentido, se presume que desde el momento en que se empieza a diferenciar entre las funciones de compensación a la víctima y las de imposición del castigo el elemento del *mens rea* va tomando fuerza¹⁷⁸.

De esta forma, se entiende que el *mens rea* hizo su primera aparición alrededor del año 1118 en las llamadas *Leges Henrici Primi* (*Ley de Henry I*) indicando, al hablar del perjurio, que “*reum non facit nisi mens rea*”. Sin embargo, existe un cierto consenso entre los historiadores en reconocer que esta frase no era ley en los tiempos de Henry I, sino que la misma fue utilizada caprichosamente por Henry I quien la tomó prestada de un sermón de San Agustín donde se hace referencia al perjurio, y que constituye una regla adherida a la naturaleza única que envuelve este tipo de delito¹⁷⁹. Al parecer, dicho sermón también sirvió como base de la máxima que figura en el *Coke’s Third Institutes*, que establece que “*actus non facit reum nisi mens sit rea*”¹⁸⁰, constituyendo la frase como se conoce hoy en día.

¹⁷⁶ Un tratamiento más amplio sobre la historia del *mens rea* lo realiza ROBINSON, PAUL H. *A brief history of distinctions in criminal culpability*. The Hastings Law Journal. Vol. 31. USA. 1980., pp. 815-893.

¹⁷⁷ El enfoque de las primeras leyes de Inglaterra era evitar que las personas llegaran a la violencia privada, por lo que cuando una persona era imputada de un hecho dañoso el fin de la norma era compensar a la víctima para evitar que ésta ejerciera la justicia privada.

¹⁷⁸ Se ha llegado incluso a sugerir que la exigencia de un requisito de *mens rea* en el Felony fue la base de la división entre el derecho de daños y el derecho penal. Así lo indica ROBINSON, PAUL H. “*A brief history ...*” Op. Cit., p.816, cuando haciendo referencia a un texto denominado “*Potter’s Outlines of English Legal History*” de A. Kiralfy, indica que si esto es cierto, entonces un estudio de los elementos mentales de culpabilidad debe ser el trabajo más significativo que se haga sobre la naturaleza del derecho penal como un cuerpo de normas independiente.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 827

¹⁸⁰ Coinciden en esto, ROBINSON, PAUL H. “*Mens Rea...*”. Op. Cit. p. 995; CHESNEY, EUGENE J. “*Concept...*”. Op. Cit., p. 630; DODDALA, ADITYA / DEB, SHREYA. “*Mens rea-an integral part of crime*”. The World Journal on

Esto viene a demostrar, en parte, la influencia que tuvo sobre el *common law*, el derecho romano, el derecho canónico y, sobre todo, la Iglesia. Si bien el pensamiento de las Leyes de Henry I no formaba parte de la ley del momento, se fueron afianzando posteriormente hasta convertirse en elementos comúnmente utilizados por los tribunales. Al menos en el *criminal law*, se reconoce una mayor influencia por parte de la Iglesia y del derecho canónico, ya que la consideración del pecado desde el punto de vista del derecho canónico involucra un elemento mental de la misma manera que un acto físico, pero además, la insistencia de la culpa moral por parte de la Iglesia influyó de manera directa en la exigencia del *mens rea* ¹⁸¹ .

Ahora bien, existe información sobre referencias a elementos mentales o subjetivos incluso varios siglos antes de la aparición del concepto de *mens rea* como tal. ROBINSON¹⁸², en un intento de establecer las distintas etapas del derecho penal inglés, sobre todo en cuanto a los elementos mentales, realiza una división en la cual separa en cinco períodos¹⁸³ los distintos momentos de desarrollo de los elementos de la culpabilidad. Así, durante el primer período se encontrará una responsabilidad penal basada en el resultado con independencia de un elemento mental en específico.

En el segundo período aparecerá ya una primera referencia a un elemento mental del autor en la distinción entre los denominados daños voluntarios (*willful harms*) y daños accidentales (*accidental harms*). En esta etapa se incluyen las Leyes de Henry I¹⁸⁴ y, además, se encuentran las notas de Bracton a quien se le atribuye la distinción entre *homicidio intencional* y *homicidio accidental*, los cuales no podrían envolver el mismo tipo de castigo pues en uno debería haber severidad y en el otro clemencia. Sin embargo, existe información de que esta distinción fue copiada por Bracton del derecho canónico y romano, por lo que debió haber aparecido antes del siglo X, aunque no se hayan implementado concretamente hasta mediados del siglo XIII¹⁸⁵.

Juristic Polity. 2017., pp. 1-7, disponible en web: <http://jurip.org/wp-content/uploads/2017/03/Shreya-Deb.pdf>, quien sin embargo entiende que la fecha de aparición del texto fue el año 1115; Cfr. DENNO, DEBORAH W. "Criminal Law in a Post-Freudian World". University of Illinois Law Review. Vol. 2005., p. 610 quien atribuye la aparición en los escritos Henry Bracton a mitad del siglo XIII

¹⁸¹ La influencia de la iglesia se debe, ante todo, a varios factores dentro de los que se destacan el hecho de que predicaban a una gran audiencia la importancia de los valores espirituales y de los estados mentales. Por otra parte, los clérigos influían en la administración del gobierno en la creación de política, pero más importante aún era el hecho de la influencia que ejercían los tribunales eclesiásticos, pues en éstos se gestaron nuevos delitos e ideas sobre la importancia de los estados mentales. Sobre esto vid. ROBINSON, PAUL H. "Mens rea...". Op. Cit. , p. 997.

¹⁸² ROBINSON, PAUL H. "A brief history...". Op. Cit., p. 821 y ss.

¹⁸³ Planteando la dificultad, sin embargo, de hacer referencia a un momento o fecha específica. *Ibidem*.

¹⁸⁴ De las cuales se duda incluso que fueran realmente una compilación de las leyes de Henry I. Vid. *Ibid.* p. 825

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 830.

Para el tercer período, según la división de ROBINSON, se habrán establecido tres tipos de elementos mentales, ya que los casos sobre supuestos accidentales serían divididos en *careless* (descuidados) y *faultless* (irreprochables). De todas formas, el autor sugiere la existencia de un desarrollo asimétrico entre la transición desde *willful-accidental* hacia el *intentional-careless-faultless*, y esto se comprueba atendiendo a que los casos accidentales no podrían subsumirse perfectamente con aquellos casos descuidados o irreprochables (*careless-faultless*), pues algunos casos que antes habrían de llamarse *willful* se estarían llamando, en algunos supuestos, *careless*¹⁸⁶.

En suma, para el cuarto período, el concepto de *careless* se estaría distinguiendo entre casos de *recklessness* y casos de *negligence* dependiendo de si el imputado fue consciente del riesgo creado, en cuyo caso la conducta sería catalogada como *recklessness*, o si no lo fue pero debió haberlo sido, en cuyo caso la conducta se imputaría como *negligence*¹⁸⁷.

No obstante, esta transición tampoco operó de manera simétrica ni existe explicación de cómo un concepto que en principio era tratado como *willful*, pasó luego a ser *careless* y después *recklessness*. Si bien el cambio entre las dos últimas no guarda excesivas diferencias; pues la similitud entre alguien descuidado y desconsiderado es entendible, más difícil es explicar las semejanzas entre un comportamiento voluntario (*willful*) y un comportamiento descuidado (*careless*), cuando se debe entender por voluntario el sentido de poseer conocimiento, que era como se utilizaba en la época.

Sin embargo, se nota que lo que se pretendía lograr era una mitigación de los casos hacia estados mentales menos graves y, en consecuencia, hacia grados de culpabilidad menos graves. Daría la impresión de que durante el desarrollo del derecho penal inglés se fueron estableciendo criterios que permitieron delimitar conductas hacia menores penas por la inexistencia de altos niveles de gravedad en las mismas. Así, una tendencia gradual hacia la disminución de punibilidad en las conductas tendría como consecuencia la creación de estados mentales nuevos a fines de poder categorizar determinados tipos de casos. De ahí que, conductas que antes eran catalogadas como voluntarias (*willful*), pasarían a poseer un estado mental menor (como el *careless*) e incluso ser declaradas como irreprochables (*faultless*), siendo entonces castigadas

¹⁸⁶ Ibid. p. 833

¹⁸⁷ Ibid. p. 837

con menor pena o con la absolución. Producto del paso del tiempo, conductas que eran catalogadas como *careless* vendría a ser divididas en grupos de *recklessness* o *negligence* con las consecuencias punitivas correspondientes, llegando a desaparecer por completo la categoría de irreprochabilidad (*faultless*).

Finalmente, para el último período, aparecerían las conductas de propósito (*purposeful*) y conocimiento (*knowledge*). Se establecen pistas de su nacimiento a inicios del siglo XIX pero fue explícitamente reconocida en el Código Penal Indio de 1837. Sin embargo, veremos cómo en la decisión *Regina v. Sleep* (1861) se establece no sólo una interpretación del conocimiento (*knowledge*) sino que, además, se indica cómo este debía ser inferido en caso de poderse probar que el imputado cerró los ojos a lo que de otra forma habría sido obvio para él. Así, los inicios de la doctrina de la *willful blindness* son tan antiguos como el nacimiento propio de la discusión sobre las diferencias existentes entre *purpose* y *knowledge*. De hecho, en 1883 la distinción entre propósito (*purpose*) y conocimiento (*knowledge*) fue observada, pero rechazada.

2. Acepciones de la palabra *mens rea*

El concepto de *mens rea* no tiene un significado concreto en derecho penal sino que hace referencia a una serie de disposiciones mentales que dan por satisfecha la exigencia de este elemento interno. Ha sido reconocido de manera unánime que para ser un concepto tan importante dentro del derecho penal plantea muchas dificultades, las cuales en su mayoría surgen a raíz del grado de confusión que genera su significado¹⁸⁸.

Además, el problema de interpretación del concreto significado del término *mens rea* es alimentado por la disparidad existente entre los múltiples términos que se utilizan para dar por satisfecho el mismo y por la cantidad de opiniones emitidas por los comentaristas sobre los estándares que deben obedecerse para cumplimentarlo como presupuesto de la culpabilidad. El resultado de esto es lo que ha llevado a FLETCHER a reconocer, con cierta razón, que no existe un término plagado de más ambigüedad que la venerable frase que obsesiona al derecho penal angloamericano denominada *mens rea*¹⁸⁹.

¹⁸⁸ ROBINSON, PAUL H. “*Mens rea*”. Op. Cit., p. 995; DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 118; Laing, J. A. “*The prospects of a theory of criminal culpability: mens rea and the methodological doubt?*”. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 14. No. 1. USA., p. 63.

¹⁸⁹ FLETCHER, GEORGE P. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 398

Ahora bien, este estado mental que no deja de hacer referencia a una *mente culpable*, en el derecho estadounidense adquiere una connotación dual, en tanto en cuanto se han reconocido al menos dos significados diferentes respecto al concepto y al examen de la responsabilidad, los cuales van a depender de la intensidad de la cognición y voluntad desplegada por el autor en la conducta al momento de la comisión del delito. Así se encontrará una concepción amplia y objetiva del significado de *mens rea*, y una concepción estricta o subjetiva.

En la acepción amplia y objetiva, el *mens rea* hará referencia a una noción general de culpabilidad moral (*moral blameworthiness*), es decir, a la representación por parte del autor mediante su conducta de una voluntad viciada o motivo inmoral. Esto constituirá una falta mental que requerirá su complementación con la voluntad expresada en la conducta del autor. El alcance del significado amplio de *mens rea* va referido a la proyección de una actitud o carácter malévolo o inmoral, por lo que la culpabilidad de una ofensa no dependerá en la prueba de que el imputado causó un daño con su conducta mediante un estado mental específico, sino que la propia conducta representará, en su totalidad una actitud de maldad o mente malvada (*wicked mind*)¹⁹⁰.

Por otra parte, la acepción restringida hace referencia al particular estado mental exigido por el estatuto, siendo este el significado fundamental que se le da al *mens rea*, tanto en el derecho inglés como en el estadounidense. En ese sentido, esto viene a significar que deberá entenderse por *mens rea* el requisito mental exigido por la descripción típica del estatuto en cuestión. Ahora bien, esto no significa que todos los estatutos contendrán un *mens rea* explícitamente determinado, habrá delitos que no harán referencia al requisito de *mens rea*, ya sea porque se traten de delitos en los cuales se encuentre implícito el mismo en la descripción o sean considerados redundantes, como en algunos casos de delitos de responsabilidad estricta en los que el *mens rea* se encuentra determinado dentro de la descripción típica sin que se haga referencia a ello por entenderse implícito en el mismo o, en su defecto, redundante su inclusión.

De esta forma, se podrá encontrar una clasificación tripartita de delitos en cuanto al *mens rea* se refiere, es decir: (i) delitos que contendrán un elemento de *mens rea* en su concepción subjetiva; (ii) delitos que contendrán un elemento de *mens rea* en su concepción objetiva, la

¹⁹⁰ MARCHUK, IRINA. “The concept of crime in American Criminal Law”, en “The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis.” Springer. Alemania. 2014., p. 25

cual se representará básicamente como violaciones al estándar de una persona razonable y; (iii) delitos que no contendrán referencia alguna a un requisito de *mens rea*, como por ejemplo la mayoría de los delitos de *strict liability*¹⁹¹.

Sin embargo, antes de analizar los diversos tipos de *mens rea*, daremos un breve vistazo a aquellos delitos que no contienen referencia alguna a un requisito mental y que se denominan, delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*).

3. Delitos de Responsabilidad estricta (*Strict Liability*)

Los delitos de responsabilidad estricta son definidos generalmente como aquellos delitos que no requieren de la presencia de un estado mental por parte del autor para configurar la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad penal. De esta forma, este tipo de delitos constituirá una excepción al principio del *mens rea* y consistirá en establecer que la responsabilidad penal puede reposar únicamente en la prueba del acto voluntario por parte del autor sin necesidad de probar un estado mental culpable al momento del despliegue de la conducta. De esta forma, la acusación solo deberá demostrar la realización de la conducta voluntaria del autor¹⁹².

En esencia, nos encontramos frente a la forma de responsabilidad más antigua utilizada en Inglaterra, incluso antes de la gestación del *common law*, de la cual no puede decirse que no sea controversial su utilización, ya que significa que personas que hayan actuado sin culpa o, en algunos casos, incluso tomando las precauciones necesarias, pudieran ser responsables de la violación de una determinada disposición legal, por el mero hecho de llevar a cabo una acción, aún la misma haya sido llevada a cabo por error o ignorancia.

Si bien la lucha del *common law* durante toda la fase de su desarrollo fue precisamente intentar eliminar la responsabilidad objetiva que operaba en la época mediante la exigencia de un requisito mental como complemento del requisito de acto para poder dar por acreditada la

¹⁹¹ *Ibíd.*, p.26; Vid. LAFAVE, WAYNE R. “*Principles...*” *Op. Cit.*, p. 167 quien divide a los statutory crimes en: 1) aquellos que requieren de una falta subjetiva (relativo a la mente malvada); 2) aquellos que requieren de una falta objetiva (ajena a cuestiones de la mente) y 3) aquellas que no requieren de falta ni objetiva ni subjetiva, es decir, delitos de responsabilidad sin culpa.

¹⁹² Esto podría generar una confusión en cuanto a la similitud que representa la *strict liability* frente a los delitos de intención general (*general intent*), sin embargo, se tratan de delitos muy diferentes, ya que en los delitos de intención general no bastará sólo con probar una conducta voluntaria como en los casos de responsabilidad estricta sino que, además, deberá hacerse valer al menos un conocimiento básico del autor frente a alguna circunstancia circundante del hecho.

responsabilidad penal, lo cierto es que estos delitos no desaparecieron del todo. En los EE.UU., se fueron gestando a mediados del siglo XIX a través de la creación de delitos estatutarios denominados delitos de bienestar público (*public welfare offenses*) que no exigían la prueba del *mens rea*, producto de políticas públicas que, fundamentadas en cuestiones instrumentales, pretendían prevenir el daño social de determinadas conductas, exigiendo como prueba únicamente una relación causal entre la conducta y el riesgo que se intentaba prevenir a través del estatuto.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, una serie de delitos estatutarios también prescindían de la prueba del *mens rea* en algunos de sus elementos¹⁹³ y si bien estos delitos se han visto reducidos en el derecho estatutario¹⁹⁴ (*statute law*), no se puede decir lo mismo en el ámbito federal¹⁹⁵. Lo cierto es que en este último los delitos son todos estatutarios, pues la SCJ

¹⁹³ Como por ejemplo el *statutory rape* (violación de corte estatutario) que castiga las relaciones sexuales establecidas por personas menores de edad y prescinde de la prueba del *mens rea* respecto de la edad de la víctima. Sólo bastara probar la intención de llevar a cabo la relación sexual. Este delito es considerado por algunos el ejemplo más controversial de la responsabilidad estricta por razones de que ni siquiera se permite acudir a una defensa de error sobre la edad de la víctima y por la gravedad de la pena que conlleva. Vid. HAMANI, ASSAF. “*Mens rea and the cost of ignorance*”. *Virginia Law Review*. Vol. 93. USA. 2007., p. 438. La edad exigida para considerar válido el consentimiento varía en cada Estado entre los dieciséis y dieciocho años. Por ejemplo, veintiocho Estados establecen la edad de dieciséis años como el mínimo y doce como máximo para la materialización del delito de violación en segundo grado, sin embargo, estableciendo una exención a personas con un máximo de dos años de diferencia de edad, es decir, si una persona de dieciséis años tiene relaciones sexuales con una persona de quince no hay lugar a la infracción, pero si esa persona de dieciséis años tiene relaciones sexuales con una persona de trece, entonces ha lugar a la materialización del delito. Sobre la variación del *statutory rape* en los diferentes Estados Vid. ROBINSON, PAUL H./ WILLIAMS, TYLER SCOTT. “*Mapping American Criminal law. Variations Across the Fifty States*”. Preaeger. USA. 2018. p. 207 y ss.

¹⁹⁴ Producto, en parte, de la decisión *Morrisette vs. United States*, en la cual se examinó el *mens rea* en un caso Federal y se estableció que cuando un estatuto federal codifique un delito del common law, los tribunales deben incluir en análisis el elemento de *mens rea*, aún el Congreso no haya especificado el mismo y, en aquellos casos en que los estatutos hagan silencio sobre el *mens rea* aplicable, debe ser aplicado el principio del *mens rea* en vez del de *strict liability*. Esta decisión constituye un caso esencial en este aspecto ya que se estatuyó, además, el hecho de que “la afirmación de que una lesión puede constituir un delito sólo cuando es infligida por intención no es una noción provincial o transitoria. Es un principio universal y persistente en los sistemas maduros de derecho, la creencia en la libertad de la voluntad humana y la consecuente capacidad y deber del individuo normal de elegir entre el bien y el mal”. En adición, decisiones como *United States v. Flores Figueroa*, 129 S. Ct. 1886, 1890 (2009) han establecido que la no exigencia estatutaria del conocimiento a los elementos del delito es inconsistente con la gravedad punitiva. Otras decisiones también han establecido la crítica a la desproporcionalidad punitiva que se produce cuando no se exigen elementos mentales en los delitos. Por todos, vid. BROWN, DARRYL K. “*Federal Mens Rea Interpretation...*” *Op. Cit.*, p. 110 y ss.; Cfr. PACKER, HERBERT L. “*The Model Penal Code and Beyond.*” *Columbia Law Review*. Vol. 63. No. 4. USA. 1963., pp. 594-607, quien reconoce que mucho de estos delitos han sido también interpretados por las Cortes para prescindir de cualquier elemento mental o requisito de culpabilidad subjetiva.

¹⁹⁵ Un ejemplo paradigmático no sólo de la prueba de la responsabilidad estricta sino del problema de sobre federalización del crimen que opera en los EE.UU., y que utiliza este tipo de delitos lo constituye la historia de Wade Martin, un pescador nativo de Alaska que vendió diez nutrias de mar a una persona de la cual creía que era también nativa de Alaska. Sin embargo este señor fue arrestado por violar la “*Marine Mammal Protection Act*” que criminaliza la venta de ciertas especies a aquellos que no sean nativos de Alaska. De esta forma el alegato del señor Martin y su creencia sobre el hecho de que el comprador era también nativo de Alaska no importó a los fines del proceso ya que la acusación no tenía que probar que el señor Martin sabía o no de la nacionalidad del

ha indicado en múltiples ocasiones que no existen delitos federales de *common law*¹⁹⁶, y aquellos delitos de *common law* que ya han sido codificados la mayoría incluyen en su descripción elementos mentales. Así las cosas, el problema de los delitos de responsabilidad estricta se va a presentar, entonces, en aquellos estatutos que han sido constituidos por los EE.UU., mediante estatutos y sobre todo, en el derecho federal.

Sentado esto, la doctrina no ha dejado de recibir arduas críticas, si bien la mayoría de ellas provienen de los retribucionistas, ya que, al tratarse de infracciones que pretenden garantizar el bien común y generar sobre el ciudadano un deber de cuidado sobre una gran cantidad de actividades consideradas riesgosas, los utilitaristas tienden a dar algún sentido a este tipo de delitos y a defender incluso su implementación, sobre todo por razones de prevención de comportamiento riesgosos¹⁹⁷.

Además, la utilización de delitos de responsabilidad estricta ha resultado ser una herramienta atractiva para aquellos legisladores que intentan reducir el delito sobre la base de argumentos de prevención general e incapacitación del delincuente. Básicamente, establecer que un incremento en los delitos de responsabilidad estricta representadas en mayores tasas de castigo conllevaría un aumento del cumplimiento de la norma por parte de la sociedad por lo que, si la ley penal puede eliminar su requisito de culpabilidad tradicional, puede aumentar la probabilidad de condena y castigo de aquellos que participan en una conducta prohibida o provocar daño o mal prohibido¹⁹⁸.

Sin embargo, ROBINSON ha demostrado los efectos que ha tenido la implementación y expansión de los delitos de responsabilidad estricta en las últimas décadas y ha comprobado

comprador. En ese sentido, el señor Martin se declaró culpable por recomendaciones de su abogado y recibió una condena de dos años en *probation* y una multa de mil dólares. Sobre este y otros ejemplos de responsabilidad objetiva y sobre federalización del crimen en los Estados Unidos. Vid. BAKER JR., JOHN S. / HAUN, WILLIAM H. "The Mens Rea Component Within the Issue of the Over-Federalization of Crime". Criminal Law & Procedure. Vol. 14. Issue 2. USA. 2013. p. 25; Vid. DAILEY, DAVID. "Searching for Culpability, Punishing the Guilty, and Protecting the Innocent: Should Congress Look to the Model Penal Code to Stem the Tide of Federal Overcriminalization?". Catholic University Law Review. Vol. 63. No. 4. Article 4. USA. 2014., pp. 1015-1016.

¹⁹⁶ En el sentido de que no ha lugar el establecimiento de delitos federales por costumbre. Esto tiene una relación directa con la propia historia de la federalización norteamericana, ya que los delitos de *common law* fueron aquellos que adoptaron las colonias norteamericanas con la inmigración y que venían de las costumbres inglesas.

¹⁹⁷ Vid. HAMDANI, ASSAF. "Mens rea..." Op. Cit., pp. 415-457 quien sin decantarse por una aceptación de la doctrina de la *strict liability* o negar el principio de *mens rea* analiza los costes que implican la ignorancia y el beneficio de los delitos de *strict liability* para disuadir este tipo de sujetos de la comisión de delitos.

¹⁹⁸ ROBINSON, PAUL H. "Strict Liability's Criminogenic Effect". University of Pennsylvania Law School. Vol. 17 No. 5. USA. 2017., pp. 1-15

que los mismos no han sido satisfactorios al ser asumidos en un país que se hace llamar democrático, ya que el incremento punitivo de algunos estatutos federales, la no exigencia de un determinado *mens rea* y el aumento de la población carcelaria vienen a comprobar que el control del delito bajo argumentos utilitarios de disuasión general e incapacitación del delincuente por medio del castigo no funciona en la práctica¹⁹⁹.

Ahora bien, a los fines de entender un poco la estructura de estos delitos y sin ánimos de entrar en las profundas discusiones que ha generado la *strict liability*²⁰⁰, es preciso atender a la diferenciación que sobre ella realiza la doctrina²⁰¹ al indicar que debe distinguirse la responsabilidad estricta respecto del resultado, de la conducta y de las circunstancias, así como debe diferenciarse entre aquellos casos de responsabilidad estricta puros e impuros.

De acuerdo con esta clasificación, en los delitos de responsabilidad estricta puros (*pure strict liability offenses*) no se requerirá la prueba de ningún elemento mental respecto a ninguno de

¹⁹⁹ Ibídem. Dicho trabajo de ROBINSON constituye un impresionante estudio empírico mediante el cual se demuestran los efectos criminógenos de la *strict liability* y su percepción por parte de los ciudadanos.

²⁰⁰ Entrar a analizar el debate sobre los aspectos intrínsecos de esta figura jurídica requeriría de un espacio que por el objeto de nuestra investigación no podemos por ahora precisar, sin embargo, un tratamiento profundo de estas cuestiones se puede encontrar en SIMMONS, KENNETH W. “*When is Strict Liability Just?*” *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 87. Issue 4. Article 1. USA. 1997., pp. 1075-1137; el mismo, “*Strict Criminal Liability in the Grading of Offenses: Forfeiture, Change of Normative Position, or Moral Luck?*” *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 32. No. 3. 2012., pp. 445-466 con su nombre final de “*Is Strict Criminal Liability in the Grading of Offenses Consistent with Retributive Desert?*” Disponible en web: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/32/3/445.full.pdf+html?etoc>. (Última consulta 29 de enero de 2018); DUFF, R. A. “*Answering for Crime...*” Op. Cit. pp. 229-261; GREEN, STUART P. “*Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism*”. Rutgers. USA. 2004., pp. 1-20, Disponible en web: <http://www.researchgate.net/publication/228274346> (Última consulta: 29 de enero de 2018); ALEXANDER, LARRY. “*Reconsidering...*” Op. Cit.; HAMDANI, ASSAF. “*Mens rea...*” Op. Cit., pp. 415-457; THOMAS, W. ROBERT. “*On Strict Liability Crimes: Preserving a Moral Framework for Criminal Intent in an Intent-Free Moral World*”. *Michigan Law Review*. Vol. 110. Issue 4. USA. 2012., pp. 647-676; BÜYÜKSAGIS, ERDEM. /VAN BOOM, WILLEM H. “*Strict Liability in Contemporary European Codification: Thorn Between Objects, activities and their risks*”. *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 44. USA. 2013., pp. 609-640; BROWN, DARRYL K. “*Criminal Law Reform and The Persistence of Strict Liability*.” *Duke Law Journal*. Vol. 62. USA. 2012. pp. 285-338; CARPENTER, CATHERINE L. “*On Statutory Rape, Strict Liability, And the Public Welfare Offense Model*”. *American University Law Review*. Vol. 53. USA. 2003., pp. 313-404. En castellano se encuentra un conciso pero impresionante y abarcador artículo a cargo de VARELA, LORENA. “*Strict-liability como forma de imputación penal*”. *Indret* 3. Barcelona. 2012. Disponible en web: <http://www.indret.com>. (última consulta 29 de enero de 2018).

²⁰¹ SIMMONS, KENNETH W. “*When is strict...*” Op. Cit., pp. 1075-1085. Otros autores realizan otra clasificación, por ejemplo, DUFF, R. A. “*Answering for crime...*” Op. Cit., p. 232 y ss., quien prefiere hablar de “*substantive strict liability*”, o GREEN, STUART P. Op. Cit., quien diferencia las diversas formas en que se ha usado la responsabilidad estricta en: (i) delitos que contienen al menos un elemento material para el cual no se requiere una prueba de *mens rea*; (ii) esquemas estatuarios que impiden el uso de uno o más *mens res* que niegan defensas; (iii) dispositivos procesales que requieren que la intención del imputado sea presumida o inferida por otros factores (iv) delitos que exigen un *mens rea* menos grave de los que tradicionalmente se han exigido en *criminal law*; (v) delitos que requieren una forma menos grave de daño a la que tradicionalmente se ha exigido en *criminal law* y (vi) delitos que exigen una forma menos grave de ilicitud de la que tradicionalmente se ha exigido por el *criminal law*.

los elementos materiales de la infracción²⁰². Por su parte, en los delitos de responsabilidad estricta impuros (*impure strict liability offenses*) se requerirá la prueba del *mens rea* con relación a un elemento material del delito pero no exigirá prueba respecto de, al menos, un elemento material del delito²⁰³.

De esta manera, dentro de los elementos de responsabilidad estricta impuros habrá que reconocer entonces los delitos de responsabilidad estricta respecto del resultado²⁰⁴ y los delitos de responsabilidad estricta respecto de las circunstancias existentes²⁰⁵. También se discute si existen delitos de responsabilidad estricta frente a la conducta, aunque todo va a depender del enfoque que se haga de la prueba de la voluntariedad de la conducta, pues si se parte de una noción que entienda que el requisito de acto voluntario considera ya la culpabilidad no sólo existirá un delito de responsabilidad estricta frente a la conducta, sino que no habrá cabida a la existencia de delitos de responsabilidad estricta puros, pues en todos se requerirá al menos la prueba de algún elemento²⁰⁶.

4. Diversos tipos de *mens rea*

Al tratar el aspecto relativo a los estados mentales que se utilizan en el derecho estadounidense no sólo debemos referirnos a aquellos elementos que fueron establecidos por los redactores del

²⁰² DUFF entiende correcto denominar a este tipo de delitos '*absolute strict liability*' (delitos de responsabilidad absoluta) ya que para él, los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*) son aquellos que no exigen prueba del *mens rea* con respecto a algún elemento del delito. Vid. DUFF, R. A. "*Answering for crime...*" Op. Cit., p. 232.

²⁰³ SIMMONS, KENNETH W. "*When is Strict Liability Just...*" Op. Cit., p. 1081.

²⁰⁴ Un ejemplo de responsabilidad estricta respecto del resultado es el *Felony-murder* cuya traducción exacta al castellano es asesinato durante delito grave, aunque se suele traducir como homicidio preterintencional. Entendemos que esta última traducción no le rinde pleitesía a la infracción estadounidense, ya que el homicidio preterintencional es un delito menos grave que el homicidio doloso en primer grado. En el caso estadounidense el homicidio se le imputará al autor como asesinato en primer grado, lo que constituye la forma más grave de homicidio, sin perjuicio de la imputación que se le hará sobre la comisión del *Felony* (aunque esto también es relativo, ya que no todos los Estados tratan de igual forma el *Felony-murder*). Lo curioso es que el *Felony-murder* es el ejemplo perfecto de un delito de responsabilidad estricta respecto del resultado, toda vez que la acusación no tendrá que probar ningún estado mental frente al homicidio, limitando su prueba únicamente a establecer la intención del sujeto en la realización del *Felony* (delito grave). Para comparar el tratamiento que recibe el *Felony-Murder* en los distintos Estados Vid. ROBINSON, PAUL H./WILLIAMS, TYLER SCOTT. "*Mapping American...*" Op. Cit. p. 53 y ss.

²⁰⁵ El delito de *statutory rape* es un ejemplo de responsabilidad estricta (*strict liability offense*) respecto de una circunstancia, que consistirá en la edad de la víctima, es decir, la acusación no tendrá que probar ningún elemento mental respecto de la edad de la víctima, aunque si deberá demostrar la intención de establecer la relación sexual.

²⁰⁶ SIMMONS, KENNETH W. "*When is Strict Liability Just...*" Op. Cit., p. 1081, en referencia a la nota 15 cuando establece que el análisis de la culpabilidad en la voluntariedad del acto se realiza de una manera diferente al análisis que considera cuándo un autor ha cometido culpablemente el *actus reus* de un determinado delito.

MPC, sino que también resulta preciso tocar brevemente algunos de los estados mentales clásicos o convencionales que todavía se siguen utilizando en gran parte de los Estados.

En suma, algunos conceptos o términos que se utilizan para hacer referencia o dar por completado el *mens rea* se encuentran, de una parte: *purpose, intention, recklessness, willfulness, knowledge, belief, suspicion, reasonable cause to believe, maliciousness, fraudulence, dishonesty y corruptness*²⁰⁷. De otra parte, se encontrarán conceptos como *intentionally, knowingly, purposely, recklessly, carelessly, maliciously, wantonly, fraudulently, willfully, designedly, unlawfully, negligently*, entre otros²⁰⁸.

Ahora bien, las dificultades que presentaba la gran variedad de expresiones utilizadas tanto por el *common law* o los estatutos para referirse o llenar de contenido el *mens rea* fue lo que llevó a los redactores del MPC a reducir la mayoría de estos estados mentales en un requisito de cuatro únicos elementos o estados de culpabilidad que consisten en *intent or purpose, knowledge, recklessness y negligence*.

En las últimas décadas se puede observar cómo los EE.UU., han ido redefiniendo y modificando las categorías de los estados mentales de conformidad con lo dispuesto por el MPC. De hecho, al día de hoy, la mayoría de los códigos penales modernos expresamente consagran esta división sin perjuicio de aquellos delitos que por estatutos imponen una responsabilidad estricta (*strict liability*). Así, alrededor de un 70% de los Estados han adoptado las disposiciones del MPC respecto a los elementos de la culpabilidad²⁰⁹, si bien en los demás Estados se sigue haciendo referencia a los más diversos términos para caracterizar el requisito de *mens rea*. Veamos brevemente en qué consisten algunos de los elementos mentales que con más frecuencia hacen aparición en el derecho penal norteamericano.

4.1 Intención (*intent*)

La intención (*intent*) es considerada el paradigma del *mens rea*. La jurisprudencia la ha reconocido como el elemento *sine qua non* de la responsabilidad penal. La mayoría de los delitos estatutarios y de *common law* están definidos en términos de intención, es decir, que la

²⁰⁷ Estos corresponden, en principio, a los elementos más comunes del derecho inglés. Vid. *Ibidem.*,

²⁰⁸ Estos corresponden, en principio, a los elementos más comunes del derecho estadounidense. Vid. *Ibidem.*

²⁰⁹ ROBINSON, PAUL H. "A brief history..." Op. Cit., p. 816

acusación debe probar que el imputado mostró con su conducta una intención de cometer, ayudar, alentar o causar el daño social objeto del *actus reus* del delito²¹⁰.

Al igual que ocurre con el *mens rea*, establecer un consenso en cuanto al contenido exacto del término *intent* no resulta pacífico, producto de la cantidad de términos en los cuales se hace alusión a este elemento. Palabras como *scienter*²¹¹, *criminal intent*, *general intent*, *specific intent*, *constructive intent*, *presumed intent*, *conditional intent*, *inter alia*, etc., constituyen algunos ejemplos del uso que se le da a este elemento en el derecho penal. Sin embargo, la categoría de *criminal intent* se define de manera amplia como un estado mental operante al momento de la acción, y el cual puede ser general o específico. En este sentido, se suele utilizar como sinónimo del amplio concepto de *mens rea*, en cuanto se refiere "no a un único tipo de intento definido, sino a una serie de estados mentales diferentes, todos los cuales implican algún elemento culpable"²¹². Por otra parte, en algunas ocasiones el significado de *intent* viene a indicar que el autor tuvo el propósito, el deseo o el objetivo consciente de causar el resultado o de involucrarse en la conducta específica descrita en el estatuto.

Ahora bien, en su acepción tradicional el término *intent* se entiende en un sentido más estricto y comprende varios elementos de la culpabilidad como son el *purpose* o el *knowledge*. Así, se entenderá que alguien ha causado intencionalmente el daño social establecido en el estatuto cuando (i) el deseo de la conducta del autor sea ocasionar el daño social, (ii) o cuando el autor actúe con conocimiento de que es casi seguro que su conducta tendrá como consecuencia la causación del daño social, es decir, que el resultado se materializará a raíz de su conducta.

En este sentido, la visión tradicional del concepto de intención (*intent*) envuelve al conocimiento (*knowledge*) como un elemento constitutivo pero, además, al establecer un supuesto dual en el que se hará posible su imputación quedarán cubiertas todas aquellas consecuencias prohibidas no sólo cuando se represente el propósito mismo o el deseo de la

²¹⁰ DRESSLER, JOSHUA. "Understanting..." Op. Cit., p. 121; MARCHUK, IRYNA. "The concept of crime..." Op. Cit., p. 27; CARSON, D. C / FELTHOUS, A.R. "Introduction to this issue: Mens rea". Behavioral Sciences and the Law. Vol. 21. USA. 2003., pp. 559-562. Disponible en web: Interscience.wiley.com (última consulta: 20 de enero de 2018).

²¹¹ El término *scienter* se utiliza en derecho penal indistintamente como *mens rea* o *intent*, pero en realidad tiene una aplicación más amplia, pues se trata de la prueba del conocimiento culpable del autor de que su conducta era criminal. Generalmente se hará uso del *scienter* en la acusación o en los alegatos que realiza el Fiscal en el juicio y denotará que el autor actuó con conocimiento de que su conducta constituía un injusto por lo que no debió llevarla a cabo. También tiende a utilizarse este término en el derecho de daños.

²¹² ROTH, WILLIAM. "General vs. Specific Intent." Pepperdine Law Review. Vol. 7. USA. 1979., pp.67-84

realización de la conducta, independientemente de la materialización de la misma en el resultado o de la producción de éste, sino, también, cuando dicha conducta sea realizada con un conocimiento sustancialmente cierto de que el resultado se materializará, independientemente del deseo del autor en la producción del mismo.

En definitiva, en la acepción tradicional del *intent*, un delito será definido de tal forma que para que el imputado sea encontrado culpable de la comisión del mismo deberá haberse involucrado de manera intencional en la conducta específica definida por el estatuto (o en las circunstancias concurrentes específicas definidas por el estatuto) o deberá mostrar la manifiesta intención de producir el resultado.

Aquí es importante resaltar que la complejidad de la interpretación de los estados mentales respecto a los delitos surge a raíz de la propia construcción de los estatutos, lo que representa un problema de legislación que sólo puede ser resuelto mediante una modificación o esclarecimiento de los tipos por el legislador. En esencia, la composición de un delito específico está integrada por diversos elementos que deben ser probados, por lo que el elemento mental deberá estar relacionado, en principio, con respecto a cada uno de los elementos que integran el determinado delito, es decir, en el derecho penal estadounidense, el elemento mental está referido directamente a la conducta del autor, pero también a las circunstancias externas y al resultado.

De esta forma, el problema del elemento mental –en este caso el *intent*- surgirá al momento de determinar si la prueba de este es requerida por uno o por todos los elementos que componen el determinado delito. En definitiva, la cuestión aquí es determinar si cada elemento del delito específico requerirá algún tipo de *mens rea* y, en caso de ser así, qué tipo de *mens rea* es requerido²¹³.

Así las cosas, esta problemática se acrecentará ya que, como hemos visto, los estatutos a menudo no hacen referencia a qué tipo de estado mental se exige ni cuáles de los elementos que componen el delito (*offense*) requieren un particular estado mental. Además, existen delitos que en referencia a algunos elementos no exigen *mens rea* y en otro, el grado de culpabilidad puede variar con respecto a los diferentes elementos. Así, se suele hacer referencia, en el derecho

²¹³ ROTH, WILLIAM. “General...” Op. Cit., p. 70

estadounidense, a los términos de intención general (*general intent*) o intención específica (*specific intent*) para dar un particular significado a la prueba del *mens rea* que será exigida.

4.1.1. Intención específica e intención general (*specific and general intent*)

En ocasiones un estatuto expresará la referencia a una *intención específica* y en otras hará referencia a una *intención general*. Sin embargo, la dificultad que conlleva definir y aplicar esta división terminológica ha llevado a los comentaristas y autores académicos a recomendar su abandono²¹⁴. Se entiende que la terminología utilizada es confusa e incoherente y que, de hecho, ni siquiera los tribunales definen el significado de esta división cuando hacen referencia a estos términos. Por si fuera poco, existen varias posibles nociones de los términos, por lo que la confusión se acrecienta por el desconocimiento de la variedad de significados de la división²¹⁵. Lo cierto es que los tribunales suelen plantear esta distinción a menudo cuando intentan definir los límites de algunas defensas, como el caso de la intoxicación voluntaria (*voluntary intoxication defense*) o de la capacidad disminuida (*diminished capacity defense*)²¹⁶ o, en cambio, cuando se utiliza la doctrina de la intención transferida (*transferred intent*)²¹⁷.

²¹⁴ Vid. JOHNSON, ERIC A. “*Understanding General and Specific Intent: Eight Things I Know for Sure*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*.” Vol. 13. No. 2. USA. 2016., pp. 521-541; DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 128; LAFAVE, RAYNE W. “*Principles...*” Op. Cit., pp. 178-179

²¹⁵ Sin embargo la división terminológica persiste y ni siquiera con el MPC fue eliminada, a pesar de la crítica que sobre ella realiza el propio texto.

²¹⁶ Vid. JOHNSON, ERIC A. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 521, en especial referencia a su nota 5 en la cual cita como ejemplo el caso de *United States v. Veach* en el cual se sostuvo que la defensa de intoxicación es admisible para negar elementos de intención específica, pero no así elementos de intención general.; Cfr. FLETCHER, GEORGE P. “*Rethinking...*” Op. Cit., p. 848, quien entiende que la distinción entre intención específica y general es funcional para reducir el delito a un grado menor en los casos de defensa por intoxicación, pero no para admitir una evidencia de auto-intoxicación si resultará en una absolución total.

²¹⁷ Esta doctrina, gestada alrededor del siglo XVI, viene a tratar los casos de error en el golpe, o sea, cuando un individuo que con la intención de matar o herir a una determinada persona, accidentalmente termina lesionando o matando a otra. Así, la doctrina permite aplicar el estado mental del autor que había sido dirigido a la primera víctima a la que accidentalmente ha resultado lesionada. De esta forma, el resultado de lesión o muerte de la víctima le será imputado al autor a título de intención. Esta doctrina ha sido rechazada por la academia pues se ha entendido innecesaria en el sentido de que la dañosidad social del asesinato radica en la muerte de un ser humano, independientemente de quien sea, por lo que, si el delito de asesinato se cumple por la muerte de un ser humano, importa muy poco qué ser humano se haya asesinado, ya que la intención de matar ha estado presente frente a un ser humano. Vid. HUSAK, DOUGLAS N. “*Transferred Intent*”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. Vol. 10. No. 1. Symposium on Culpability and the Law. Article 4. USA. 2012., pp. 65-96; RITZ, WILFRED J. “*Felony Murder, Transferred Intent, and the Palsgraf Doctrine in the Criminal Law*”. *Washington and Lee Law Review*. Vol. 16. Issue 2. Article 2. USA. 1959., pp. 169-191, quien realiza un análisis de la doctrina de la intención transferida e indica que en sus inicios en Inglaterra la doctrina del *Transferred Intent* y del *Felony Murder* eran tratadas como si fueran lo mismo, es decir, una técnica que permitía encontrar la malicia (*malice*) implícita en los casos de asesinato. Sin embargo, si bien en Inglaterra se eliminó la regla del *Felony Murder*, es cierto que en este tipo de casos se da una transferencia de intención, pues si al momento de la comisión de un delito grave se ocasiona una muerte, la teoría lo que hace es transferir la intención del delito grave al resultado de muerte e imputa este último a su autor con el correspondiente *mens rea* representado por la conducta inicial.; Vid. MILLER, JEREMY M. “*Mens Rea Quagmire: The Conscience or Consciousness of the Criminal Law*.” *Western State University Law*

Dentro de las diversas nociones a las que se hace referencia respecto de la distinción entre delitos de intención específica y delitos de intención general se encuentra en primer lugar, aquella que considera que la palabra *specific* al agregarse a la palabra *intent* modifica esta última haciendo referencia de manera estricta al propósito o deseo consciente del autor. De esta forma si el delito exige la prueba de que el propósito u objetivo del autor era causar el daño social que establece el estatuto se hablará de *specific intent*. Por otra parte, se hará referencia a delitos de intención general cuando se trate de la prueba de elementos mentales de menor intensidad, es decir, del *knowledge*, *recklessness* o *negligence*²¹⁸.

Otra forma que a menudo se suele utilizar para la distinción de estos términos es hacer referencia a delitos de intención específica como aquellos en los que el estatuto incluirá la intención o propósito de realización de una determinada acción o de obtener una posterior consecuencia adicional más allá de la conducta o del resultado que se expresa en el estatuto²¹⁹. En contraste, aquellos delitos que no establezcan esta exigencia serán delitos de intención general²²⁰.

En esencia, todo parece indicar que la referencia a delitos de intención específica o delitos de intención general no hacen alusión a estados mentales *per se*, sino a una concreta relación o conexión que debe existir entre el estado mental y la conducta del autor²²¹. Por este motivo – verificar la forma en que los elementos del estado mental se conectan con los elementos físicos – es que adquiere relevancia la exigencia de prueba de que el autor perseguía la consecución del resultado más allá de la propia realización del acto, es decir, que el autor tuvo un motivo para la realización de la conducta, pues su búsqueda perseguía intencionalmente la consecución del daño social establecido en el estatuto en forma de resultado. Este tipo de exigencias en la construcción de un determinado delito hace que estemos en presencia de un delito de intención específica. En caso contrario, es decir, cuando no se exija la prueba de una consecuencia

Review. Vol. 29. USA. 2001., pp. 21-65, quien entiende que el *Transferred Intent* es un típico caso de *Recklessness* y reconoce que en este tipo de casos se aplica el criterio de los *specific intent* y *general intent crimes*.; DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 124 quien reconoce que los jueces suelen instruir al jurado en el sentido de que, en estos casos de intención transferida, la intención sigue a la bala (“*the intent follows the bullet*”).

²¹⁸ ROTH, WILLIAM. “*General...*” Op. Cit., p. 71; Vid. DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p.138

²¹⁹ DRESSLER, JOSHUA. *Ibidem*.

²²⁰ Sin embargo, esto no implica que no se requiera prueba de al menos conocimiento básico sobre las circunstancias externas del hecho. Vid. JOHNSON, ERIC. A. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 531

²²¹ En este sentido, *Ibid.*, p. 523 cuando indica que estos términos describen la relación entre el estado mental de un delito y sus elementos físicos.

intencional ulterior a la propia conducta, estaremos, entonces, frente a delitos de intención general²²².

Por ejemplo, en delitos como el robo con allanamiento de morada (*burglary*), hurto (*larceny*), homicidio en primer grado (*first degree murder*), homicidio intencional (*voluntary manslaughter*) requieren la prueba de la intención del sujeto de romper y entrar a la casa habitada o de intencionalmente tomar algo que no le pertenece y llevárselo, o de matar [ya sea con premeditación (*malice aforethought*) o voluntario (*voluntary manslaughter*)].

Por otro lado, delitos como agresión (*battery*), homicidio involuntario (*manslaughter*), intento de agresión (*assault*), incendio provocado (*arson*), constituyen delitos de intención general (*general intent*), pues no es necesario probar un resultado dañoso como intención de la conducta, sino que simplemente bastará con la prueba de que el autor era consciente de estar realizando una conducta con un estado mental maligno. Por ejemplo, en el delito de *battery*, que significa, en palabras llanas, que el imputado intencionalmente cometa un uso deliberado o ilegal de fuerza o violencia sobre otra persona (por ejemplo, una golpiza), no será necesario probar que el imputado causó un daño físico a la víctima, sino que bastará con la prueba de la acción, es decir, la prueba de que el imputado golpeó a la víctima, independientemente de que le haya fracturado una costilla o no.

4.2 Motivo (*motive*)

El debate sobre si el motivo del autor es relevante a los fines del derecho penal y, en específico, si constituye un elemento del delito no es una cuestión pacífica en la doctrina del derecho penal estadounidense. Si bien en la mayoría de los sistemas occidentales de derecho penal, incluyendo

²²² Un transcendental proceso en el que se estableció una diferenciación como la expuesta fue *People v. Hood*. 462 P.2d 370, 378. Cal. 1969, en el cual la corte estatuyó que un crimen calificaría de intención específica si hacía referencia a la intención del autor de lograr una consecuencia adicional más allá de la conducta prohibida. Extraída de YOUNG, DOUGLAS R. "Rethinking the Specific-General Intent Doctrine in California Criminal law". California Law Review. Vol. 63. No. 5. Article 6. USA. 1975, pp. 1358-1360, quien realiza un resumen explicativo del proceso y la conclusión arribada por la Suprema Corte de Justicia de California. Vid. DRESSLER, JOSHUA. "Understanding..." Op. Cit., p. 138, JOHNSON, ERIC. A. "Understanding..." Op. Cit., p. 525; ROTH, WILLIAM. "General..." Op. Cit., p. 73, quienes hacen referencia a la importancia de la decisión de *People V. Hood*, en la determinación y aclaración de estos conceptos.

a la propia Inglaterra, el motivo no consiste en un elemento del delito, en los EE.UU., la doctrina se encuentra dividida²²³.

La dificultad o imposibilidad que acarrea la prueba del motivo dentro del proceso penal, el posible conflicto con principios constitucionales y el impacto que sobre la moralidad de la conducta criminal puede representar este concepto, ha llevado a una gran parte de la doctrina si bien no ha rechazarlo, a considerarlo irrelevante y con un rol secundario dentro del derecho penal²²⁴. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que a menudo el motivo es relevante para el derecho penal²²⁵.

De esta forma, quienes defienden la relevancia del motivo para el derecho penal plantean al menos tres supuestos. En primer lugar entienden que algunos delitos exigen la prueba de un motivo específico (*specific motive*), como por ejemplo del delito de hurto que requerirá la intención de desproveer a otro de su propiedad permanentemente²²⁶. En segundo lugar, indican que el motivo es importante al momento de plantear una defensa, es decir, si los motivos por los que el autor incurrió en una determinada conducta están justificados, entonces el imputado será descargado y, finalmente, establecen que el motivo es relevante al momento de establecer la punibilidad, ya que atendiendo a los motivos del autor la pena puede repercutir en la imposición de un mejor castigo o incluso en su mitigación en caso de que el imputado haya actuado impulsado por buenos motivos²²⁷.

De lo anterior se infieren varios aspectos que no necesariamente son satisfactorias a los fines de quedar convencidos sobre la importancia del motivo en el derecho penal. Muy a menudo se suelen confundir los conceptos de intención y motivo, sin embargo, la intención es el propósito o el objetivo consciente del autor de realizar la conducta o de producir el resultado. El motivo, empero, es la razón o razones que llevan al autor a involucrarse en la conducta criminal o a

²²³ Un análisis profundo de este tema se puede encontrar en HUSAK, DOUGLAS. “*Motive and Criminal Liability*”, en *The Philosophy of Criminal Law: selected essays*. Oxford University Press. USA. 2010; COOK, WALTER W. “*Act, intention and motive in the Criminal law*”. *Yale Law Journal*. USA. 1916., pp. 645-663; BINDER, GUYORA. “*The Retic of Motive and Intent*.” *Buffalo Criminal Law Review*. Vol. 6. USA. 2003., pp. 1-96; CHIU, ELAINE M. “*The Challenge of Motive in Criminal Law*.” *Buffalo Criminal Law Review*. Vol 8. USA. 2005., pp. 653-729; ²²⁴ NAIDOO, KAMBAN. “*Reconsidering motive’s irrelevance and secondary role in criminal law*”. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse (TSAR)*. Vol. 2. South Africa. 2017., pp. 345-346;

²²⁵ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” *Op. Cit.*, p. 123

²²⁶ *Ibidem*. Si bien reconoce que el propio estatuto consagra la palabra intención, hace referencia a una intención ulterior como motivo.

²²⁷ Aunque para una mitigación deba de estarse dentro de un Estado que permita la pena discrecional (*sentencing discretion*). *Ibidem*.

causar el resultado. De hecho, algunos autores utilizan el enfoque de *what and why* para establecer la diferencia entre la intención y el motivo. En este sentido, la intención es qué (*what*) estado mental posee el autor al momento de llevar a cabo la conducta y el motivo es el por qué (*why*) el autor llevó a cabo la conducta o cometió el hecho²²⁸.

Ahora bien, muchas veces el motivo irá acompañando a la intención del sujeto al momento de la realización del hecho o aparecerá en un estadio anterior, sin embargo, si ya la prueba de la intención es de extrema dificultad (pues incluso con la confesión del imputado se requerirá de otras pruebas circunstanciales), la prueba del motivo es prácticamente imposible de determinar en el proceso penal, pues el motivo surge en un recóndito lugar de la mente del autor (el subconsciente) por lo que es prácticamente inaccesible, contrario a la intención que puede ser determinada a través del comportamiento del sujeto mediante un juicio de atribución causal.

Así las cosas, la intención será un elemento del delito mientras que el motivo no, por lo que en el primer caso la acusación deberá probar este elemento más allá de toda duda razonable, mientras que el motivo es más bien una circunstancia, es decir, no se requiere su prueba más allá de toda duda razonable, pero, en algunos casos, servirá para hacerlo valer frente al jurado.

Por ejemplo, si de la prueba presentada en el proceso se puede inferir un motivo por los que un imputado realizó un determinado delito, es obvio que puede ser usado por las partes a fines de convencer al jurado, ya para fines de imposición del castigo o para una determinada absolución.

Finalmente, es unánime la aceptación de que el motivo generalmente es utilizado a los fines de imponer la pena, sin embargo, esto no es óbice para indicar que sea un factor relevante para el establecimiento de la responsabilidad penal. Además, para que el mismo pueda ser aceptado deberá contar con una serie de pruebas que lejos de dar por acreditado el motivo terminarán probando o bien la intención del sujeto o bien la ausencia del determinado *mens rea*.

4.3 Malice, Malice Aforethought, willful

Conceptos como los de *malice* y *willful* poseen varios significados en el *common law*, aunque haciendo todos relación a la mente malvada o culpable del sujeto. Si bien estos términos suelen

²²⁸ NAIDOO, KAMBAN. Op. Cit., p. 343

tener un significado más complejo en el contexto del homicidio, en las demás acepciones guardan relación con la intención. En el caso del *malice* se dice que una persona actúa con malicia si de manera intencional o desconsideradamente causa el daño social prohibido por el estatuto²²⁹. Por su parte, la *willful* hace referencia a la actuación de un sujeto con un mal propósito o un motivo malvado. En otras ocasiones la *willful* hará relación a la violación intencional de un deber legal conocido²³⁰.

Algunos delitos de *common law*, como por ejemplo el *arson*²³¹ requieren del elemento mental *malice* cuya indicación hará relación a una voluntad malvada. Sin embargo, en el caso del homicidio el significado del *malice* hace referencia a cuatro tipos de estados mentales, los cuales tendrán en común una indiferencia extrema por la vida de los demás. Se encontrarán situaciones donde el *malice* hará referencia a la intención de causar la muerte o de causar un grave daño de lesión corporal. Por otra parte, el *malice* hará referencia al extremo desprecio o desconsideración extrema por la vida de los demás y, finalmente, a la intención de cometer un delito grave (*Felony*) durante el cual se produzca la muerte, lo que se conoce como la regla del *Felony-Murder*²³². Por otro lado, cuando se hace referencia al *malice aforethought* se está haciendo alusión a un estado mental que denota una maldad premeditada, de antemano. Aunque este concepto (*aforethought*) al parecer ha caído en desuso pues actualmente se tiende a hacer referencia a la premeditación²³³.

Por su parte, la *willful*, en algunas jurisdicciones –dentro de las que se incluye el gobierno federal-, requerirá no sólo la intención de realizar la conducta prohibida sino también el conocimiento actual de que la conducta que se está realizando es contraria a la ley. Sobre este concepto volveremos más adelante.

5. El MPC y los elementos de la culpabilidad

El mayor logro del MPC ha sido la categorización de los elementos de la culpabilidad ya que con ello, el Código eliminó toda necesidad de probar un estado mental maligno o cualquier referencia a la maldad del autor requiriendo, empero, la prueba de que la conciencia del autor

²²⁹ DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 135

²³⁰ Ibid., p. 129.

²³¹ La acción deliberada de incendiar una propiedad.

²³² DRESSLER, JOSHUA. “*Understanding...*” Op. Cit., p. 499

²³³ Ibídem; MILLER, JEREMY M. “*Mens Rea Quagmire...*” Op. Cit., p. 40

al momento de desplegar su conducta criminal. De esta forma se pasa, en el aspecto subjetivo del delito, del establecimiento de diversos tipos de mentes malvada o culpables, al establecimiento de distintos grados de conciencia. Ahora, lo importante no es probar que tan malvado fue el autor con su accionar sino qué tan consciente estaba de que su conducta era criminal. Por eso, el Código elimina cualquier referencia al *mens rea* y sustituye este término por elementos de la culpabilidad.

En general, la intención del MPC con la §2.02 fue, precisamente, contribuir con el avance en la delimitación de los delitos mediante el desarrollo de unos elementos claros que permitieran disipar la confusión y oscuridad con que se había venido tratando el aspecto subjetivo del delito. Así, el MPC viene a limitar el número de los *mens rea* existentes en el derecho penal estadounidense resumiéndolos en cuatro elementos de culpabilidad, los cuales resultan ser mucho más claros que las definiciones tradicionales y complementa aquellos aspectos que resultaban confusos en el *common law*²³⁴.

Estos elementos están definidos como propósito (*purpose-purposely*), conocimiento (*knowledge-knowingly*), desconsideración (*recklessness-recklessly*) y negligencia (*negligence-negligently*)²³⁵. Además, respecto a la definición de los distintos niveles de culpabilidad el MPC realiza una distinción, por un lado, entre el propósito y el conocimiento y, por el otro, entre la desconsideración y la negligencia. Además, una diferencia sustancial entre el MPC y el *common law* respecto a los elementos de la culpabilidad radica en el hecho de que el Código ha definido los tipos de forma que cada elemento de la culpabilidad sea referido a cada elemento objetivo, es decir, que para cada acción o elemento material que contenga la ofensa deberá adicionarse

²³⁴ Sobre esto, SIMMONS, KENNETH W. “*Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions be Amended?*” *Ohio State Journal Of Criminal Law*. Vol. 1. USA. 2003., pp. 181-182; quien pone como ejemplo la aclaración conceptual que realiza sobre la *recklessness* y la *negligence*, el establecimiento de los *element analysis* en lugar de las *offenses analysis* y el reconocimiento que hace que la doctrina del error forma parte del análisis del *mens rea*. Vid. PACKER, HERBERT L. “*The model penal...*” *Op. Cit.*, p. 601, quien reconoce en adición a SIMMONS, el tratamiento que hace el MPC de que los elementos materiales incluyen aspectos que niegan el delito en cuanto al fondo (*defenses*).

²³⁵ Esto no significa, sin embargo, que la totalidad de los Estados que han adoptado los elementos de la culpabilidad del MPC establezcan textualmente esta división, aunque si en cuanto a su contenido. Vid. ROBINSON, PAUL H. /GRALL, JANE A. “*Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond.*” *Stanford Law Review*. Vol. 35. USA. 1983., p. 693, con referencia a la nota 49 en la que se indican la mayoría de los términos que se utilizan los diversos Estados, pero que hacen referencia a la división practicada por el MPC. Así, la mayoría ha adoptado cuatro elementos de la culpabilidad, salvo algunos Estados como Idaho y Kentucky, que realizan una distinción de cinco elementos reconocidos en el primer caso como *wilfully, neglect, corruptly, malice and knowingly*, y en el segundo como *intentionally, knowingly, wantonly* (que se corresponde con la *recklessness*) y *recklessly* para hacer referencia a la *negligence*. Por su parte, Indiana realiza una distinción de tres elementos reconocidos como *intentionally, knowingly* y *recklessly*, y Washington conserva en adición a las definiciones del MPC los términos de *malice* y *willfulness*, en el cual este último se define como satisfaciendo el conocimiento.

un elemento mental, contrario a lo exigido por el *common law (statute law)* de requerir, a lo sumo, un único *mens rea* para cada delito²³⁶.

En definitiva, el MPC realiza un claro enfoque del concepto de *mens rea* mediante la consagración expresa de que una persona no podrá ser condenada por un delito a menos que se pruebe que actuó *purposely, knowingly, recklessly* o *negligently* de conformidad con lo exigido por la ley respecto de cada elemento material del delito²³⁷. Sin embargo, esta definición establece una excepción de aquellos delitos caracterizados como *violations* y que hacen referencia a delitos de responsabilidad absoluta (o estricta) cuya imputación y condena no implican la imposición de penas de prisión o *probation*, sino que se limitan a la imposición de multas. Al parecer el MPC intentó con esto limitar la aplicación de los delitos de responsabilidad estricta en el entendido de que ninguna sanción que conlleve más que una pena de multa debería ser impuesta sin atender a los cuatro niveles jerárquicos de culpabilidad establecidos en el Código²³⁸.

De esta forma procedemos a analizar brevemente cada uno de estos elementos que constituyen en esencia el aspecto que más acogida ha tenido de todo el MPC.

5.1 *Intent or Purpose (Purposely)* - Intención o Propósito

De acuerdo a la división que establece el MPC sobre los elementos de la culpabilidad, el nivel más alto lo constituye el propósito (*purpose*). La sección 2.02 (2) del MPC define el propósito en dos apartados que abarca los diversos elementos objetivos y se utilizarán dependiendo de si el delito sometido a examen hace referencia a una conducta o resultado, por un lado y a una circunstancia concurrente, por el otro. En un primer apartado se establece el propósito respecto

²³⁶ Cfr. MILLER, JEREMY M. "*Mens Rea Quagmire...*" Op. Cit., pp. 25-26, quien critica el hecho de que si bien el MPC ha intentado limitar el exceso de estados mentales existentes en el derecho penal estadounidense, el resultado que ha tenido no ha sido del todo positivo, pues lejos de eliminar la utilización general de los elementos mentales lo que ha hecho es crear una confusión en cuanto a su utilización, ya que por un lado los profesores crean confusión en los estudiantes al momento de estudiar los elementos, los abogados en ejercicio se sienten más cómodos con las definiciones estatutarias y los jueces se han quedado en un término medio, puesto que a menudo los tribunales entremezclan los conceptos y unas veces hacen alusiones a los del *common law* y otras al MPC creando una dicotomía ambos elementos. Así el acercamiento a los grados de conciencia del MPC y a la mente malvada del *common law* se han terminado mezclando, viéndose como en la práctica se suele hacer uso tanto de los elementos del *mens rea* como de los de la culpabilidad del MPC.

²³⁷ MPC §2.02 (1). (1985). "*Minimum requirements of culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.*"

²³⁸ Vid. MPC §2.05. (1985).

de aquellas conductas o resultados, y se entiende que una persona actúa a propósito (*purposely*) respecto a una determinada conducta o un resultado cuando es su objetivo consciente involucrarse en esa conducta o causar dicho resultado. En un segundo apartado se consagra, entonces, el elemento subjetivo del propósito respecto de una circunstancia concurrente, pero únicamente se actuará a propósito (*purposely*) respecto de dicha circunstancia concurrente si el elemento objetivo involucra tal circunstancia y el autor es consciente de la existencia de esta o cree o espera que ella exista.

Esta definición del MPC se aparta un poco del concepto global clásico de intención como lo reconocía el *common law*, y se asemejará, única y exclusivamente, a la primera alternativa de la definición de intención del *common law*, es decir, a aquella que establece que una persona actúa intencionalmente respecto de un resultado cuando tiene el deseo de causar dicho resultado. De esta forma, el MPC separa el elemento del conocimiento del elemento de intención y categoriza cada uno de manera diferente. Ahora bien, esto solo en cuanto a la conducta y al resultado, pues si se observa atentamente la definición que brinda el MPC respecto del propósito con relación a las circunstancias concurrentes se podrá notar que la misma no tiene una diferencia significativa en cuanto a la definición de conocimiento se refiere, toda vez que al exigir la conciencia de la existencia de la circunstancia concurrente o una creencia subjetiva de que ella existe, está prácticamente exigiendo un conocimiento en cuanto a esto, incluso, los primeros borradores del MPC definieron el propósito en cuanto a las circunstancias como conocimiento de la existencia de dichas circunstancias.

5.2 Knowledge (Knowingly)- Conocimiento

En un segundo nivel se encuentra el conocimiento, que se diferenciará del propósito por el hecho de que sólo exigirá la conciencia del hecho y de la práctica certeza de que se producirá el resultado y no así de un deseo sobre la producción de este.

El MPC define el conocimiento estableciendo, al igual que con el propósito, dos tipos de situaciones diferentes; la primera referida a la conducta y a las circunstancias concurrentes y la segunda, referida al resultado. En el primer caso, una persona actuará a sabiendas (*knowingly*) con respecto a un elemento material de un delito, cuando sea consciente de que su conducta es de la naturaleza envuelta en el delito, y sea consciente de la existencia de las circunstancias envueltas.

Asimismo, respecto de las circunstancias concurrentes, si el delito hace referencia a una determinada circunstancia el autor debe conocer estar desenvolviéndose en la misma o que esta existe. Por otra parte, en el segundo de los supuestos, esto es, respecto del resultado, el autor debe estar consciente de que es prácticamente cierto que su conducta va a causar el resultado establecido por el correspondiente delito.

Este requisito de una conciencia prácticamente cierta de la materialización del resultado adquiere sentido cuando partimos de la base de que, debido a las limitaciones de la mente, nos está vedado el conocimiento concreto de los acontecimientos futuros, por lo que resultaría prácticamente imposible pretender establecer un conocimiento 100% exacto sobre el resultado que tendrá lugar o que dará lugar a partir de una determinada conducta. Lo que quiere decir es que se requerirá el conocimiento más próximo posible a la certeza para atribuir este estado mental al autor del hecho.

Así las cosas, la diferencia estricta entre el conocimiento (*knowledge*) y el propósito (*purpose*), estará en que mientras el propósito exige que la causación del resultado sea el objetivo consciente del autor (entendido este como un deseo positivo de materialización), el conocimiento sólo exigirá una conciencia casi exacta de que el resultado se realizará, independientemente de que éste haya sido o no su deseo u objetivo²³⁹.

5.3 *Recklessness (Recklessly)* – Desconsideración

Contrario a como ocurre con el *purpose* y el *knowledge*, el MPC sólo establece una única definición de *recklessness* que abarca los elementos de circunstancia concurrente y resultado, ya que los redactores no establecieron una definición de *recklessness* respecto a la conducta.

Así, el literal c) de la §2.02 del MPC define la *recklessness* indicando que una persona actúa desconsideradamente (*recklessly*) con respecto a un elemento material del delito cuando

²³⁹ Sin embargo, DUBBER entiende que, si bien la distinción entre un elemento y otro adquiere relevancia en términos sustantivos, en la práctica no presentan gran diferencia, ya que al ser la *recklessness* el elemento mental básico para la imposición de la responsabilidad penal y en la mayoría de los delitos que exigen un elemento más grave que el *recklessness* con relación a cualquier elemento material requerirá conocimiento y no así, el propósito. Así, el asesinato generalmente requerirá únicamente la prueba de que el autor conoce que está ocasionando la muerte de otra persona. En sentido contrario, un delito que todavía exige la prueba del propósito es el delito de traición, en el cual se exigirá que la realización del acto sea traición haya sido realizado con el propósito de ayudar al enemigo. Vid. DUBBER, MARKUS D. “*An introduction...*” Op. Cit., p. 55

desaprecia²⁴⁰ conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o será el resultado de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que, considerando la naturaleza y el propósito del autor y las circunstancias conocidas por él, su desaprecio envuelve una desviación obvia e inaceptable del estándar de cuidado que una persona respetuosa de la ley habría observado en la situación del autor.

La estricta diferencia que existe entre la desconsideración y el conocimiento, de esta forma, radica en el distinto grado de riesgo percibido por el autor, es decir, mientras que para que se atribuya conocimiento (*knowledge*) al autor el riesgo percibido por éste, respecto de la materialización del resultado, debe ser de un grado casi cierto o prácticamente cierto, mientras que en la desconsideración (*recklessness*) este riesgo sólo debe ser sustancial²⁴¹. Dicho de otra manera, ambos son estados mentales que requieren de conciencia, lo que ocurre es que en la *recklessness* la conciencia es de riesgo y no de resultado, esto es, una conciencia que se acerca más a un juicio de probabilidad que de certeza, como ocurre en este último caso con el *knowledge*. De ahí que los redactores hayan precisado los factores a ser analizados por los jueces ante este tipo de situaciones como serían la naturaleza y grado del riesgo desatendido, así como la naturaleza y el propósito de la conducta del autor, y las circunstancias conocidas por éste al actuar.

Ahora bien, establecer una diferenciación entre la línea que divide el *knowledge* de la *recklessness* adquiere relevancia toda vez que, es esta división la que va a permitir la separación entre el grado de culpabilidad por delitos más serios de aquellos menos serios²⁴², ya que, se entiende que las condenas realizadas con propósito y conocimiento son voluntarias y en el segundo caso son descuidadas por lo que en las primeras se condena la intencionalidad de la conducta y en las segundas (*recklessness* y *negligence*) se condena únicamente la toma de riesgos.

²⁴⁰ O desatiende, desprecia conscientemente o es indiferente.

²⁴¹ ROBINSON, PAUL H. “*Mens rea...*”. Op. Cit., p.13,

²⁴² Como por ejemplo en el caso del homicidio en el cual la línea que separa el asesinato del homicidio es la misma que separa al conocimiento de la desconsideración ya que el primer caso (asesinato) consiste en causar la muerte con propósito o conocimiento mientras que en el segundo es hacer exactamente lo mismo, pero con un estado mental menor como la desconsideración. Vid. DUBBER, MARKUS D. “*An introduction...*” Op. Cit., p. 57, quien sin embargo entiende la complejidad que envuelve este ejemplo por existir tanto el *voluntary manslaughter* como el *involuntary manslaughter*, en el cual el primero consistirá en el homicidio sin que medie la premeditación o acechanza propia del asesinato pero con intención y el segundo no mediará intención.

5.4 *Negligence (Negligently)* –Negligencia

Con relación a la negligencia, al igual que con la desconsideración, el MPC establece una única definición que abarca a todos los elementos objetivos del delito y establece en el literal d) de la §2.02 del Código que una persona actuará negligentemente (*negligently*) con respecto a un elemento material del delito cuando debe estar consciente de un riesgo sustancial o injustificable de que el elemento material existe o resultará de su conducta.

Asimismo, el riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que el fallo del autor en percibirlo, considerando la naturaleza y el propósito de la conducta del autor y las circunstancias conocidas por el, envuelven una desviación obvia e inaceptable del estándar de cuidado que una persona razonable habría observado en la situación del autor.

A diferencia de la *recklessness*, lo que aquí se va a imputar entonces es el no haber sido consciente o, mejor dicho, no haber advertido un riesgo sustancial e injustificable que debió ser advertido, siempre y cuando dicho riesgo envuelva una desviación obvia del estándar de cuidado que utilizará como baremo la figura del hombre razonable para su medición. Así las cosas, se pensaría en la imprudencia como en una especie de omisión de percepción de un riesgo que debía conocerse.

Esto ha llevado a una parte de la doctrina a criticar la imputación a título de negligencia (*negligence*) en el entendido de que una persona que actúa con conocimiento, con propósito o desconsideradamente (*recklessly*) es consciente de las circunstancias que hace que su conducta sea criminal; sin embargo, una persona que actúa negligentemente no tiene conciencia sobre las circunstancias que hacen que su conducta sea criminal porque no es consciente del riesgo que crea la misma, por lo que dicha conducta no puede ser reprochada ni disuadida²⁴³. Si bien esta discusión no ha terminado en consenso respecto a cuándo sería adecuada la imputación por negligencia, sí se ha reconocido que la misma constituye el nivel más bajo de los grados de culpabilidad.

Sin embargo, esto último puede resultar relativo dependiendo de la división que se realice de los niveles de la culpabilidad, es decir, si se acoge el criterio de estados mentales o elementos

²⁴³ ROBINSON, PAUL H. “*Mens rea...*” Op. Cit., p.15

subjetivos, resultará obvio, entonces, reconocer que el MPC realiza una división cuatripartita de éstos pero, si se reconoce que de lo que se trata es de elementos de la culpabilidad, entonces habría que decantarse por el reconocimiento de que existe un quinto elemento de la culpabilidad que consiste en la responsabilidad estricta (*strict liability*). Sobre esta, si bien es cierto que el MPC ha establecido únicamente aplicable a las denominadas *violations*, no menos cierto es que la realidad práctica del sistema estadounidense y sobre todo de aquellos Estados que han realizado modificaciones a sus códigos penales no acogieron los delitos de *strict liability* como aplicables únicamente a las *violations*, de donde se desprende, entonces, que los legisladores han querido introducir conductas en las cuales no se exijan elementos de la culpabilidad.

Además, si se verifica que el derecho federal no ha modificado su legislación penal para introducir las disposiciones del MPC (aunque si las consulte), deja al descubierto la presencia de un sinnúmero de delitos de responsabilidad estricta cuyas penas de prisión podrían sobrepasar incluso a infracciones en las que se exige como mínimo el conocimiento. Lo cierto es que según lo que reconoce el MPC, si se entiende que de lo que se trata son de elementos de culpabilidad más que de estados mentales, entonces debería reconocerse la existencia de cinco elementos de la culpabilidad, dentro de los cuales el grado más bajo lo consistirían los delitos de responsabilidad estricta.

6. Valoración. ¿Un nuevo y moderno ‘common law’?

Llegados a este punto conviene realizar una serie de observaciones al sistema estadounidense y la división existente entre aquellos denominados *MPC jurisdictions* y los *common law jurisdictions*. Todavía suele hablarse de un nuevo MPC o de un nuevo sistema de derecho penal; sin embargo, no se puede perder de vista que estamos en presencia de un modelo de texto normativo que tiene ya más de cincuenta años. Si bien existen innumerables artículos y publicaciones que intentan explicar las modificaciones y las novedades que trajo consigo el indicado texto legal, no afloran tanto aquellas que se dedican a explicar el tratamiento que han realizado los jueces sobre las disposiciones contenidas en el MPC.

Hemos indicado anteriormente que alrededor de las tres cuartas partes de los Estados Unidos de América han adoptado aspectos o disposiciones del MPC, pero ninguno en su totalidad. Si bien el código nunca tuvo la intención de convertirse en un texto normativo único para todos los EE.UU., se puede reconocer que cumplió con su misión, pues así no sea utilizado en su

totalidad o haya sido adoptado en su mayor parte por las diferentes jurisdicciones, la influencia que ha tenido el mismo sobre todo los EE.UU. es innegable.

Durante estos cincuenta y seis años de existencia del MPC los tribunales se han dedicado a interpretar y matizar las normas establecidas por el texto dando lugar a lo que pudiera denominarse un nuevo *common law*, que estaría compuesta por una fusión entre aspectos del *case law*, de los diversos estatutos y del MPC. Si bien por cuestiones de espacio no podemos involucrarnos en la tarea de profundizar las diferentes interpretaciones que han hecho los tribunales sobre el MPC, procederemos a resaltar los que encontramos más interesantes y que guardan una relación directa con la interpretación de los estados mentales y su exigencia respecto a los elementos objetivos.

Antes de la puesta en escena del MPC existían al menos entre setenta y cinco y ochenta términos diferentes para hacer referencia a los elementos de la culpabilidad²⁴⁴, los cuales fueron reducidos en únicamente cuatro que englobarían y suplirían la totalidad de los diversos términos a los que se venía haciendo referencia para dar por acreditado el *mens rea*.

Sin embargo, la realidad jurídica ha demostrado que los tribunales siguen haciendo uso de diversos conceptos para dar por acreditado el *mens rea*, aún éstos guarden relación con los elementos mentales que propuso el MPC. Términos como *willfully*, *malice*, *intentionally*, *wantonly*, entre otros, no han desaparecido, pero se hace uso de ellos con referencia al contenido que fuera propuesto por el MPC.

Por otra parte, el código intentó eliminar la distinción existente entre *general intent crimes* y *specific intent crimes*, no obstante se puede ver cómo todavía y, sobre todo, cuando se hacen alegaciones de defensas específicas, surge la distinción entre este tipo de delitos, con la salvedad de que ahora, es más pasible encontrar la discusión mediante el análisis de la distinción entre *knowledge* y *recklessness*. A esto debemos sumar que, al menos, la realidad actual demuestra que si bien la distinción resulta importante al menos al momento de analizar las defensas, a raíz del MPC la judicatura pudo ampliar el espectro de la diferenciación entre delitos de intención específica y delitos de intención general, incluyendo en los primeros aquellos delitos que exijan propósito y conocimiento y, en los segundos, aquellos que exijan

²⁴⁴ ROBINSON, PAUL H. / GRALL, JANE A. “*Element Analysis...*” Op. Cit., p. 692, con especial referencia a la nota 48.

desconsideración y negligencia. En ese sentido, si antes se reconocía únicamente como delitos de intención específica aquellos cometidos con *intent*, al día de hoy se reconocen que para este tipo de delitos se aceptará como mínimo el *knowledge*. De esta forma los delitos de intención específica serán aquellos que incluyan propósito y conocimiento, y delitos de intención general los que conlleven *recklessness* y *negligence*.

Además, la continuación de la aplicación de la responsabilidad estricta por algunos estatutos y el derecho federal ha sido un fiel rechazo a la propuesta realizada por el MPC de limitar la utilización de esta estructura para las *violations* o delitos que no conllevan más que penas de multas o civiles. Además, el tratamiento que todavía realizan los jueces de las jurisdicciones que han adoptado el MPC, sobre aspectos de su antiguo derecho penal y de aquellos que conllevan o se relacionan con los valores locales de una determinada jurisdicción, llevan a reconocer que la aplicación realizada por los jueces del MPC en conjunto con su derecho interno ha dado lugar a un nuevo derecho penal estadounidense o un nuevo *common law*.

Ahora bien, este *common law* no estará basado ni relacionado con las leyes inglesas ni con el *common law* inglés. De hecho, no existe hoy en día en los EE.UU., una sola jurisdicción que utilice un *common law* entendido como los ingleses, si bien en cuanto al estudio de los conceptos y elementos de la culpabilidad, si pueden encontrarse rasgos comunes.

Finalmente, de todos los estados mentales los que más diverso tratamiento han recibido, tanto por los académicos como por los jueces son los relacionados con el *knowledge* y la *recklessness*, sobre todo por la utilización de una figura jurídica denominada *willful blindness*. Esta tuvo su aparición en Inglaterra y fue extrapolada a los EE.UU., para tratar casos de ignorancia aparente en los que un imputado al momento de ser sometido a un proceso penal en el cual se debatía un delito que requería representación o conciencia de las circunstancias del hecho, este procedía a presentar una defensa de desconocimiento de los hechos o circunstancia con la finalidad de evadir su responsabilidad penal.

Por ser esto así, estos elementos serán desarrollados con más profundidad en los próximos capítulos al abordar el análisis de esta antigua figura que en las últimas décadas ha adquirido una notable popularidad entre los jueces no sólo dentro del ámbito del sistema del *common law*, sino también de aquellos de corte continental, figura jurídica, además, que constituye el objeto central de la presente investigación.

Capítulo II: LA DOCTRINA DE LA WILLFUL BLINDNESS

Introducción

Como corolario del principio fundamental del sistema de justicia penal estadounidense que reconoce que un imputado es inocente hasta que no sea demostrada su culpabilidad, se desprende que el Estado debe probar, más allá de toda duda razonable, la comisión por parte del imputado del delito del cual se le acusa debiendo para ello establecer de la misma manera, esto es, más allá de toda duda razonable, cada elemento del delito en cuestión.

Esto es, sin embargo, desde el punto de vista procesal que, de hecho, en el derecho estadounidense, se deriva del debido proceso consagrado en la Quinta y Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Empero, desde el punto de vista material o sustantivo, este requisito encuentra su fundamento, además, en el denominado principio de culpabilidad o, vagamente, principio del *mens rea*. Este último elemento, unido al *actus reus*, asegura la responsabilidad penal en caso de que no existan excusas o justificaciones que nieguen mismo, dando lugar a la reprochabilidad de la conducta del autor y a la atribución de responsabilidad penal. Sin embargo, el elemento determinante para la culpabilidad lo constituye el *mens rea*, ya que, por un lado, demuestra si efectivamente la conducta del autor es considerada criminal y, por el otro, sirve como un elemento crucial para determinar el grado de culpabilidad del crimen cometido.

Asimismo, uno de los avances más importantes que ha tenido lugar en la jurisprudencia estadounidense ha sido la evolución del concepto de *mens rea*. Desde mediados del siglo XX la jurisprudencia ha venido exigiendo la prueba de una intención en el sujeto de llevar a cabo la infracción, aun frente aquellos estatutos que han guardado silencio sobre este requisito.

Así, la mayoría de las legislaciones estatales que han codificado la totalidad de los delitos de *common law*, han incluido en sus estatutos la prueba del estado mental, ya que, en su defecto, la jurisprudencia la exigirá. No obstante, si bien es cierto que en el derecho estatal la exigencia de este elemento ha ido adquiriendo relevancia y pudiera considerarse que a día de hoy son pocos los delitos que existen en este ámbito que no exijan una prueba de *mens rea*, se presenta un contraste con el derecho federal y, sobre todo, con la creciente federalización del derecho penal. Pero incluso en estos casos la jurisprudencia ha realizado sus esfuerzos en exigir la

presencia de un estado mental cuando se trata de delitos de *common law*. En ese sentido, el problema se presentará, entonces, en aquellos delitos que no sean de *common law*. Se sabe que tanto las legislaciones estatales como el Congreso han creado delitos que no encuentran su fundamento en el *common law*, lo que ha dado lugar, en muchas ocasiones, a prescindir de un estado mental específico en la definición de los delitos. Esto ha tenido una serie de repercusiones en los EE.UU., como lo es el problema existente del efecto de la sobre-criminalización de conductas y de la expansión de los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability*).

Sin embargo, en cuanto al *mens rea* se refiere, es posible observar en aquellas jurisdicciones que han adoptado las disposiciones del MPC una utilización de los cuatro elementos que componen la culpabilidad –aun con el acceso a términos diferentes pero de igual contenido. Pero esto no ha ocurrido a nivel federal. En estos casos es más probable que se observe una fusión de conceptos, por lo que muchas veces se encontrarán elementos propios del *common law*, pero en otras ocasiones (sobre todo ya en los Tribunales de Circuito (Apelación)] se observará la utilización de conceptos o términos propios del MPC para dar fundamento a la categorización de los elementos mentales.

En ese sentido, a nivel estatal se hace uso de los cuatro elementos claves de la culpabilidad como son *intent or purpose, knowledge, recklessness y negligence.*, y de un quinto elemento que sería la *strict liability*. Por su parte, a nivel federal y, en aquellas jurisdicciones que no han adoptado las disposiciones del MPC, los tribunales continúan en gran medida con el reconocimiento de la división en delitos de intención específica y delitos de intención general, y muchas veces al requerir el *scienter*²⁴⁵, se exige como mínimo la presencia del *knowledge*, por lo que este concepto adquiere una especial trascendencia dentro de los estados mentales del derecho penal estadounidense, sobre todo en el ámbito federal.

Ahora bien, cuando la prueba del *knowledge* sea un requisito de un determinado delito, la acusación deberá probar, más allá de toda duda razonable, que el autor obró con conocimiento o conciencia de la existencia de los hechos que conforman la conducta delictiva.

²⁴⁵ *Supra* nota 223.

El término a sabiendas (*knowingly*), hace referencia al estado de ánimo del acusado y viene a significar la posesión real o constructiva de la información relativa a determinados hechos. Empero, se ha establecido a nivel general que la acusación no tiene la obligación de probar el *knowledge* mediante prueba directa, valiendo para ello la prueba circunstancial, ya que en la mayoría de los casos, la prueba directa del conocimiento de un imputado es prácticamente inexistente. De esta forma, dado que el conocimiento es un estado mental, a falta de una admisión por parte del imputado de dicho estado mental, el mismo debe ser probado mediante un juicio de inferencia que partirá de las circunstancias concretas del caso y que, básicamente, dependerá de la prueba derivada o circunstancial de los hechos relevantes en la causa.

Esto nos lleva entonces al desarrollo particular de un concepto legal que dio nacimiento a una figura jurídica que ha sido bastante utilizada en el sistema del *common law* como un medio para inferir el conocimiento de una persona, sobre todo en aquellos casos donde existen dudas sobre la honestidad de ésta en cuanto al planteamiento de su defensa de que, específicamente, no sabía que estuviera realizando un determinado delito o se encontraba envuelta en una actividad criminal. Esta figura jurídica ha sido denominada *willful blindness* y, a la fecha, es un concepto arraigado tanto en el derecho penal como en el derecho civil de aquellos países que siguen la tradición jurídica del *common law*. El presente capítulo nos introducirá a la discusión del concepto de *willful blindness* y su tratamiento en el *criminal law*.

Sección I: La doctrina de la *willful blindness* en el sistema del *common law*

1. Aspectos generales

Según la doctrina de la *willful blindness*, una persona puede considerarse que tiene conocimiento (*knowledge*) si sus sospechas se despiertan respecto a determinados hechos, pero luego, deliberadamente, evita realizar consultas debido a que desea permanecer en su situación de ignorancia. Esta doctrina equipara aquellas situaciones de desconocimiento provocado respecto de los elementos que conforman un determinado delito y atribuye el conocimiento al imputado sobre la referida infracción.

En el sistema del *common law*, la doctrina de la *willful blindness* se conoce indistintamente bajo los términos de *conscious avoidance* (evitación consciente), *contrived ignorance* (ignorancia artificial), *willful ignorance* (ignorancia voluntaria), *deliberate ignorance* (ignorancia

deliberada), *purposeful avoidance* (evasión intencional), *deliberate shutting of the eyes* (cerrar los ojos deliberadamente), *conscious purpose to avoid the truth* (propósito consciente de evadir la verdad), *connivance* (connivencia), *avoidance of any endeavor to know* (evitación de cualquier esfuerzo por saber), *deliberately avoiding knowing* (evitando el conocimiento deliberadamente), *deliberately choosing not to learn* (elegir deliberadamente no aprender), *deliberately omitting to make further inquiries* (omisión deliberada de hacer más consultas), *knowledge of second degree* (conocimiento de segundo grado).

En esencia, la doctrina de la *willful blindness* ha sido un desarrollo totalmente jurisprudencial y ha estado vinculada de manera directa a la cuestión de los estados mentales exigidos por un determinado estatuto y, de manera específica, cuando el delito objeto de análisis requiere o exige el conocimiento actual (*actual knowledge*) como componente del *mens rea*. Es sabido que existe un requisito particular generalizado de que el conocimiento actual del acusado debe ser probado más allá de toda duda razonable, si bien, al tratarse de un estado mental al igual que la intención, no se exija –por su imposibilidad material- prueba directa del mismo, sino una inferencia que partirá a raíz de los hechos probados del caso en cuestión.

Ante esta premisa, WILLIAMS²⁴⁶ reconoce que existe una excepción estrictamente limitada que consiste en aquellos casos en que una parte despierta sus sospechas pero omite deliberadamente realizar una investigación sobre ello, porque desea permanecer en la ignorancia, se considera que tiene conocimiento. Esto lo lleva a concluir que la doctrina de la *willful blindness* entra en escena cuando existe una sospecha por parte del sujeto y este deliberadamente omite adquirir el conocimiento.

El típico ejemplo que se utiliza para representar de forma simple esta doctrina es el de aquel sujeto a quien se le paga una determinada cantidad de dinero para que transporte una maleta de un lugar a otro y, quien sospechando que el contenido de la maleta puede ser una sustancia ilegal, decide no investigar ni abrir la misma para poder contar con el desconocimiento de la situación en caso de ser capturado.

²⁴⁶ WILLIAMS, GLANVILLE. “*Criminal Law: The General Part.*” 2d. Edition. Stevens & Sons. London. 1961. p. 157.

La pregunta que surge ante este tipo de situaciones, en las cuales los estatutos exigen un conocimiento actual sobre el hecho, es si la *willful blindness* actúa como un sustituto del conocimiento o como un estado mental menor que el conocimiento pero equiparable a aquel, o sencillamente como un recurso que permite inferir el conocimiento, es decir, como una prueba circunstancial. Dar respuesta a esta interrogante nos llevará, por un lado, a analizar el concepto de conocimiento (*knowledge*) y los distintos grados que éste envuelve y, por el otro, a dar un repaso sobre el distinto tratamiento del que ha sido objeto la figura jurídica de la *willful blindness*. Esto nos permitirá determinar realmente en qué consiste esta figura y cuál es su efectiva utilización.

Por ello, y debido a que esta figura se origina en el derecho inglés, se hace útil entonces dar una mirada al uso y aceptación de la *willful blindness* en este sistema para ver si podemos obtener una visión más amplia sobre la lógica subyacente a esta figura jurídica. Esto nos conduce por obligación a iniciar el desarrollo a partir de la segunda premisa anteriormente establecida, debiendo dejar de lado, mientras tanto, el aspecto de la complejidad que envuelve un análisis sobre la estructura del conocimiento.

2. Aparición de la doctrina. Inglaterra siglo XIX

Todo parece indicar que la gestación de la *willful blindness* inició en Inglaterra en las primeras décadas del siglo XIX, en algunos casos de falsificaciones, en donde se planteaba la cuestión de si una parte que omitía realizar investigaciones habiéndose levantado sospechas se podría considerar que tenía conocimiento²⁴⁷.

Sin embargo, los datos concretos demuestran que la primera vez que la doctrina tuvo aprobación judicial, en el sentido de obtener un reconocimiento de que un estado mental menor que el conocimiento actual pudiera satisfacer el *mens rea*, fue en el proceso denominado *Regina v. Sleep*²⁴⁸, en el cual se acusaba a un ferretero de apellido *Sleep* de malversación de bienes del

²⁴⁷ WILLIAMS, GLANVILLE. “*Criminal law...*” Op. Cit. p. 157, en referencia a las notas al pie cita al menos cinco decisiones en las que se planteó la cuestión en procesos de falsificación, a saber: *R. v. Giles* (1927), 168 E.R. 1227; *R. v. Forbes* (1835), 173 E.R. 93; *R. v. Parish* (1837) 173 E.R. 413; *R. v. Beard* (1837), 173 E.R. 434; *R. v. Clifford* (1845) 175, E.R. 84. Incluso hace alusión a un proceso en el que se imputada a un individuo obtener falsas pretensiones (una especie de Estafa), *R. v. Butcher* (1858), 169 E.R. 1145; Vid. WILSON C., LARRY. “*The Doctrine of Willful Blindness.*” University of New Brunswick Law Journal. Vol. 28. Canada. 1979. p. 177.

²⁴⁸ *Passim*. EDWARDS, J. LL. J. “*The Criminal Degrees of Knowledge.*” The Modern Law Review. Vol. 17. No. 4. U.K. 1954. p. 298. De hecho, según reconoce el autor, en dos casos anteriores (*R. v. Wilmet*, 1848); (*R. v. Cohen*, 1858) se había exigido todavía un conocimiento concreto.

Estado por poseer provisiones navales marcadas con la flecha ancha (*broad arrow*²⁴⁹) en violación a la Ley de Malversación de Almacenes Públicos de 1697²⁵⁰, un delito que requería que el acusado tuviera conocimiento de que los bienes eran propiedad del gobierno.

El jurado que lo juzgó en primera instancia lo condenó por un delito de malversación; sin embargo, en la apelación realizada por el señor *Sleep*, el Juez *Willes* revocó la decisión estatuyendo que el jurado no encontró que el hombre supiera que las provisiones estaban marcadas como propiedad del gobierno o que voluntariamente se hubiese abstenido de adquirir ese conocimiento. Así, se deducía de la opinión realizada por el Magistrado que si hubiese existido suficiente evidencia de que el señor *Sleep* había cerrado sus ojos de manera voluntaria al hecho de que el artículo era contrabandado hubiera podido ser declarado culpable del delito de malversación.

Es aquí por primera vez que parece exigirse como elemento suficiente para satisfacer el *mens rea* un estado mental menor que el conocimiento, llegándose incluso a interpretar que la abstención deliberada de conocer, con la evidencia suficiente, pudiera haber sido equiparada al conocimiento, confirmándose de esta manera la condena sin necesidad de exigir un conocimiento real.

No fue sino hasta catorce años después que vendría a repetirse lo establecido por el Juez *Willes* en la decisión de *Regina v. Sleep*, cuando en el año 1875, con ocasión del conocimiento del proceso denominado *Bosley v. Davies*²⁵¹. El proceso dató de la acusación realizada a un hotelero por violar las disposiciones contenidas en la §17 de la Ley de Licencias (*Licensing Act*) de 1872²⁵², al permitir juegos ilegales en su local de hostelería²⁵³. En la defensa del licenciataria

²⁴⁹ Consistía en un diseño de una flecha ancha como dispositivo heráldico que comprendía una espiga con dos cuchillas convergentes o púas, es decir, una flecha mirando hacia abajo que se utilizaba para marcar las naves mercantes, utensilios de infantería, cajas militares y demás bienes propiedad del gobierno.

²⁵⁰ Modificada por la Ley de Almacenes Públicos de 1875.

²⁵¹ Law Reports 1 Queens Bench 84 (1875), extraída de EDWARDS, J. LL. J. Op. Cit. p. 299; Vid. MOAK, NATHANIEL C. "Reports of cases decided by the English Courts: with notes and references to kindred cases and authorities." Vol. XV. William Gould & Son. USA. 1877. pp. 199-202, donde se puede encontrar el texto íntegro de la decisión.

²⁵² Re promulgado en la Ley de Licencias de 1953, vid. *Ibidem*.

²⁵³ Según los hechos probados un agente de policía se encontraba por las inmediaciones de la localidad y pudo observar a través de la ventana a tres hombres y por lo que decían pudo deducir que estaban jugando cartas. Decidió esperar algunos quince minutos hasta que una de las meseras abrió la puerta y pudo subir por las escaleras al segundo piso donde estaba el cuarto privado y encontró a seis personas sentadas alrededor de una mesa con dinero arriba. La directora del lugar alegó no conocer que se estaba llevando a cabo un juego de cartas y que éstas no habían sido entregadas por ella, información que fue corroborada por los jugadores quienes, en adición, no sólo informaron que no recibieron las barajas de parte de ella sino que ella tampoco sabía lo que estaba ocurriendo.

(hotelero) se alegó que, para apoyar una condena bajo la §17 de la referida ley, se requería demostrar el conocimiento actual del imputado. La Corte estatuyó que el conocimiento actual en el sentido de ver o escuchar por parte del imputado que se lleva a cabo la actividad ilegal en sus dependencias no es necesario, pero que debe existir al menos una circunstancia de la cual se pueda inferir que él o sus dependientes se habían confabulado o actuado en connivencia con lo que estaba ocurriendo²⁵⁴.

La importancia de esta decisión no radica únicamente en que la Corte se atribuyó la misma línea utilizada por el Juez *Willes* en el sentido de que un grado menor que el conocimiento podía satisfacer el *mens rea* requerido por el estatuto, sino que, además se vislumbra en ella la aplicación del principio rector de la doctrina de la responsabilidad vicarial en la cual se atribuye la responsabilidad al empleador por delitos cometidos por los empleados, aunque únicamente cuando el empleador ha delegado en su empleado el control y la responsabilidad del local a su empleado²⁵⁵.

La mayor parte de las decisiones inglesas donde aparece por primera vez la *willful blindness* eran casos donde los propietarios de locales de hostelería o sus empleados toleraban o permitían que en sus dependencias se realizaran juegos ilegales, alegando después que no tenían conocimiento de que dichas actividades se estaban llevando a cabo²⁵⁶. Sin embargo, en aquellas decisiones no se hacía alusión al término *willful blindness* directamente sino que se presentaba bajo el término de “connivencia”, que viene a ser una modalidad del conocimiento o conocimiento de segundo grado (*knowledge of second degree*) que se utiliza alternativamente con el concepto de conocimiento en el derecho penal inglés.

²⁵⁴ Vid., respuesta por unanimidad de los Jueces Cockburn C.J., Mellor and Quain JJ., en MOAK, NATHANIEL C. Op. Cit., p. 202 (88).

²⁵⁵ EDWARDS, J. LL. J., Op. Cit., p. 299, donde hace mención del proceso *Redgate v. Haynes* (1876) *Law Reports 1 Queens Bench* 89, en el cual ocurrió un supuesto de hecho similar al de *Bosley v. Davies* bajo circunstancias similares, y donde se estableció, además, que no era necesario demostrar el conocimiento actual ya que si se demuestra la connivencia del individuo encargado del establecimiento donde se está llevando a cabo la actividad ilegal, es más que suficiente para establecer la responsabilidad penal.

²⁵⁶ *Ibidem*. p. 300, en referencia a las sentencias *Somesert v. Heart*. Q.B.D. 360 (1884), en la que la corte estatuyó que cuando no puede ser probado el conocimiento debe haber algo que probar como que existía al menos connivencia del propietario de que debía haber conocido pero que deliberadamente se abstuvo de conocer. Sin embargo, en este caso descargaban al licenciatario, pues no se había probado connivencia de su parte. Vid. CHARLOW, ROBIN. “*Willful Ignorance and Criminal Culpability*”. *Texas Law Review*. Vol. 70. No. 6. USA. p. 1362.

Este tema del conocimiento presenta una característica particular en el derecho inglés, ya que dentro de este concepto tienen cabida tanto el denominado conocimiento actual (*actual knowledge*) como el llamado conocimiento imputado (*imputed knowledge*), es decir, el conocimiento que se le atribuye al acusado, al menos en los casos de licenciarios, cuando el titular de una licencia permite o no impide que dentro de sus dependencias se practiquen juegos ilegales. De esta forma, cuando un estatuto exige que un determinado delito haya sido cometido a sabiendas (*knowingly*) los jueces han asumido, atribuyéndose funciones legislativas, que al menos en los casos de licenciarios se aplicará el conocimiento en aquellos casos en los que el imputado haya actuado con total desconocimiento o haya sido negligente en saber²⁵⁷, proveyendo, de esta forma, que el conocimiento lo ha tenido un delegado o empleado de aquel.

Esto trae como resultado que el titular de la licencia pueda ser declarado culpable de haber realizado algo con conocimiento, aun cuando no supiera o hubiera sido negligente en sus investigaciones. Esta posibilidad -de que alguien pueda ser condenado por haber tenido conocimiento producto de su negligencia en saber- se asemeja al denominado conocimiento constructivo (*constructive knowledge*) propio del derecho civil de los contratos, el cual, en principio, no tiene cabida o aplicación en el derecho penal²⁵⁸.

Ya para finales del siglo XIX el concepto de connivencia o *willful blindness* formaba parte de un concepto arraigado en el pensamiento de los jueces. Tal es el caso de *Elliot v. Osborne*²⁵⁹, en el cual el recurrente había sido acusado de maltratar y torturar cruelmente a un buey, al no soltar la soga que lo había atado durante su paso por el Atlántico. La condena le fue anulada porque no hubo pruebas de que éste supiera o que voluntariamente se hubiera abstenido de conocer la condición del buey o hubiese cerrado sus ojos al hecho, en cuyo caso, hubiera sido suficiente evidencia de que conocía de la condición del animal.

²⁵⁷ Vid. WILLIAMS, GLANVILLE. “*Criminal law...*” Op. Cit., p. 157, quien reconoce, además, que estos casos son la excepción y que la regla continúa siendo el principio general de que si un imputado no tuvo conocimiento no puede ser condenado, independientemente de lo imprudente que haya podido haber sido en la obtención del mismo, por lo que el error de hecho (*mistake of fact*) sigue siendo una defensa.

²⁵⁸ Al menos en principio, ya que el Juez Devlin en el caso *Roper v. Taylor's Ltd* (1951) 2. T. L. R. 284, at. 289 (*King's Bench*) estableció claramente que “*el caso de simplemente ser descuidado en la realización de indagaciones no es conocimiento en absoluto; entra dentro de la concepción legal del conocimiento constructivo, una concepción que, en términos generales, no tiene cabida en la ley penal*”. Sin embargo, esta no parece haber sido la línea general utilizada por los jueces en los casos de licenciarios que permitían juegos en sus dependencia, ya que, según se desprende de las conclusiones por unanimidad otorgadas en la propia decisión de *Bosley v. Davis*, el conocimiento constructivo sería suficiente para atribuir conocimiento actual al licenciario por haber permitido la realización de juegos dentro de su dependencia.

²⁵⁹ Vid. *Elliot v. Osborne* (1891) 65, L.T. 378, extraída de EDWARDS, J.L.L. J. Op. Cit., p. 301.

Aunque se hace alusión a una equiparación entre el desconocimiento voluntariamente provocado y el conocimiento (*knowledge*), no se puede desprender de las anteriores decisiones cuáles eran los elementos exigidos por los tribunales para llegar a sus conclusiones. Lo que sí está claro es que ya empezaba a vislumbrarse que la abstención de conocer debía ser realizada de manera voluntaria, no valiendo ya una abstención imprudente, y que, al menos, se requería de una sospecha sobre el hecho, conducta o circunstancia, si bien no se constata ni se indica el nivel de sospecha sobre las circunstancias del hecho para que pudiera concretarse dicha abstención y se diera lugar a la equiparación.

A día de hoy, la doctrina de la *willful blindness* se ha afianzado en el derecho inglés²⁶⁰ de tal forma que la connivencia²⁶¹ –como se le conoce- y el conocimiento actual son considerados igualmente culpables, si bien la terminología utilizada para hacer referencia a este tipo de supuestos ha sido de la más diversa, viéndose frases como “cierre voluntario de los ojos” (*wilful shutting of the eyes*), “ceguera voluntaria” (*wilfull blindness*), “abstención deliberada de averiguar” (*purposely abstaining from ascertaining*), y “abstención voluntaria de conocer” (*wilfully abstaining from knowing*).

3. La *willful blindness* en la doctrina de los EE.UU.

²⁶⁰ Aunque esto no implica que la misma no haya sido duramente criticada por parte de la doctrina y de algunos jueces, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, como veremos más adelante al tratar estos aspectos de manera conjunta con el derecho estadounidense.

²⁶¹ También se le denomina conocimiento Nelsoniano (*Nelsonian Knowledge- Turn a Nelson's eye*) en referencia al almirante de la marina Real Británica Horacio Nelson, quien quedó ciego de un ojo a causa de un disparo recibido en la cara. El término apuesta por la tradición inglesa y hace referencia al ataque dirigido en 1801 en Copenhague contra una flota de naves holandesas y noruegas. Durante la batalla, el oficial superior de Nelson, Almirante Hyder Parker, le ordenó la retirada, la cual le fue informada por sus hombres al percatarse de la misma. En este momento Nelson sacó su telescopio y mirando a través de él por su ojo ciego indicó que no veía la señal, que tenía un solo ojo y derecho a ser ciego algunas veces, ordenando de esta forma a sus hombres desacatar la orden superior y seguir luchando, saliendo victoriosos de la batalla luego de unas horas más tarde de intensa lucha. Su superior fue destituido y a Nelson le fue otorgado el título de Almirante. En definitiva, el término hace referencia a cegar un ojo frente a un hecho, ya que al cegar los ojos frente a un problema se pretende ignorar el mismo negando su existencia. Lo que denota este término es lo arraigada que se encuentra la jurisprudencia a las costumbres y tradiciones inglesas, ya que a diferencia de los conceptos estadounidenses de contrived ignorance o *willful blindness*, uno no comprendería el significado del término *Nelsonian Knowledge* al menos que sepa y conozca quien es Nelson. Vid. BRADLEY, CAROLINE . “*Blind-eye Knowledge?*”. 2005. Disponible en web: http://www.theconglomerate.org/2005/06/blindeye_knowle.html (última consulta 3 de marzo 2018); Conoce tu inglés, significado y origen del término *turn a nelson's eye*, Disponible en web: <http://www.thehindu.com/books/know-your-english/know-your-english-meaning-and-origin-of-turn-a-nelsons-eye/article2586505.ece>; (última consulta 3 de marzo de 2018); LARAQUE, WILLIAM. “*Knowledge, Nelson and Blindness*”. 2015. Disponible en web: <https://www.linkedin.com/pulse/knowledge-nelson-blindness-william-laraque> (última consulta 3 de marzo 2018).

A pesar de la amplia aceptación que tuvo la doctrina de la *willful blindness* en los tribunales ingleses, su recepción en los EE.UU. fue bastante modesta. Se desconoce exactamente la forma en la que arriba al derecho estadounidense pero todo parece indicar que fue adoptada de los ingleses, quienes ya la habían empezado a utilizar cuatro décadas antes. Se tiene como una de las primeras referencias a la doctrina en el derecho norteamericano la decisión emanada por el tribunal de juicio, en el proceso federal denominado *United States v. Houghton*²⁶², en el cual el tribunal de instancia rechazó el “gran malentendido” de que una persona pueda cerrar sus ojos cuando le plazca frente a todas las fuentes de información y luego excusarse en su ignorancia alegando no haber visto nada²⁶³.

Cinco años después un tribunal estatal haría referencia –sin mencionarla expresamente- a la doctrina de la *willful blindness* durante el conocimiento del proceso *People v. Brown* del año 1887²⁶⁴. En este proceso los imputados habían sido acusados de procurar evidencias falsas. El juez del tribunal ofreció al jurado una instrucción con respecto al conocimiento (*knowledge*) en la que explicó lo siguiente:

*“Al parecer existe una idea generalizada de que a nadie le es exigible más conocimiento del que se elige tener, que le está permitido cerrar los ojos a todas las fuentes de información y luego excusar su ignorancia alegando que no se vio nada. Si existen los medios para determinar el verdadero estado de los hechos mediante el ejercicio de una diligencia ordinaria, existe una obligación de hacerlo”*²⁶⁵.

Sin embargo, esta decisión fue revocada por el Tribunal Supremo de California porque en la instrucción se indicó que la mera imprudencia o descuido sin mala fe no era suficiente para fundamentar una condena, reservándose la cuestión de la *willful blindness* (o *deliberate ignorance*) y estatuyendo, sin embargo, que si surgiera algún caso en el que el imputado se abstuvo de conocer para no saber lo que debía, el conocimiento debía ser inferido.

No es sino hasta doce años después, en el conocimiento de *Spurr v. United States*²⁶⁶ que la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. (en lo adelante SCJ) aprueba el uso de un concepto

²⁶² (1882) 14 F. 544, 547 (DC NJ).

²⁶³ *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. (2011), con especial referencia a la nota 6.

²⁶⁴ (1887) 74 Cal. 306, 16., p. 13.

²⁶⁵ ROBBINS, IRA P. “*The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea.*” *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 81. No. 2. USA. 1990. p. 197.

²⁶⁶ Vid. MARCUS, JONATHAN L. “*Model Penal Code 2.02(7) and Willful Blindness*”. *Yale Law Journal*. USA. 1993., p. 2234; ROBBINS, IRA P. Op. cit. p. 198.

similar al de la *willful blindness*, aunque nunca refiriéndose al mismo como tal. *Spurr* había sido imputado por certificar cheques emitidos por un cliente girado contra una cuenta bancaria que no tenía fondos, un delito que según la legislación vigente requería la actuación intencionada de quien lo hacía.

La SCJ encontró que podía presumirse la mala fe si el oficial intencionalmente se mantenía en una situación de ignorancia acerca de si el girador tenía dinero en sus cuentas bancarias o no, así también como hizo notar al jurado que éste podía condenar si encontraba que el imputado había cerrado los ojos al hecho e intencionadamente se había abstenido de investigar o indagar con la finalidad de evadir el conocimiento. Contrariamente, esta decisión fue revocada por la SCJ porque entendió que el jurado había sido mal instruido al no explicársele que en este tipo de delito el agente infractor debía haber actuado intencionadamente.

A partir de esta decisión la doctrina tiene un distinto comportamiento ante los tribunales federales y estatales. De hecho, a nivel federal la doctrina de la *willful blindness* permaneció prácticamente dormida hasta el año 1930²⁶⁷ y sólo se conoce de la existencia de un caso en el que se hace referencia a ella, pero fue un proceso decidido sobre bases muy distintas a la *willful blindness*, lo que impide verificar una actitud judicial legítima sobre su efectivo tratamiento²⁶⁸. Sin embargo, a nivel estatal la doctrina tuvo un comportamiento más activo, ya que desde la decisión de *Spurr* se puede verificar su utilización como una alternativa para tratar aquellos

²⁶⁷ Vid. *Rachmil v. United States*, 43 F. 2d 878 (9th Cir. 1930) y *United States v. Yasser*, 114 F. 2d 558 (3rd Cir. 1940), en los cuales se condenó a los imputados por la violación a la Ley de bancarrota por haber ocultado bienes luego del inicio de un proceso de quiebra involuntaria, y en cuyos procesos los distintos tribunales de circuito sugirieron que la *willful blindness* era suficiente para establecer el conocimiento, aunque terminaron no encontrando suficiente evidencia que infiriera que los imputados habían evitado el aprendizaje de los hechos de manera deliberada. Cfr. COMMENTS. “*Willful blindness as a substitute for Criminal Knowledge.*” Iowa Law Review. Vol 63. USA. 1977. p. 470

²⁶⁸ Vid. *United States v. Erie R.R.* 222 F. 444 (D.N.J. 1915) en el cual un agente de ferrocarril fue procesado por permitir el envío de un embarque interestatal de mercancías a la tasa de importación en lugar de la tarifa nacional legal. El estatuto vulnerado exigía la prueba del conocimiento de estarse otorgando una concesión ilegal. El tribunal consideró que la cuestión a determinar era si el imputado tenía conocimiento de los hechos que hubieran hecho ilegal la tasa de importación, en virtud de los aranceles publicados. Después de un largo dictamen sobre la probable validez de una condena por *willful blindness*, sostuvo que no había pruebas o hechos suficientes ni para mostrar *willful blindness* ni *actual knowledge*. Así las cosas, el tribunal no resolvió la cuestión de si la condena habría sido adecuada si se hubiera demostrado la *willful blindness*, por lo que no se puede evidenciar un tratamiento dado a dicha doctrina. Cfr. ROBINS, IRA P. Op. Cit. p. 198 quien cita otro proceso en el que se hace referencia a un esquema parecido a la *willful blindness*; a saber, *In re Gurtvitz* 276 F. 931 (D. Mass 1921), en el cual el hecho de que el imputado no hubiera hecho un balance de sus activos y hubiera rechazado enfrentar los hechos, fue suficiente para establecer el requisito de intención en un procedimiento de quiebra fraudulenta. Sin embargo, el tribunal en ninguna parte hace mención de la doctrina de la *willful blindness* sino que utiliza la frase “rechazo a enfrentar los hechos” y si luego termina estableciendo que se cumplía con el requisito de intención lo hace sobre otros parámetros.

supuestos en los que un sujeto evita conscientemente el aprendizaje de los hechos determinantes en delitos donde el estatuto exige un conocimiento actual²⁶⁹.

Lo cierto es que si bien se reconoce la utilización de la *willful blindness* por parte de los tribunales de las distintas jurisdicciones, su mayor tratamiento y desarrollo ha tenido lugar a nivel federal, en el cual luego de su reaparición en la década del 30 del siglo XX, volvió a permanecer dormida hasta la década de los 60, coincidiendo su reaparición, esta vez, con el incremento de los procesos por narcotráfico y abuso de drogas²⁷⁰.

De esta forma, el auge de la *willful blindness* ocurre en la década de los 70 como resultado de las persecuciones penales por delitos de narcotráfico y de la promulgación de la “*Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*”²⁷¹, legislación que prohíbe la importación “a sabiendas” de sustancias controladas y la posesión “a sabiendas” de dichas sustancias con la intención de distribuirlas.

En ese sentido, la *willful blindness* vendría a ser equiparada con el conocimiento como respuesta a las innumerables defensas de los narcotraficantes que –conscientes de que esta ley exige que el tráfico de las sustancias haya sido realizado con conocimiento actual- alegaban el desconocimiento de las sustancias transportadas para tratar de evadir su responsabilidad penal.

Además, la teoría de la *willful blindness* demostró ser adecuada para aliviar la carga procesal de probar el elemento del conocimiento en aquellos supuestos de importación, tenencia y tráfico drogas, ya que al usar la doctrina, la fiscalía podría argumentar persuasivamente que si bien no existía el conocimiento actual, al acusado debería serle atribuido tal conocimiento porque su alegado desconocimiento se debió, única y exclusivamente, a la evitación deliberada de realizar

²⁶⁹ Vid. ROBINS, IRA P. Op. Cit. p. 199 con referencia a la nota 48 donde se hace alusión a los casos *State v. Drew* (1910); *State v. Rupp* (1915); *Rand v. Commonwealth* (1917); *People v. Sugarman* (1926); *People v. Burgess* (1927); *State v. Lintner* (1935), los cuales tiene la características de ser procesos en los que se procesaban a los imputados de obtener dinero bajo falsas pretensiones.

²⁷⁰ COMMENTS. “*Willful blindness...*” Op. Cit. p. 471, con especial referencia a su nota 40 en la cual se destaca el aumento que tuvieron los arrestos por delitos de drogas, los cuales pasaron de una cifra de 31,752 en los años 60, a la cantidad de 134,006 para el año 1968, y para el año 1969 habían ascendido a la cantidad de 230,000 arrestos.

²⁷¹ §401. [21 U.S.C. 841] (a) Except as authorized by this title, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally— (1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or (2) to create, distribute, or dispense, or possess with intent to distribute or dispense, a counterfeit substance. §1002. [21 U.S.C. 952] (a) It shall be unlawful to import into the customs territory of the United States from any place outside thereof (but within the United States), or to import into the United States from any place outside thereof, any controlled substance. Esta última sección también exige el conocimiento de que la sustancia es controlada.

una investigación razonable, lo que constituía una posición mucho más fácil de demostrar mediante el uso de la evidencia circunstancial²⁷².

3.1 *United States v. Jewell* como *leading case* de la doctrina de la *willful blindness*

Cuando se habla de un *leading case* (caso líder), se suele hacer referencia a un proceso judicial que por su naturaleza e importancia ha exigido una atención más que usual por parte de los jueces, y por esta circunstancia se considera con frecuencia que ha establecido o determinado la ley sobre todos o alguno de los puntos involucrados en tales casos, marcando así el inicio de una tendencia en el tratamiento de procesos similares donde se involucren las mismas cuestiones de derecho analizadas en el caso. Es decir, es una importante decisión judicial que es frecuentemente mencionada como habiendo asentado o determinado el derecho, y que comprende las situaciones envueltas en esa problemática y que se utiliza como guía para las subsecuentes decisiones que se toman²⁷³.

*United States v. Jewell*²⁷⁴ ha sido considerada como la decisión judicial que sirvió de base al arraigo de la doctrina de la *willful blindness* en los tribunales estadounidenses, debido a que trató un doble aspecto, cuya repercusión influyó en posteriores decisiones. Por un lado, aclaró la opinión establecida en *United States v. Davies*²⁷⁵ referente a la posesión de sustancias controladas prohibidas por el artículo 21 U.S.C §841(a)(1) como un delito de intención general.

En ese aspecto, la Corte indicó que no debería entenderse el estado mental requerido para la condena bajo el referido artículo en el sentido de que lo único que debería probarse es que el acusado tenía la intención de realizar el estatuto prohibido, sino que, de la única forma en que podría violarse el citado estatuto es si la posesión está acompañada del conocimiento de la naturaleza del acto y, además, de la intención de distribuir, fabricar o dispensar la sustancia.

Sin embargo, una vez aclarado esto la Corte confirmó de manera unánime lo sostenido en Davis en el sentido de que al gobierno o a la acusación no le era exigido probar que el imputado tuviera un conocimiento actual de la naturaleza exacta de la sustancia con la cual está tratando.

²⁷² COMMENTS. “*Willful Blindness...*” Op. Cit. p. 471

²⁷³ *The guide to American Law*. Vol. 7. West Publishing Company. USA. 1984.

²⁷⁴ *United States v. Jewell*, 532 F. 2d 697 (1976).

²⁷⁵ 501 F. 2d 1344 (9th Cir. 1974)

De esta forma, se aceptó y generalizó el criterio del principio que establece que el imputado que tiene conocimiento de que posee una sustancia controlada tiene el estado mental necesario para la condena incluso si desconoce qué tipo de sustancia controlada posee²⁷⁶.

Por otro lado, la mayor influencia de *Jewell* se debe al tratamiento más detallado que hace sobre la doctrina de la *willful blindness*, al dejar por sentado los criterios existentes hasta el momento en cuanto a la doctrina y por acoger, además, como válida para una instrucción al jurado, la definición de conocimiento (*knowledge*) establecida en el apartado §2.02(7) del MPC.²⁷⁷

El caso consistió en que el acusado rentó un automóvil con un amigo, viajaron a México y una vez en Tijuana fueron abordados por un extraño de nombre *Ray* quien les preguntó si querían comprar marihuana, oferta que rechazaron. Sin embargo, subsecuentemente *Ray* les ofreció pagarles la suma de cien dólares por manejar un vehículo desde Tijuana hasta Los Ángeles, oferta que aceptó *Jewell* sospechando que “había algo extraño” pero que al revisar el vehículo no encontró nada. Su amigo manejaría el vehículo rentado y *Jewell* se encargaría de manejar el automóvil entregado por *Ray*. En una inspección vehicular realizada en la frontera fue descubierta, en un compartimiento secreto entre el baúl del vehículo y el asiento trasero, la cantidad de ciento diez libras de marihuana, a lo que *Jewell* alegó que no tenía conocimiento de estar transportando dicha sustancia hacia los EE.UU.

Se encontró evidencia circunstancial de que *Jewell* tenía conocimiento actual sobre la presencia de marihuana en el vehículo, pero, además, existía evidencia también de que si bien *Jewell* reclamó no tener conocimiento positivo sobre el contenido del compartimiento fue, única y exclusivamente, porque deliberadamente evitó adquirir el conocimiento en su ánimo de escapar a una eventual condena en caso de que las drogas fueran descubiertas. De esta forma se

²⁷⁶ Para ello la corte redirigió el caso *Davis* hacia el principio establecido por la Corte del Séptimo Circuito en el caso de *United States v. Moser*. 509 F. 2d 1089 1092-93 (7th Cir. 1975).

²⁷⁷ Si bien ya para el 1969 la Suprema Corte de Justicia había adoptado como guía general la definición del conocimiento establecida por el MPC que no exige, únicamente, un conocimiento actual, ya que este puede quedar establecido si el agente es consciente de una alta probabilidad de su existencia, al menos que realmente crea que no existe. Vid. *Leary v. United States* (395 US. 47-53), en la cual el imputado había sido acusado de transportar “a sabiendas” marihuana importada con conocimiento de que la importación era ilegal, aunque la Corte estatuyó que no podría decirse que la mayoría de los fumadores de marihuana tuvieran conciencia de una alta probabilidad de que la marihuana que consumían había sido importada. Sobre esto, ROBBINS, IRA P. Op. Cit. p. 200 y ss. Sin embargo, como bien se reconoce en *Jewell*, el criterio utilizado por la SCJ en *Leary* no implicaba una aprobación de la definición del conocimiento establecida en el MPC como criterio para ser utilizado para un jurado, en el sentido de que el conocimiento se satisfacía con la prueba de un propósito consciente de evitar el aprendizaje de la verdad.

demonstró que *Jewell* había indicado a un agente de la DEA (*Drug Enforcement Administration*) que había pensado que había algo raro o ilegal en el vehículo, pero que al buscar en la guantera, bajo los asientos y en el baúl, no había encontrado nada y que si él no había visto nada, tampoco los agentes de la frontera verían nada. Además, en el juicio *Jewell* declaró que había visto el compartimiento secreto en el baúl pero que no había investigado.

Jewell fue condenado por la Corte del Distrito por violación a la “*Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970*” entendiéndose que existió evidencia suficiente para demostrar que el acusado “a sabiendas” (*knowingly*) introdujo por la frontera de los EE.UU., un automóvil que contenía sustancias controladas.

El tribunal de primera instancia instruyó al jurado en el sentido de que el término “a sabiendas” (*knowingly*) significa voluntaria e intencionalmente y no por accidente o error inocente, pero, además, indicó que el gobierno debe probar, más allá de toda duda razonable, que el imputado “a sabiendas” introdujo marihuana a los EE.UU., y que poseía la misma, también, “a sabiendas”.

Además, el tribunal estableció que la acusación puede completar su carga de la prueba demostrando, más allá de toda duda razonable, que si el acusado no era realmente consciente de que había marihuana en el vehículo que estaba siendo conducido por él y que introdujo a los EE.UU., su ignorancia al respecto se debió única y exclusivamente al resultado de haberse hecho un propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que estaba siendo transportado dentro del vehículo, con el propósito consciente de evadir el conocimiento de la verdad.

El apelante argumentó en su momento que: i) que el término “a sabiendas” (*knowingly*) bajo el §21 U.S.C. ss 841 y 960 exige, como un elemento del delito, el conocimiento positivo de que se trata de una sustancia controlada; ii) que era un error reversible instruir al jurado bajo la premisa de que el acusado puede ser condenado más allá de toda duda razonable en el sentido de que si no tuvo un conocimiento positivo que la sustancia transportada en el vehículo se trataba de marihuana fue única y exclusivamente por un propósito consciente de evadir el conocimiento de la verdad; y iii) que este principio no estaba incluido ni soportado en el lenguaje ni en el estatuto legislativo.

La Corte confirmó la decisión estableciendo que la premisa de la instrucción brindada al jurado en primera instancia era doctrina establecida tanto en Inglaterra como en EE.UU., y que la justificación de fondo de esta regla es que la *willful blindness* y el conocimiento positivo son igualmente culpables, concluyendo que si se entiende la *willful blindness* como una defensa disponible “no puede ponerse en duda que todos aquellos que trafiquen con drogas sacarían el máximo partido de ella”²⁷⁸, y estatuyendo finalmente que el conocimiento (*knowledge*) incluye tanto la *willful blindness* como el conocimiento positivo.

También, haciendo uso de la definición de conocimiento del MPC, la Corte del Noveno Circuito indicó en su fallo, que para actuar “a sabiendas” no es necesario actuar solamente con el conocimiento positivo, sino que el mismo queda satisfecho cuando se actúa con la conciencia de la alta probabilidad del hecho en cuestión, por lo que si esa probabilidad está presente el conocimiento positivo no es necesario.

En definitiva, tres fueron los motivos que llevaron al Noveno Circuito a confirmar la condena de *Jewell* y equiparar la evitación consciente con el conocimiento actual. En primer lugar, el tribunal señaló los principales comentarios para establecer que el uso de la *willful blindness* en las instrucciones del jurado ya estaba profundamente arraigado en las tradiciones jurídicas estadounidense e inglesa²⁷⁹. En segundo lugar, el tribunal encontró que la *willful blindness* y el conocimiento (*knowledge*) “son igualmente culpables”²⁸⁰. Finalmente, el tribunal afirmó que la comprensión común de la palabra “conocimiento” incluye situaciones en las que una persona “no está absolutamente segura”²⁸¹.

Esta decisión incluyó un importante voto disidente del Juez *Kennedy* al que luego se adhirieron los jueces *Ely*, *Hufstedler* y *Wallace* estableciendo dos argumentos de peso sustancial, a saber:

²⁷⁸ ROBBINS, IRA P. Op. Cit., p. 205.

²⁷⁹ *Jewell*, 532 F. 2d, 700-03; “The legal premise of these instructions is firmly supported by leading commentators here and in England.” Vid. ROBBINS, IRA P. Op. Cit. p. 204; FROM, JUSTIN C. “Avoiding Not-So-Harmless Errors: The Appropriate Standards for Appellate Review of Willful-Blindness Jury Instructions”. Iowa Law Review. Vol. 97. USA. 2011. p. 284, Nota 55.

²⁸⁰ *Jewell*, 532 F. 2d, 700; “The substantive justification for the rule is that deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable.” Vid. ROBBINS, IRA P. Op. Cit., pp. 204-205; FROM, JUSTIN C. Op. Cit. p. 284, Nota 56.

²⁸¹ *Jewell*, 532 F.2d, 700; “The textual justification is that in common understanding one ‘knows’ facts of which he is less than absolutely certain. To act ‘knowingly’, therefore, is not necessarily to act only with positive knowledge, but also to act with an awareness of the high probability of the existence of the fact in question.” Vid. ROBBINS, IRA P. Op. Cit., p. 205; FROM, JUSTIN C. Op. Cit., p. 284, Nota 57.

“Uno de los problemas con la doctrina de la willful blindness es su sesgo hacia los medios visuales de la adquisición del conocimiento. Uno puede conocer los hechos de las impresiones directas de los otros sentidos o por deducción de la prueba circunstancial y tal conocimiento es sin embargo real. Además la impresión sensorial de la vista no necesariamente provee seguridad completa. Otro de los problemas es que las autoridades inglesas parecen considerar a la willful blindness un estado de ánimo distinto pero igualmente culpable que el conocimiento actual. Cuando una ley específica requiere el conocimiento como un elemento del delito, la sustitución de algún otro estado de ánimo no puede justificarse, aún cuando el tribunal considere que ambos son igualmente culpables”²⁸²

En conclusión, este juez y los demás adheridos rechazaron las opiniones esgrimidas por la Corte del Noveno Circuito porque encontraron que la instrucción impugnada era defectuosa al carecer el acusado de la alta probabilidad y porque la utilización de la instrucción de la *willful blindness* permite condenar a quien deliberadamente permanece en ignorancia, pero no reconoce la probabilidad del hecho particular del que se trata.

A partir de esta decisión, las instrucciones al jurado fueron revisadas y limitadas en cuanto a las circunstancias en que debían ser otorgadas, por lo que la doctrina fue refinándose y expandiéndose en su tratamiento por las distintas Cortes, siendo raramente rechazadas.

De esta forma, y sin perjuicio de que, más adelante, analicemos en detalle y, en concreto, las instrucciones que han sido ofrecidas al jurado -sobre todo en cuanto al lenguaje utilizado en las mismas y la división que existe entre las distintas cortes de apelación-, nos permitimos indicar de manera escueta, la expansión que tuvo la *willful blindness* por los distintos tribunales de apelación.

3.2 La expansión de la *willful blindness* en las instrucciones al jurado

Podemos indicar, entonces, que si bien la doctrina de la *willful blindness* había sido reconocida en EE.UU., desde finales del siglo XIX, dos eventos fueron determinantes para la expansión de la misma en las instrucciones del jurado. El primero fue, como vimos, la aprobación por parte del Congreso de la *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act de 1970*, que condenaba la importación, distribución y posesión, a sabiendas o intencional, de sustancias controladas. El segundo evento determinante fue la adopción por parte de la SCJ de la definición

²⁸² *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (1976).

de conocimiento establecida en la sección 2.02 (7) del MPC, en los procesos de *Leary v. United States*²⁸³ y *Turner v. United States*²⁸⁴, los cuales crearon una brecha para que los tribunales federales empezaran a utilizar las instrucciones de *willful blindness*, toda vez que la SCJ había demostrado que la utilización de la definición de conocimiento acogida por el MPC estaba permitida²⁸⁵.

A pesar de la ausencia de un precedente bien fundamentado para la utilización de la *willful blindness*, los tribunales inferiores comenzaron a utilizar este concepto en una gran variedad de contextos, sobre todo en aquellos casos de enjuiciamientos federales por fraudes, conspiración, lavado de activos, tráfico de armas, importación ilegal de bienes, delitos tributarios y narcotráfico²⁸⁶.

La *willful blindness* terminó expandiéndose por todos los EE.UU., tanto a nivel federal como estatal, y ha sido tratada por todos los circuitos federales, si bien los fundamentos que se indican en los diversos circuitos con respecto a la misma, el lenguaje empleado en las instrucciones y los límites que se imponen a la doctrina, varían dependiendo del Circuito de Apelación de que se trate.

A pesar de todo, voces se han levantado dentro de los tribunales alertando sobre los peligros de aplicación de la *willful blindness*, toda vez que una aplicación errónea de la misma a través del otorgamiento de una instrucción inexacta puede hacer que el jurado condene a un imputado por haber actuado desconsideradamente (*recklessly*) o, incluso, por haber actuado negligentemente. Este problema fue reconocido por los redactores del MPC, y presenta una de las dificultades más latentes frente a la aplicación de la *willful blindness*. De ahí que la mayoría de las Cortes de Apelación hayan establecido el cuidado que debe tenerse al momento de brindar una instrucción al jurado sobre la doctrina. Algunos tribunales han indicado incluso que la misma sólo debe otorgarse en limitadas circunstancias y en determinadas situaciones.

4. La *willful blindness* en la doctrina canadiense

²⁸³ 395 U.S. 6 (1969)

²⁸⁴ 396 U.S. 398 (1970)

²⁸⁵ Sobre esto Cfr. MARCUS, JONATHAN. Op. Cit. p. 2240 y ss.

²⁸⁶ FROM, JUSTIN C. Op. Cit. p. 283; Vid. *United States v. Alston-Graves*, 435 F. 3d 331 D.C. Cir (2006).

Además de EE.UU., Canadá también acogió la doctrina de la *willful blindness*, por lo que procedemos a revisar, brevemente, cómo se dio la importación de la figura y el tratamiento del que ha sido objetivo en dicho país.

4.1 Aspectos generales del sistema de justicia penal canadiense

El sistema de justicia penal canadiense puede ser considerado un sistema mixto donde confluyen ambas tradiciones de *common law* y *civil law*. Sin embargo, después de la victoria de los ingleses sobre el ejército francés en 1759, el país pasó a estar casi exclusivamente regido por el *common law* inglés. De esta forma el derecho civil y penal es mayoritariamente inglés, salvo Quebec donde su derecho civil está fundado en el Código Napoleónico.

Al igual que los EE.UU., Canadá constituye un Estado Federado con la particularidad de que, en este caso, las cuestiones penales son de la jurisdicción exclusiva de la legislación federal. Desde la unión de las cuatro colonias en 1867, se tomó la decisión de alejarse del ejemplo estadounidense otorgándole al gobierno central la exclusiva jurisdicción sobre los aspectos penales y procesales. De esta forma, el sistema de justicia penal canadiense carece de la construcción dual o paralela de tribunales que separan las cuestiones estatales de las cuestiones federales. El sistema judicial canadiense está compuesto por la Suprema Corte de Justicia (en lo adelante SCC), el Tribunal Federal, el Tribunal Federal de Apelación y los Tribunales Provinciales.

La SCC de Canadá es la máxima intérprete de la constitucionalidad de las leyes y de los actos gubernamentales, y establece la división de competencias entre el Parlamento canadiense y las Legislaturas provinciales. A esta última le toca el tratamiento de los aspectos privados y pueden existir variaciones entre una provincia y otra. Por su parte, las leyes promulgadas por el Parlamento se aplican en todo el país de manera uniforme, por lo que la legislación penal se erige como única en todo el territorio canadiense.

El primer código penal fue promulgado en el año 1892 y está basado en los trabajos de Sir James Stephen y en la propuesta de código penal realizada por la *Royal Commission* de Inglaterra en el año 1880²⁸⁷. Este texto no derogó los delitos del *common law* ni consolidó los

²⁸⁷ ROACH, KENT. “Canada” in “*The Handbook of Comparative Criminal Law...*” Op. Cit. p. 98

estatutos existentes de derecho penal, tampoco estableció una división sistematizada de los elementos mentales o de otros principios de la parte general del derecho penal, sino que se limitó a preservar todas las reglas y principios del *common law*.

Sin embargo, a mediados del siglo XX la SCC se negó a basarse en un delito de *common law* sobre la base de que la aplicación de un delito de *common law* representaría una gran incertidumbre para la administración de justicia penal. Años después el Parlamento enmendó el código penal para abolir los delitos de *common law* con la excepción del delito de desacato al tribunal²⁸⁸.

Sobre la construcción del delito, al igual que en el *common law*, se requerirá de la exigencia de un *actus reus* y un *mens rea*. Sin embargo, a día de hoy, Canadá carece de una parte general sistematizada donde se definan los elementos de la falta o *mens rea*, así como de una regla general en la que se establezca la aplicación de estos elementos frente a los elementos del *actus reus*. Los comentaristas se quejan del estado actual del código penal, pues el mismo sufre demasiadas enmiendas que generalmente son realizadas para agregar nuevas ofensas sin que se le preste la debida atención a la estructura y coherencia del texto legal.

De esta forma, el aspecto subjetivo del delito se fundamenta en los criterios desarrollados por la Suprema Corte de Canadá, la cual ha articulado algunos criterios jurisprudenciales o presunciones de *common law* y frente a lo cual ha estatuido que cuando se está en presencia de un delito la Corona debe establecer un elemento mental, es decir, que el acusado a quien se le imputa el hecho prohibido realizó lo hizo intencional o desconsideradamente, con conocimiento de los hechos que constituyen la ofensa o con ceguera voluntaria hacia ellos, decretando que la mera negligencia queda excluida del concepto de elemento mental exigido para la condena²⁸⁹.

Dos aspectos interesantes resaltan de lo anterior. El primero es que las decisiones judiciales siguen siendo dictadas en nombre de la Corona, de donde debe desprenderse entonces que Canadá constituye lo que se denomina una monarquía constitucional²⁹⁰ y, en un nivel más

²⁸⁸ *Ibíd.* p. 99

²⁸⁹ *Ibíd.* p. 106

²⁹⁰ El jefe de estado del país es actualmente la Reina Isabel quien es representada por el o la Gobernadora General, aunque en este caso el papel de la Reina es simbólico y tradicional ya que esta no tiene inferencia en el gobierno o manejo del país. El gobierno es dirigido por el Primer Ministro, quien forma parte de la Cámara de los Comunes. Para obtener una información más detallada sobre el funcionamiento del sistema canadiense se puede consultar la página web del gobierno: <http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/> (última consulta: 11 de marzo de 2018).

interesante para el presente trabajo, que la *willfull blindness* se encuentra radicalmente establecida en el sistema de justicia penal canadiense.

4.2 El desarrollo de la *willful blindness* en Canadá

La doctrina de la *willful blindness* llega a Canadá ya entrado el siglo XX. La noción de que la *willful blindness* es equivalente al conocimiento se recoge por primera vez en el año 1934²⁹¹ en un proceso relacionado con la emisión ilegal de una licencia de expendio de alcohol, en el cual se debatía si la posesión de la indicada licencia se realizaba con conocimiento de su expedición ilegal. Por otra parte, durante la primera mitad del siglo XX, los casos en los que se hacía referencia a la doctrina de la *willful blindness*, eran procesos que envolvían posesión de bienes robados, y generalmente eran resueltos mediante la mal llamada doctrina de la posesión reciente (*recent possession doctrine*²⁹²), que establece que la posesión reciente de bienes robados, en ausencia de una explicación inocente, supondrá una inferencia de que el poseedor sabía que los bienes eran robados.

Ahora bien, ninguna de estas decisiones haría mención a la doctrina de la *willful blindness* sino que se vislumbraba en las decisiones un lenguaje particular que permitía inferir un reconocimiento de este principio²⁹³. Así, la doctrina de la *willful blindness* empezaría a utilizarse en superposición a la doctrina de la posesión reciente, llegando luego a ser tratada indistintamente.

Al igual que en los EE.UU., el auge de la figura coincidió con el aumento de casos de importación y posesión de narcóticos. Ya para 1947 en el proceso de *R. v. Ryan*, una decisión del Tribunal Supremo de Nueva Escocia haría aparecer un lenguaje similar a la doctrina en casos de drogas. En este proceso se imputaba a un dependiente de farmacia de poseer en su hogar drogas prohibidas, a lo cual indicó como defensa que se había llevado las medicinas a la casa por seguridad teniendo la intención de devolverlas a la tienda. En la decisión no se hace

²⁹¹ Así lo reconoce WILSON, LARRY C. “*The Doctrine...*”. Op. Cit. p. 177; con especial referencia a la nota 12.

²⁹² Doctrina desarrollada en Inglaterra que en realidad no tiene nada que ver con una posesión reciente, sino simplemente con una posesión de bienes que han sido robados recientemente. Para su materialización se exige, en primer lugar, que exista una posesión del bien y, en segundo lugar, la inexistencia de una explicación inocente. La ausencia de uno de estos requisitos hace inaplicable a la doctrina. Se ha criticado el nombre otorgado a la doctrina por entender que lejos de ser una doctrina de lo que se trata es de un principio de la evidencia circunstancial que era aplicado a estos casos. Vid. MORTON, J.D. “*Burdens of Proof and the Doctrine of Recent Possession*”. Osgoode Hall law Journal. Vol. 1 No. 2. Article 6. Toronto. Canada. 1959. pp. 72-81.

²⁹³ WILSON, LARRY C. Op. Cit. p. 177

mención a la doctrina de la *willful blindness*, sino que se reconoció que la posesión fue realizada descuidadamente (*carelessly*) y que esto implicaba el conocimiento²⁹⁴.

La particularidad de esta decisión es que, no sólo no se hizo mención de la doctrina de la *willful blindness*, sino que ni siquiera se puede desprender de la decisión un lenguaje que permita inferir una utilización de dicho criterio de equiparación. Sin embargo, lo cierto es que al indicar que una posesión descuidada (*careless possession*) se equiparaba al conocimiento, el Tribunal entró de lleno en la discusión de si un estado mental inferior al conocimiento, como lo es el *carelessness*²⁹⁵, es suficiente o no para dar por acreditado el conocimiento.

Habría que esperar hasta el año 1956 para encontrar por primera vez una decisión que contuviera un reconocimiento claro de la doctrina, aún sin mencionarla expresamente. Así, en el proceso *R. v. Marabella*²⁹⁶, en el cual se le imputaba al autor haber adquirido a un precio ínfimo una considerable cantidad de cobre robado y a lo cual el imputado había indicado que preguntó la procedencia de los bienes pero le fue respondido que no indagara, el Juez Fuller Co. Ct. J., estatuyó que:

*"Según entiendo la ley, si una parte ha despertado sus sospechas pero luego deliberadamente omite hacer una investigación adicional porque desea que permanecer en la ignorancia, se considera que tiene conocimiento de los hechos, y este acusado se encuentra en esta posición en este caso"*²⁹⁷.

No es sino hasta 1970 cuando aparecerá por primera vez una decisión judicial que contenga referencia expresa de la doctrina de la *willful blindness*. En el proceso *R v. Blondin*²⁹⁸, en el cual se le imputaba al acusado importar hachís a Canadá dentro de un tanque de buceo, el imputado alegó en el juicio que desconocía que la sustancia importada era hachís y, por ende, no podía ser condenado. Sin embargo, reconoció que sabía que había algo dentro del tanque y que era ilegal.

²⁹⁴ *R. v. Ryan* 90 C.C.C. 98 N.S.S.C. 1947, extraída de *Ibíd.* p.183

²⁹⁵ *Carelessness* pudiera ser considerado, con matices, un sinónimo de *recklessness*.

²⁹⁶ *R v. Marabella* 117 C.C.C 78 Ont. Co. Ct. 1956, extraída de WILSON, LARRY C. Op. Cit. p. 181

²⁹⁷ *Ibíd.* pp. 84-85, extraída de WILSON, LARRY C. Op. Cit. p. 182

²⁹⁸ 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.) 1970; extraída de *Ibíd.* p. 185

La Corte de Apelación del Distrito de British Columbia acogió el recurso y ordenó un nuevo juicio. Empero, la importancia de esta decisión radica en los dos puntos alegados por el Juez Robertson, J. A., en el cual en un primero momento hace referencia al denominado “*mens rea* en su sentido más amplio” (*mens rea in its widest sense*) estableciendo que el tribunal de instancia erró al instruir al jurado en que debían encontrar que el acusado sabía que la sustancia dentro del tanque era hachís, ya que era suficiente con encontrar, respecto a sustancias controladas, el *mens rea* en su sentido más amplio, esto es, que la Corona no tiene que probar que el acusado sabía que la sustancia era exactamente hachís, sino que era suficiente con establecer la conciencia de que se trataba de una sustancia controlada.

En un segundo lugar, la Corte proveyó a la Corona de un método alternativo para probar el conocimiento a través de la aplicación de la doctrina de la *willful blindness*, estatuyendo que la Corona pudo haber encontrado un *mens rea* en las circunstancias del caso si hubiera encontrado que *Blondin* recibió una suma de dinero por contrabandear una sustancia ilegal y que, ya hubiera sido desconsiderado en averiguar qué tipo de sustancia era o hubiera simplemente cerrado los ojos a la verificación de qué tipo de sustancia era, podría haber inferido que sospechaba que se trataba de un narcótico. De esta forma indicó que el tribunal de instancia debió instruir al jurado de que estos podrían condenar al imputado si encontraban que éste introdujo por contrabando una sustancia ilegal a Canadá, o que ya por desconsideración (*recklessness*) o por haber cerrado los ojos voluntariamente al conocimiento del tipo de sustancia importada, establecer una inferencia de sospecha de que la sustancia constituía un narcótico.

Ya para el año 1978 la SCC habría de dar un reconocimiento total a la doctrina en el proceso conocido como *R v. Sault Ste Marie*²⁹⁹. En este proceso, *Marie* fue acusada en virtud del artículo 32 (1) de la Ley de Recursos Hidráulicos de Ontario, por permitir el depósito de desechos en *Cannon Creek* y *Root River* que podrían afectar la calidad del agua de esos lugares y, en virtud del cual se establece que si una ciudad permite la descarga de desechos que perjudiquen la calidad del agua serán responsables de un delito.

En el análisis de fondo, se ventiló el tipo de *mens rea* que debía exigirse en los delitos de bienestar público (*public welfare offenses*) y su diferencia con los crímenes, es decir,

²⁹⁹ *R v. Sault Ste Marie*, 2 SCR 1299 (1978).

básicamente se estatuyó sobre la diferencia entre los delitos de responsabilidad estricta (*strict liability offenses*) y aquellos que exigen un *mens rea*.

En la discusión sobre el aspecto del *mens rea*, la SCC estatuyó lo siguiente:

“La distinción entre el verdadero delito penal y el delito de bienestar público es de primordial importancia. Cuando el delito es criminal, la Corona debe establecer un elemento mental, a saber, que el acusado que cometió el acto prohibido lo hizo de manera intencional o desconsiderada, con conocimiento de los hechos constitutivos del delito o con ceguera voluntaria hacia él. La mera negligencia queda excluida del concepto del elemento mental requerido para la condena. En el contexto de un enjuiciamiento penal, una persona que no realiza tales investigaciones como lo haría una persona prudente y razonable, o quien no sabe los hechos que debería haber sabido, es inocente a los ojos de la ley”³⁰⁰.

De esta forma, se daba por consagrada la doctrina de la *willful blindness* en el sistema penal canadiense y si bien la discusión central del proceso consistió, a grandes rasgos, en establecer la diferencia entre los delitos de responsabilidad estricta y los delitos de *mens rea*, al estipular que la *willful blindness* podría ser un método para establecer el conocimiento, otorgó un reconocimiento expreso de la doctrina.

Ahora bien, la discusión en Canadá respecto de la *willful blindness* ha sido muy similar a la del derecho estadounidense y la del derecho inglés. En ese sentido, se debate acerca de qué es con exactitud la *willful blindness*, si ésta puede constituir un estándar de prueba objetivo o se trata más bien de un estado mental dentro del cual se debe equiparar exactamente con el conocimiento, o si se trata de un estado mental menos grave que el conocimiento pero equiparable a aquel en términos de culpabilidad.

Antes de dedicarnos a analizar estos aspectos, así como la crítica que ha recibido la misma en la tradición del *common law*, pasaremos a dar una revisión rápida sobre los demás países que forman parte de este sistema y que han acogido también la doctrina de la *willful blindness*.

³⁰⁰ *Ibíd.* p. 1301

5. La *willful blindness* en la doctrina israelí

Se puede decir que el sistema de justicia penal de Israel es un sistema mixto en el cual confluyen el derecho del *common law* anglosajón y el sistema continental francés, al cual se le agrega el derecho hebreo, así como algunas leyes cristianas y musulmanas. Su composición judicial está integrada por tres instancias que se dividen en Corte Suprema de Justicia, Corte de Distrito y Corte de Magistrados.

Las decisiones emanadas por la Corte Suprema de Justicia obligan a los tribunales de instancias inferiores y también a todos los ciudadanos y poderes del Estado. La Corte de Distrito está compuesta por trece miembros y funciona como un tribunal de apelaciones de las decisiones que son dictadas por los Tribunales de Magistrados, que vienen a constituir los tribunales de primera instancia, esto tanto para la materia civil como para la materia penal. Existen cinco Tribunales de Distrito y sus decisiones obligan a los tribunales inferiores y cuenta, además, con veintiocho Tribunales de Magistrados.

En Israel no existen los juicios por jurados por lo que todos los casos son tratados por jueces profesionales ya sea por un tribunal unipersonal o por un tribunal compuesto por tres jueces. En primera instancia se debate la cuestión acerca de si debe condenarse o descargar a un imputado en cuyo caso de condena se celebra una audiencia de sentencia luego de la cual el juez o los jueces imponen la sanción. Esta decisión debe ser otorgada por escrito y debe especificar las razones por la cual se arribó a dicha conclusión.

En el aspecto de derecho penal sustantivo el delito está compuesto de forma similar al *common law*, es decir, mediante la exigencia de un *actus reus* y un *mens rea*. De esta forma, una persona se dice que comete un delito cuando realiza un acto de conformidad con la definición del delito y una circunstancia o consecuencia del acto que forma parte de la descripción del delito. Además, este delito se comete si la persona realiza el acto con un *mens rea*, salvo que se establezca expresamente que la negligencia es un elemento de la intencionalidad requerido para su formación o el delito pertenezca a la categoría de los delitos de responsabilidad estricta.

La sección 20 (a) del Código Penal de Israel establece que el *mens rea* (denominado también *criminal thought*) existe cuando el actor conoce la naturaleza de la conducta, la existencia de

las circunstancias y la posibilidad de que su conducta produzca el resultado (cuando la conducta, las circunstancias y el resultado son requisitos del *actus reus* del delito).

El *mens rea* se divide internamente solo en relación con el resultado en términos de intención, en base a la actitud volitiva del autor hacia el resultado. Con respecto a la conducta y las circunstancias se define sólo en términos cognitivos, ya que la ley, respecto de la conducta y las circunstancias, no se refiere en lo absoluto a la actitud volitiva del autor.

La definición del delito con respecto a la conducta y las circunstancias es exactamente igual y si bien a primera vista pudiera parecer que el *mens rea* sólo existe cuando el autor conoce de seguro la existencia de la circunstancia relevante, la sección 20 (c) (1) establece que, a propósito de la sección 20, una persona que sospecha de la posibilidad de que la circunstancia concurrente existe y se abstiene de investigar la sospecha, se considera que conoce la existencia de la circunstancia, ocurriendo lo mismo para la conducta.

De esta forma el derecho penal israelí reconoce la doctrina de la *willful blindness*, si bien esta tiene un campo de aplicación mucho más amplio que aquel que se le da en el derecho estadounidense. KUGLER³⁰¹ destaca que el concepto israelí de *willful blindness* tiene más parecido con el concepto inglés de desconsideración subjetiva (*subjective recklessness*) respecto de las circunstancias, ya que para que quede establecida la *willful blindness* es suficiente con que el autor se haya percatado de la mera posibilidad de que la circunstancia existe. En este sentido, no se exige que el autor haya sido consciente o haya creído en la presencia de una alta probabilidad de que la circunstancia existe.

6. El particular caso de Singapur

El sistema de justicia de Singapur se basa en la tradición jurídica del *common law* inglés, si bien en su aspecto penal, el derecho es en su mayor parte estatutario. Sus fuentes del derecho son la Constitución, la legislación primaria, la legislación secundaria y la jurisprudencia. En general, constituye un sistema de corte dualista. En Singapur no existen los juicios por jurado, ya que fueron abolidos en 1970. Su código penal es el estatuto principal donde figuran los

³⁰¹ KUGLER, ITZHAK. Op. Cit. p. 358

crímenes y delitos, y cuenta con más de quinientas secciones, divididas en veinticuatro capítulos.

La particularidad de Singapur consiste en los tipos de castigo que impone por determinados delitos. A día de hoy, este país retiene castigos corporales como el castigo con la vara y la pena de muerte por ahorcamiento, siendo obligatoria para ciertos delitos considerados graves, dentro de los que se encuentran la posesión y tráfico de drogas. De esta forma, el país cuenta con uno de los índices más altos en ejecuciones del mundo. Entre 1991 y 2004 fueron ejecutadas por ahorcamiento más de cuatrocientas personas, en su mayoría extranjeros.

Singapur ha reconocido la doctrina de la *willful blindness*, y su utilización ha sido dirigida en su mayor parte a tratar los casos de tráfico de drogas a raíz de la implementación de la Ley de Abuso de Drogas (o Ley de Medicinas), aunque también se ha utilizado para casos de inmigración ilegal.

La jurisprudencia ha reconocido que en aquellos casos en que los legisladores no hayan establecido expresamente un elemento mental en el delito se da lugar a dos interpretaciones posibles; por un lado, puede interpretarse que el delito es uno de responsabilidad estricta o, por el otro, interpretarse que el delito requiere la prueba de un estado mental. Empero, en aquellos supuestos donde se exija o se interprete la exigencia del conocimiento actual (*actual knowledge*), la doctrina de la *willful blindness* puede ser utilizada para responsabilizar a aquellos que hubiesen sabido algo o hubieran logrado el conocimiento de no ser por haber cerrado intencionalmente los ojos para evitar dicho conocimiento³⁰².

La primera vez que se trató la doctrina de la *willful blindness* fue en el caso de *Koo Pui Fong* en el cual el Juez Yong Pung How indicó que:

“Este concepto de willful blindness no introduce un nuevo estado mental al del conocimiento [...] Es simplemente una reformulación del conocimiento actual [...] Me parece que está totalmente de acuerdo con el sentido común y la ley decir que un acusado sabía de ciertos hechos si

³⁰² CHAN, WING CHEONG. “*Culpability in the Misuse of Drugs Act*”. Singapore Academy of Law Journal. Vol. 25. 2013. p. 111

*deliberadamente cerró los ojos a las circunstancias, su ceguera voluntaria es evidencia de la cual puede inferirse el conocimiento”*³⁰³.

En ese sentido, al acoger la doctrina de la *willful blindness* lo hizo atendiendo al hecho de que ésta sirve como una herramienta que permite inferir el conocimiento en aquellos casos en los que existe evidencia de que el acusado deliberadamente ha cerrado los ojos a lo que ha resultado obvio a su alrededor.

En otra decisión, se estatuyó en el sentido de que resultaría un absurdo admitir que un acusado no cuenta con el conocimiento relevante cuando, a pesar de todo lo que ha visto y escuchado, se rehúsa a aceptar lo que su cerebro le advierte como obvio simplemente porque ha decidido practicar el conocimiento Nelsoniano, engañándose a sí mismo. De esta forma el tribunal indicó que:

*“Donde los hechos obviamente apuntan a un resultado, y el acusado debe haberlo apreciado pero cierra los ojos a la verdad, entonces junto con la otra evidencia aducida, esto puede formar una parte muy convincente de la evidencia para inferir el requerido conocimiento culpable”*³⁰⁴.

De esta forma, podemos indicar que en Singapur la doctrina de la *willful blindness* es jurisprudencia asentada, ya que a través de una serie de decisiones judiciales los tribunales han ido moldeando el concepto y estableciendo los criterios que determinarían las características de esta figura jurídica. La cual, aunque ha sido aplicada en su mayor parte en los casos de drogas, ha servido de base para otros tipos de supuestos en donde se plantea la cuestión del conocimiento.

7. Valoración.

Es importante resaltar que, dentro de la cultura del *common law*, estos países son los que han dedicado más tiempo al tratamiento de la doctrina de la *willful blindness*, y quienes han establecido criterios o modificaciones al estudio y tratamiento de la misma. Sin embargo, la

³⁰³ *Public Prosecutor vs. Koo Pui Fong*. 2 SLR 266. 1996; Vid. *Ibíd.* p. 112; TOH, YUNG CHEONG. “*Knowing, Not Knowing and Almost Knowing: Knowledge and the Doctrine of Mens Rea*”. Singapore Academy of Law Journal. No. 20. 2008. pp. 677-722; quienes establecen esta decisión como la primera en la que se trata el tema de la *willful blindness* y su equiparación con el conocimiento

³⁰⁴ *Chiaw Wai Onn v. Public Prosecutor*. 2 SLR (R) 233. 1997. Extraída de CHAN, WING CHEONG. Op.. Cit. p. 112

willful blindness ha sido acogida, en mayor o menor medida, por la totalidad de los países que siguen la cultura del *common law*. Por ejemplo, en Australia al adoptar la doctrina de la *willful blindness*, en un caso de importación de sustancias prohibidas, la Alta Corte estatuyó que el conocimiento no se limita al conocimiento de la certeza de la importación de la sustancia prohibida, sino que se extiende a la conciencia de la probabilidad de dicha importación. De esta forma, se estableció que, la mera sospecha, incluso si se trata de *willful blindness*, no equivale al conocimiento pero es una evidencia de la cual puede inferirse el conocimiento³⁰⁵.

Por su parte, en la India se ha adoptado el criterio de la *willful blindness*, sobre todo en casos de responsabilidad penal corporativa, en el entendido de que si se encuentra que la corporación estuvo en posesión del conocimiento de las actividades ilegales llevadas a cabo y cierra los ojos hacia ello, se puede considerar responsable.

Otra particularidad de la adopción de la *willful blindness* en el *common law*, es su aplicación a los casos de violación sexual, sobre todo en aquellos supuestos en los que se pretende desconocer la edad o el consentimiento de la víctima. Esta aplicación ha adquirido particular tratamiento en los EE.UU., y Canadá, sobre todo por la construcción del delito de violación (*rape*). Sin embargo, el problema se presenta siempre frente al consentimiento de la víctima.

En el *common law*, la problemática del *mens rea* frente al delito de violación sexual varía de un país a otro y, dentro de los EE.UU., existen variaciones entre un Estado y otro. Algunas jurisdicciones exigen un consentimiento coaccionado o simplemente ausencia de consentimiento de la víctima, ya sea de manera expresa o por implicación, pero sin hacer referencia a algún estado mental. En estos casos el *case law* muchas veces suple el *mens rea* exigiendo un mínimo de *recklessness* para la atribución de responsabilidad. Otras veces, el *mens rea* no se suple y el delito se estatuye en uno de responsabilidad estricta.

Otras jurisdicciones exigen un estado mental en conjunción con el acto sexual³⁰⁶, pero no incluyen ningún estado mental con referencia al consentimiento expreso o implícito de la

³⁰⁵ Vid. *Pereyra v. DPP* 82 ALR 217 (1988) y *Kural v. R.* 162 CLR 502 (1987)

³⁰⁶ Es decir, tener relaciones sexuales a sabiendas, pero no intencionalmente. Esto al parecer es posible en los casos en que la persona fuera consciente de estar teniendo relaciones sexuales, pero no era necesariamente su objetivo o deseo hacerlo, tal vez si estaba siendo seducida sin preocuparse por el resultado. Vid. CHARLOW, ROBIN. "Bad Acts in Search of a Mens Rea: Anatomy of a Rape". *Fordham Law Review*. Vol. 71. No. 2. Article 1. USA. 2002. p. 268, con especial referencia nota 24.

víctima. En otras jurisdicciones el consentimiento ni siquiera aparece como un elemento del delito y, finalmente, otras describen un estado mental -ya sea a través de un estatuto o del *case law*- con respecto a la ausencia del consentimiento, el cual en la mayoría de los casos será *knowledge*, sin embargo, establecen una regla aparte para acoger la defensa en casos de error sobre los hechos³⁰⁷.

En definitiva, la aplicación de la *willful blindness* en los delitos de violación sexual viene a formar parte de la discusión cuando se debate si el sujeto deliberadamente evitó conocer que la víctima no estaba otorgando su consentimiento mediante una situación de ceguera intencionada. De esta forma, los tribunales han condenado por conocimiento sobre la circunstancia concurrente de que la víctima no había otorgado su consentimiento y han atribuido la responsabilidad penal por el delito de violación sexual.

Así las cosas, lo que esto viene a demostrar es la facilidad de amplitud que conlleva la doctrina en su esencia. De ser utilizada en sus inicios para casos de delitos de posesión de efectos robados, juegos ilegales, supuestos de connivencia, casos de drogas y delitos económicos, la doctrina ha dado paso a ser utilizada en supuestos de violación sexual o, en definitiva, en aquellos casos en los que la atribución del conocimiento ha sido un problema para el jurado. Además, es sabido que la confusión generada por medio de esta doctrina ha creado muchas críticas no sólo en el ámbito académico, sino también por parte de algunos magistrados de las distintas Cortes que han tenido contacto con ella, quienes han avisado sobre los efectos perniciosos de la figura en caso de un mal manejo de la misma, y las consecuencias indeseables que ello conlleva para un Estado de Derecho.

En ese sentido, nuestro próximo paso en el tratamiento de esta novedosa y confusa doctrina es verificar en qué consisten estas críticas, lo que va a requerir, además, la realización un análisis sobre los distintos estados mentales que componen el *mens rea* y, de manera específica, un estudio sobre el conocimiento (*knowledge*) y la desconsideración (*recklessness*).

³⁰⁷ Por todos, vid. *Ibidem*. Quien analiza la situación del delito de violación en EE.UU y Canadá.

Sección II: La *willful blindness* en la discusión doctrinal del *common law*

La doctrina de la *willful blindness* establece que, si a un autor se le despiertan sospechas de la presencia de una circunstancia incriminatoria concurrente y, deliberadamente, evita confirmar sus sospechas o descubrir la verdad sobre la presencia de dicha circunstancia, se le atribuye el conocimiento del hecho incriminatorio. De esta forma, en aquellos casos donde el conocimiento sea un requisito del *mens rea* exigido por un determinado estatuto, bajo la aplicación de esta doctrina, la exigencia de conocimiento quedará satisfecha con la prueba de que el autor deliberadamente evitó confirmar sus sospechas acerca de su participación en la actividad criminal.

Así, esta doctrina ha sido desarrollada y utilizada principalmente por los tribunales del *common law* como un estado mental que permite satisfacer el *mens rea* requerido por el estatuto en aquellos casos en los que este exige el conocimiento actual sobre los hechos (*knowledge*). Pero, además, también ha sido utilizada por diversos tribunales como un estado mental diferente al conocimiento, pero igualmente culpable a aquel. Finalmente, se ha utilizado como una herramienta procesal que permite inferir el conocimiento cuando la evidencia presentada al plenario permite confirmar que el imputado realizó actuaciones tendientes a evitar la confirmación de sus sospechas, para poder contar con una defensa en el eventual caso de ser detenido por su intervención criminal.

A día de hoy, la doctrina de la *willful blindness* se encuentra en constante expansión y ha sido consolidada en todo el sistema del *common law*, aplicándose para los más diversos delitos, desde casos de posesión de narcóticos u objetos robados, hasta delitos de evasión fiscal, lavado de activos, fraudes empresariales, terrorismo y delitos de violación sexual.

Desde su nacimiento, la *willful blindness* no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina académica, de algunos magistrados y de los comentaristas de decisiones judiciales, quienes en conjunto han hecho alusión a los problemas que puede plantear para un Estado de Derecho la ampliación del concepto de conocimiento, para incluir aquellas situaciones en las que de entrada no se posee un conocimiento cierto de estar incurriendo en la comisión de un delito.

Sin embargo, a excepción de algunos comentarios emitidos con ocasión de varias decisiones judiciales y de ciertos artículos aparecidos a mediados del siglo XX, la *willful blindness* no

recibió un tratamiento profundo por parte de la doctrina académica hasta la década de los 90, en la cual algunos autores, al menos en EE.UU., plantearon su preocupación por la expansión que estaba dando lugar a raíz de la utilización de la figura jurídica pero, además, intentaban explicar y entender el fenómeno que permitía que sujetos que no contaban con un conocimiento cierto de los hechos, pudieran ser condenados por la vulneración a estatutos que exigían como mínimo el conocimiento cierto de los hechos.

Los principales problemas planteados por la doctrina son, a grandes rasgos, dos: por un lado, la equiparación de la *willful blindness* con el conocimiento (*knowledge*) y su confusión con otras figuras del *mens rea*, como la *recklessness* o *negligence* y, por el otro lado, su ubicación dentro del sistema de imputación subjetiva (*mens rea*) del sistema del *common law*.

Ahora bien, a esta problemática general subyacen aspectos de particular importancia sin cuyo análisis sería imposible determinar si ha lugar o no a las críticas que ha recibido esta figura jurídica por parte de la doctrina. Esto nos lleva a adentrarnos en el análisis de conceptos como el conocimiento (*knowledge*) y la desconsideración (*recklessness*), su composición normativa y funcionamiento dentro del sistema de imputación subjetiva. Además, aspectos constitucionales del derecho penal sustantivo y procesal, como lo son el principio de legalidad y la presunción de inocencia, son determinantes para entender a cabalidad la doctrina de la *willful blindness*.

Por otro lado, realizar un análisis de la *willful blindness* requerirá siempre adentrarse en el conocimiento del derecho federal, ya que es ahí en dónde ha tenido la figura su mayor desarrollo jurídico. De esta forma, el método más recomendado para analizar la doctrina es realizar un acercamiento a las decisiones y opiniones que han sido dictadas por las Cortes de Circuito de Apelación, ya que en ellas confluyen tanto las revisiones de las decisiones del derecho estatal como aquellas del derecho federal.

Finalmente, y no menos importante, es menester indicar que un estudio doctrinal de la *willful blindness* no puede encontrarse separado de un estudio sobre las decisiones judiciales que han intervenido con ocasión a la aplicación de la misma. Esto es así porque el lugar donde se desarrolla la figura y donde tiene su mayor impacto es en el proceso penal, el cual no puede quedar exento de análisis si lo que pretendemos es conseguir un criterio que nos permita dar lugar al establecimiento del concreto significado de figura jurídica.

1. *Willful blindness* y *mens rea*

El *mens rea* siempre ha sido un elemento de singular importancia en el sistema del *common law*. En el capítulo anterior³⁰⁸ pudimos observar que este concepto hace referencia a una determinada disposición mental del autor al momento de realizar el *actus reus*, y que no constituye un criterio unitario de estado mental, sino que hace referencia a una serie de elementos mentales que lo dan por satisfecho. De esta forma, la expresión *mens rea* se convierte en un referente del estado mental que debe poseer el autor al momento de la realización del hecho, pero este estado mental puede consistir en un sinnúmero de elementos diversos que van desde la intención hasta la negligencia y que, en el sistema del *common law* ha recibido una diversidad sustancial de nombres.

La particularidad que presenta el tratamiento del *mens rea* en el sistema del *common law*, guarda una relación directa con el reconocimiento que se ha hecho en este sistema respecto de los delitos de responsabilidad estricta. Como hemos indicado, en algunos casos la culpabilidad de la conducta parece no estar vinculada a ninguna disposición mental del autor al momento de la realización del hecho para fines de atribución de responsabilidad penal, sobre todo en los denominados delitos de bienestar públicos (*public welfare offenses*). Esta situación es más latente en el sistema de los EE.UU., producto de la división existente entre el derecho federal y el derecho estatal como estructura judicial dual operante en este país.

En la segunda década del siglo XX, la SCJ reconoció la existencia de delitos que no requerían ningún tipo de estado mental para quedar satisfechos. Asimismo, permitió que se omitiera la exigencia de un determinado *mens rea* en los estatutos del derecho penal federal cuando en el proceso conocido como *United States v. Balint*, al dar respuesta a una objeción constitucional, estatuyó en el sentido de que los delitos de responsabilidad estricta no vulneraban el debido proceso³⁰⁹. Sin embargo, justo treinta años después, en el trascendental proceso de *Morissette v. United States*³¹⁰, la SCJ vendría a retractarse de lo indicado en *Balint* estableciendo que la exigencia de algún nivel de culpabilidad era un requisito universal persistente en los sistemas más maduros de derecho penal del mundo basado en la creencia de la libertad humana y en la

³⁰⁸ *Vid. Supra Secc. III. 2*

³⁰⁹ *United States v. Balint*, 258 U.S. 250, 251 (1922); extraída de TRAPS, LEONID. “*Knowingly Ignorant: Mens Rea Distribution in Federal Criminal Law After Flores-Figueroa*”. *Columbia Law Review* Vol. 112. USA. 2012 p. 628 y ss.

³¹⁰ 342 U.S. 246 (1952)

consecuente capacidad y deber del ser humano de elegir entre el bien y el mal³¹¹. A partir de esta decisión, la SCJ no ha dejado de repetir lo indicado en *Morrisette v. United States* y ha rechazado en repetidas ocasiones la aplicación de la responsabilidad estricta a elementos ambiguos de los estatutos penales federales, especialmente si se especifica un término de *mens rea* o culpabilidad en algún lugar del esquema estatutario.

Ahora bien, la decisión de *Morrisette v. United States* constituyó un arma de doble filo, pues, así como rechazó la no utilización de un *mens rea* estatutario para delitos de *common law*, así mismo reconoció la existencia de los denominados delitos de bienestar público (*public welfare offenses*) indicando que se trataban de delitos de una categoría y características diferentes con orígenes y antecedentes distintos. Es decir, rechazó por un lado la criminalización de conductas sin la presencia de un *mens rea*, siempre y cuando fueran delitos provenientes del *common law*, pero, a la vez, reconoció la existencia de las *public welfare offenses*, exigiendo, por un lado el criterio de culpabilidad en el *common law* y, por el otro, dando creación y continuidad a una especie de delitos diferentes.

Esto tuvo como consecuencia que el Congreso estadounidense expandiera la creación de delitos de bienestar público estableciendo delitos económicos que lograron políticas sociales y delitos relacionados con materiales peligrosos. En efecto, a la vez que incrementaba y ampliaba la gama de delitos federales, estos continuaron confiando en los términos de *mens rea* establecidos por el *common law*. La consecuencia de esto es que, a día de hoy, se tiene una sobre-criminalización de conductas en el ámbito federal y, a diferencia de las jurisdicciones y Legislaturas estatales que adoptaron disposiciones del MPC, los legisladores federales no se encuentran constreñidos por un código penal real que defina el *mens rea* o establezca reglas de interpretaciones de elementos subjetivos del delito³¹². De esta forma el derecho penal federal reconoce al menos setenta y ocho términos diferentes de *mens rea*, los cuales a menudo tienen diversos significados que entran en conflicto entre sí.

Por otro lado, la cantidad de delitos que se establecen en el ámbito federal harían exigible al menos el establecimiento de un *mens rea* claro, ya que tal y como lo reconoce MOOHR, muchas veces el elemento de la culpabilidad es el único término que separa el hecho de que una

³¹¹ *Ibidem* parr. 250.

³¹² Vid. SZOTT MOOHR, GERALDINE. "Playing with The Rules: An Effort to Strengthen the Mens Rea Standards of Federal Criminal Laws." *Journal of Law, Economics & Policy*. Vol. 7. No. 4. USA. 2011. p. 685 y ss.

conducta sea considerada criminal y no una violación civil³¹³. De aquí se infiere que el ámbito federal no parece cumplir cabalmente con el elemento de certeza que exige el principio de legalidad penal en la creación de los delitos, por lo que los tribunales a menudo deben de establecer expresamente qué elemento mental está exigiendo el estatuto federal, en caso de que efectivamente establezca alguno.

La problemática del derecho federal es que emana del Congreso de los EE.U., y este no puede ser modificado por los jueces mediante las decisiones judiciales ni tampoco por las legislaciones estatales, quedando los jueces obligados a realizar –como mucho- una interpretación de los estatutos federales atendiendo siempre a la intención del legislador en la creación de los mismos.

El caso de la *willful blindness* no constituye una excepción a lo aquí expuesto, sin embargo, tiene la particularidad de que su aplicación se da exclusivamente en aquellos estatutos que exigen el conocimiento actual como un requisito del *mens rea*, por lo que se deduce que para que pueda ser aplicada esta doctrina debe haberse reconocido en el estatuto la presencia de un *mens rea* que será, en todos los casos, un *mens rea* de conocimiento.

Ahora bien, aquí surge una pregunta en el sentido de, ¿cómo se fundamenta un *mens rea*?, es decir, ¿cuándo se establece que un acusado cumple con un determinado *mens rea*? La doctrina inglesa ha reconocido la existencia de tres pasos para dar por satisfecho si un imputado cumplía con un determinado *mens rea*, requiriendo de esta forma: i) La determinación de qué estado de *mens rea* es necesario con respecto a cada elemento separado de la *actus reus*³¹⁴; ii) La interpretación de los criterios de los elementos que conforman el *mens rea* y; iii) La cuestión de hecho, que se formula con la pregunta acerca de si contaba el acusado con el *mens rea* requerido al momento de la realización del hecho o si actuó con dicho elemento.³¹⁵

De esta forma, la *willful blindness* no constituiría un *mens rea* autónomo, sino un estado mental que puede satisfacer el requisito de *mens rea* del conocimiento cuando éste sea exigido por un

³¹³ Ibidem. p. 693

³¹⁴ Debe recordarse aquí que un estatuto particular puede exigir la presencia de diversos *mens rea* para un determinado delito, ya que un determinado tipo penal en el *common law* puede estar dividido entre elementos mentales relacionados con la conducta, elementos mentales relacionados con el resultado y elementos mentales relacionados con las circunstancias concurrentes.

³¹⁵ SIMESTER, A.P./SULLIVAN, G.R. “*Criminal Law. Theory and Doctrine.*” Hart Publishing. Oxford-Portland Oregon. USA. 2000, p. 114.

determinado estatuto, ya que la *willful blindness* no se encuentra dentro de ninguno de los elementos mentales que se conocen³¹⁶, ni forma parte de los elementos mentales de la culpabilidad reconocidos por el MPC como son el *intent or purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*. Ahora bien, en el caso *Jewell*, la Corte de Apelación del Noveno Circuito reconoció que la *willful blindness* se encontraba recogida en el apartado §2.02(7) del MPC, ya que este establece:

*“cuando el conocimiento de la existencia de un hecho particular es un elemento de un delito, dicho conocimiento se establece si la persona es consciente de una alta probabilidad de su existencia, a menos que realmente crea que no existe”*³¹⁷.

Los propios redactores del MPC indicaron que, precisamente, esta definición de la “alta probabilidad” había sido introducida en la descripción del conocimiento para hacer frente a los casos de *willful blindness*, toda vez que la misma envuelve “*el caso de un autor que es consciente de la probable existencia de un hecho material pero no determina si existe o no existe*”³¹⁸. Sin embargo, somos de opinión que la redacción del MPC sobre la presencia del conocimiento cuando el autor tenga conciencia de una alta probabilidad de su existencia no viene a tratar los casos de *willful blindness*, pues según como entendemos esta doctrina, se exige en ella unos requisitos que no se encuentran en el indicado estatuto, no obstante, el mismo lo que hace es ampliar el radio de acción del conocimiento. En ese sentido, al no existir en el derecho penal norteamericano una redacción estatutaria que haga referencia única y exclusivamente a la *willful blindness*, si bien esta definición es la que más se asemejaría a su inclusión dentro del sistema de imputación subjetiva, faltaría el cumplimiento de una serie de requisitos para poder determinar que la *willful blindness* se encuentra positivizada en este sistema.

En virtud de lo anterior, entendemos que la *willful blindness* no tiene un lugar propio en el modelo de imputación subjetiva del *common law* ni forma parte de los elementos que fundamentan el *mens rea*, por lo que no puede reconocerse como un *mens rea* autónomo. Así las cosas, la única caracterización que podemos atribuirle hasta el momento es la de ser un

³¹⁶ *Purposely, Intention, Deliberateness, Recklessness, Willfulness, Knowledge, Belief, Malice, Maliciousness, Carelessness, Wanton, Fraudulence, Dishonesty, Corruptly, Negligence, Suspiciously, etc.*

³¹⁷ “MPC§2.02 (7). **Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability.** *When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.*”

³¹⁸ *Ibíd.* 2.02. Comentario 9, p. 248.

estado mental que se utiliza para acreditar otro estado mental como lo es el conocimiento, y sólo cuando éste sea exigido por un determinado estatuto y dentro del proceso penal se debata si el autor había actuado o no con conocimiento.

Esto nos lleva al análisis de la crítica más dura que ha recibido la doctrina por parte de la doctrina de todo el sistema del *common law*, al realizar la interrogante, entonces, de a cuál de los elementos del *mens rea* (*purpose, knowledge, recklessness, negligence*) debe equipararse esta figura jurídica ya que, si bien es cierto que la jurisprudencia la ha equiparado al conocimiento en función de la definición que ofrece el MPC en su apartado §2.02 (7), no existe una uniformidad doctrinal ni consenso total por parte de los magistrados a si efectivamente la *willful blindness* establece un criterio de equiparación directo al *knowledge* o si se trata de un estado mental menos grave que el conocimiento, como la *recklessness*.

2. Willful blindness, knowledge y recklessness

La polémica doctrinal y jurisprudencial con relación a la equiparación de la *willful blindness* respecto de uno de los estados mentales del sistema de imputación subjetiva norteamericano se acrecienta con ocasión de la redacción del apartado §2.02(7) del MPC y su reconocimiento por la Corte de Apelación del Noveno Circuito en el caso *Jewell*. Además, tampoco existe un criterio unitario por las Cortes que han aceptado la utilización del concepto de la *willful blindness*, sin embargo, todas coinciden en equipararla al conocimiento. De hecho, la división oscila entre aquellas que entienden que la *willful blindness* es un sustituto del conocimiento actual, aquellas que la consideran de un grado menor que el conocimiento y aquellas que entienden que no es conocimiento, pero es igualmente culpable³¹⁹.

Como ya hemos visto³²⁰, el MPC en su sección 2.02 consagra los elementos generales de la culpabilidad y sobre el conocimiento indica que se actúa a sabiendas (*knowingly*) con respecto a un elemento material del delito cuando (i) el elemento implica la naturaleza de su conducta o las circunstancias del caso; se es consciente de que su conducta es de esa naturaleza o que existen esas circunstancias y; (ii) si el elemento implica una consecuencia de su conducta y se es consciente de que es prácticamente seguro que su conducta va a provocar tal resultado.

³¹⁹ Vid. COMMENTS. Op. cit. p. 472

³²⁰ *Supra*. Cap. I. Secc. III.5.

El MPC establece, además, en las notas aclaratorias que cuando el conocimiento de la existencia de un hecho particular es un elemento del delito, éste puede ser suplido con la conciencia de la alta probabilidad de su existencia.

Con respecto a la *recklessness*, el MPC establece que una persona actúa desconsideradamente (*recklessly*) con respecto a un elemento material del delito cuando desatiende conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o será el resultado de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que, teniendo en cuenta la naturaleza y propósito de la conducta del autor, y las circunstancias conocidas por él, su desatención implica una desviación grave de la norma de conducta que una persona respetuosa de la ley habría observado en la situación del autor.

2.1 Willful blindness como knowledge

Si bien la gran mayoría de las Cortes que han aprobado el uso de la *willful blindness* la han entendido como un sustituto del conocimiento actual, en la decisión de la Corte inglesa en el proceso de *Roper v. Taylor Ltd*, el Juez Devlin J., desarrolló el concepto de conocimiento de segundo grado (*knowledge of the second degree*), el cual en su opinión era conocimiento actual a los ojos de la ley.³²¹ Al reconocer este nuevo concepto de conocimiento de segundo grado rechazó, además, el hecho de que se condenara a un imputado por conocimiento cuando éste no supo, por más negligente que hubiera sido en no haber obtenido el conocimiento. De esta forma estableció que “el caso de un mero descuido en realizar investigaciones no es para nada conocimiento – esto viene dentro de la concepción del conocimiento constructivo (*constructive knowledge*), una concepción del derecho civil que, generalmente hablando, no tiene cabida en el derecho penal”³²².

También WILLIAMS³²³, al analizar la *willful blindness* en la doctrina inglesa reconoció, muy temprano, que:

³²¹ Vid. WILSON C., LARRY. Op. Cit. p. 176; EDWARDS, J. LL. J. Op. Cit. p. 298; WILLIAMS, GLANVILLE. Op. Cit. Pp. 157; COMMENTS. Op. Cit. p. 472, quienes hacen referencia a la sentencia de *Roper v. Taylor's LTD*. 2. T.L.R. 284 (K.B.) 1951

³²² Vid. WILSON C. LARRY. Op. Cit.; en referencia a *Roper v. Taylor's LTD*.

³²³ GLANVILLE, WILLIAMS. Op. Cit. p. 159

“La regla de que la ceguera voluntaria es equivalente al conocimiento es esencial, y se encuentra en todo el derecho penal. Es, al mismo tiempo, una regla inestable, porque los jueces tienden a olvidar su alcance muy limitado. Un tribunal puede encontrar ceguera voluntaria sólo cuando casi se puede decir que el acusado realmente sabía. El sujeto sospechó el hecho; se dio cuenta de su probabilidad; pero se abstuvo de obtener la confirmación final porque quería en el evento poder negar el conocimiento. Esto, y solo esto, es ceguera voluntaria. Requiere en efecto una conclusión de que el acusado intentó engañar a la administración de justicia. Cualquier definición más amplia haría que la doctrina de la ceguera intencional no se distinguiera de la doctrina civil de la negligencia al no obtener conocimiento”.

Este autor fue quien por primera vez equiparó la *willful blindness* al conocimiento y si bien reconocía que la utilización de esta doctrina debía ser excepcional, los elementos que proveyó para arribar a sus conclusiones sentarían las bases para el reconocimiento característico de la figura jurídica. WILLIAMS parte de la sospecha en la mente del autor, de la conciencia de la probabilidad en la existencia de la circunstancia presente y de una abstención deliberada con la finalidad de evitar confirmar, no ya sus sospechas iniciales sino la probabilidad que ha sido reconocida por el autor de que la circunstancia es verdadera, precisamente, porque desea mantenerse en este estado de ignorancia para poder negar el conocimiento en el eventual caso de ser descubierto.

Para WILLIAMS, los casos de *willful blindness* son equiparables al conocimiento porque llevan implícita una intención de defraudar a la administración de justicia, porque son producto de un ardid por parte del autor que ya ha reconocido que sus sospechas se encontrarían confirmadas si procede a investigar. Sin embargo, reconoce la inestabilidad de la doctrina y su facilidad para ser confundida con estados mentales menos graves por lo que alerta de su peligro y recomienda el cuidado en su utilización para evitar una confusión con la imprudencia civil, que no es más que el *constructive knowledge* a que hacía referencia el Juez Devlin J.

Ahora bien, si bien compartimos en gran parte el reconocimiento que hiciera WILLIAMS de la doctrina de la *willful blindness*, todavía no se explica el nivel de probabilidad que debe habersele reconocido al autor para poder hablar de *willful blindness*, así como tampoco el nivel de sospecha con el que debe contar el mismo. Por otro lado, WILLIAMS reconoce que la doctrina es equivalente al conocimiento, pero al mismo tiempo describe elementos que son muy propios de la *recklessness* lo que ha llevado a otros autores a plantear que más que el conocimiento, la doctrina es más equiparable a la *recklessness*.

2.2 *Willful blindness* como *recklessness*

Hemos visto cómo la discusión en la doctrina está más dirigida a establecer a qué elemento mental del *mens rea* se corresponde la *willful blindness*. Algunos autores consideran que la doctrina lo que hace es definir un estado mental como la *recklessness* por lo que debería aplicar únicamente a estos casos, basando su posición en que la definición del apartado 2.02(7) del MPC lo que hace es describir la *recklessness*. Otros autores, sin embargo, entienden que la *willful blindness* no es ni conocimiento ni *recklessness*, sino un estado mental intermedio entre ambos. Finalmente, otro grupo entiende que la *willful blindness* es moralmente igual de culpable que el conocimiento, por lo que un determinado tipo de casos debería ser equiparado al conocimiento.

Llegar a un resultado satisfactorio que permita definir qué es la *willful blindness* en realidad requiere de un estudio concreto de los conceptos de conocimiento (*knowledge*) y desconsideración (*recklessness*), lo que permitiría determinar a cuál de los dos se refiere la *willful blindness*. Sin embargo, antes de adentrarnos al mismo, nos enfocaremos en el desarrollo de los argumentos de los autores que más profundamente han trabajado la *willful blindness*.

2.2.1 La tesis de ROBBINS

Para ROBBINS³²⁴ la *willful blindness* no es más que desconsideración (*recklessness*) ya que, el MPC distingue entre las cuestiones de hechos existentes y aquellas relativas a los futuros resultados de la conducta del autor, proponiendo que el estándar de la “conciencia de la alta probabilidad” contenido en la §2.02(7) sólo se aplique a los hechos existentes. Es decir, el MPC al definir el conocimiento (*knowledge*) establece que éste envuelve la conciencia de la existencia de la conducta o de la circunstancia concurrente y la conciencia de que el resultado es prácticamente cierto que ocurrirá. Sin embargo, cuando el MPC describe el estándar de la conciencia de la alta probabilidad sólo lo hace en referencia a las circunstancias concurrentes. De esta forma, la conciencia de la alta probabilidad está relacionada únicamente con la presencia de un hecho material y no vincula ni a la conducta ni al resultado.

³²⁴ ROBBINS, IRA P. Op. Cit. p. 223 y ss.

La desconsideración (*recklessness*) es la “desatención consciente de un riesgo sustancial e injustificable”, o la “creación consciente de los riesgos”. Esta desatención consciente requiere que el autor realmente haya reconocido el riesgo en particular por lo que la *recklessness* vendría siendo una cuestión subjetiva y no un criterio meramente objetivo. En la opinión de ROBBINS, la *recklessness* supone dudar y su terminología se aplica a la desatención consciente de la probabilidad de que pueda ocurrir cualquier elemento material del delito, por tanto, lo que se describe con este término es una voluntad de actuar en el rostro de una probabilidad percibida que puede estar relacionada a un hecho particular, circunstancia o resultado. De esta forma, las disposiciones del MPC relativas a la desconsideración (*recklessness*) pueden ser aplicadas a cualquier elemento material del delito, por lo que al realizar esta aplicación general elimina la base para una distinción entre los hechos existentes y los resultados con respecto a la imposición de un estándar de conocimiento que se apoya en la probabilidad³²⁵.

Así, según ROBBINS, el Código lo que hace posteriormente es establecer que la inferencia del conocimiento de un hecho se puede obtener a través de la prueba de la apreciación por parte del sujeto de la alta probabilidad de su existencia, salvo que el autor demuestre una creencia contraria. Por esto, aunque el “riesgo sustancial” y la “alta probabilidad” que menciona el MPC se utilizan para distinguir entre la desconsideración (*recklessness*) y el conocimiento (*knowledge*), el Código no define adecuadamente estos términos ni sugiere criterios con los cuáles diferenciarlos, sino que lo que hace es redefinir la *recklessness* con respecto a los hechos existentes para poder incluir los casos de *willful blindness*³²⁶. En ese sentido, según ROBBINS ambos conceptos –*knowledge* y *recklessness*– requieren de conciencia, sin embargo, el conocimiento requiere de una conciencia de certeza del hecho y la desconsideración de una conciencia de la probabilidad del hecho, por lo que estas diferencias son esenciales para delimitar ambos conceptos.

Por estos motivos, ROBBINS rechaza la formulación de la MPC como un modelo para las instrucciones del jurado en los casos de *willful blindness* ya que la norma de la “alta probabilidad” y el “al menos que” a los que hace referencia el Código lo que hacen es describir la *recklessness* en lugar del *knowledge* y su adopción por parte de los jueces en lugar de los legisladores infringe el deber del cuerpo de legislación de definir las conductas criminales pero,

³²⁵ *Ibíd.* p. 223

³²⁶ *Ibíd.* p. 224

además, vulnera el derecho del acusado de que la acusación pruebe, más allá de toda duda razonable, cada elemento del delito que le ha sido imputado³²⁷.

Esta tesis es en parte defendida por SIMMONS³²⁸ al analizar la versión de la doctrina de la *willful blindness* establecida en el MPC. El autor se plantea una serie de interrogantes que propone a modo de crítica. En primer lugar, señala que, en lo relativo a la “alta probabilidad” a la que hace referencia el MPC, no existe un significado claro en su construcción, ya que el Código debería describir un riesgo mayor que el “riesgo sustancial” a que hace referencia la *recklessness*- al ser éste un estado mental menor que el de la *willful blindness*-, por lo que sostiene que debería explicarse cuánto más grande debería ser ese riesgo.

En segundo lugar, sostiene que si la alta probabilidad es mayor a un 50% entonces la definición en su conjunto no tendría ningún tipo de sentido, toda vez que, al parecer, la última cláusula de “al menos que crea que no existe” es difícilmente entendible que pueda aplicarse, ya que resultaría imposible imaginar que una persona crea que realmente un hecho no exista y a la vez tenga la conciencia de la alta probabilidad de su existencia.

Finalmente, se entiende que la definición del MPC tampoco sigue la política detrás de la *willful blindness* que, en su acepción, es tratar al autor desconsiderado con tanta dureza como al autor que actúa “a sabiendas” en aquellos casos en los que el autor desconsiderado carece de conocimientos sólo por una razón culpable. Además, entiende que con la aplicación de la cláusula de la alta probabilidad se corre el riesgo de diluir en muchos casos, el nivel de exigencia del conocimiento, lo que podría permitir a los jurados encontrar que un individuo tenía conocimiento de la existencia de una circunstancia concurrente solamente cuando dicho individuo fue desconsiderado con respecto a dicha circunstancia.

Estas objeciones no son realizadas únicamente dentro del ámbito estadounidense, también SHERRIN³²⁹, respecto del derecho canadiense plantea que la *willful blindness* es un concepto problemático y que simplemente un entendimiento flexible de la *recklessness* daría cabida a

³²⁷ *Ibíd.* p. 228

³²⁸ SIMMONS, KENNETH. “*Should the Model Penal Code Provisions Be Amended?*” *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 1. No. 179. USA. 2003. p. 187; Vid. ALEXANDER, LARRY. “*Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability.*” *California Law Review*. Vol. 88. No. 3. Art. 14. USA 2000. p. 941, quien considera también que la *willful blindness* lo que describe es *recklessness*.

³²⁹ SHERRIN, CHRISTOPHER. “*Willful Blindness: A Confused and Unnecessary Basis for Criminal Liability?*” *University of British Columbia Law Review*. Vol. 47. No. 2. Canada. 2014. pp. 709-741

tratar los aspectos de la *willful blindness*, de donde concluye que la utilización de la doctrina es innecesaria. En su análisis de la doctrina, el autor entiende que la *willful blindness* conlleva una inaceptable e intencional asunción de riesgos, por lo que este estado mental está incluido en el concepto de *recklessness*. Por otro lado, considera que la diferencia existente en la distinción entre *willful blindness* y *recklessness* en el derecho canadiense es más de carácter formal por lo que perfectamente pudiera prescindirse de ella y seguir haciéndoles frente a los casos de *willful blindness* con una aplicación de la *recklessness*.

El problema de este argumento es que no se trata de si existen herramientas o no para hacer frente a los casos de *willful blindness* con otros estados mentales que se encuentran dentro del sistema de imputación del *common law*, sino que de lo que se trata es de determinar por qué se imputa el conocimiento a través de la *willful blindness* si ella lo que hace es definir la *recklessness*.

En definitiva, lejos de realizar un análisis directo sobre la *willful blindness* y el porqué de su utilización como conocimiento, estos autores se enfocan en establecer las semejanzas que existen entre la *willful blindness* y la *recklessness*, por un lado, partiendo de las definiciones que ofrece el MPC sobre la conciencia de la alta probabilidad y la asunción del riesgo, y por el otro, indicando que la *recklessness* puede suplir todos los casos de *willful blindness*.

Ahora bien, ROBBINS plantea una preocupación sincera cuando establece que la aplicación de la doctrina no distingue entre la intencionalidad (*willfulness*) y la negligencia (*negligence*) en el comportamiento del autor, por lo que una mala interpretación de la figura jurídica o una mala aplicación puede llevar a un *factfinder*³³⁰ a fundamentar una condena por conocimiento, alegando y aplicando la *willful blindness*, cuando el autor fue simplemente negligente en su comportamiento con relación al supuesto de hecho. Este argumento se basa en algunas decisiones de las Cortes de Apelaciones de diversos Circuitos en los cuales se ha utilizado la

³³⁰ El término “*factfinder*” hace referencia a una figura imparcial que en el proceso judicial del *common law*, tiene a bien encontrar la veracidad de los hechos. En los casos penales el concepto hace referencia, generalmente, al jurado, pero puede darse también la situación de que sea el propio juez quien asuma la tarea de *factfinding* o ya un maestro especial (perito) designado por el juez. Sobre el *factfinding* por el jurado vid. HOWE, SCOTT W. “*Jury Fact-Finding in Criminal Cases: Constitutional Limits on Factual Disagreements Among Convicting Jurors.*” *Missouri Law Review*. Vol. 58 No. 1 Article 6. USA. 1993. pp. 1-84

cláusula que indica “evitar el conocimiento intencionalmente al cerrar los ojos a hechos que deberían incitarlo a investigar”³³¹.

Al utilizar la cláusula de que “*el autor cerró los ojos a los hechos que deberían incitarlo a investigar*” se puede dar por entendido que el autor al no investigar debió hacerlo, por lo que la responsabilidad penal le será atribuido por no haber hecho lo que debía hacer y este aspecto es claramente un asunto de la negligencia, pues el autor inadvertió una situación que tenía la obligación de advertir conforme a un estándar objetivo basado en la persona razonable. Esta malinterpretación puede tener consecuencias desastrosas desde el punto de vista del Estado de Derecho y del principio de presunción de inocencia, pues una inadvertencia imprudente jamás puede dar lugar a una imputación dolosa. De esta forma, se estaría comprometiendo francamente el principio de seguridad jurídica pues se intentaría cargar sobre los hombros de los ciudadanos un deber de advertencia que irrumpiría en la propia autonomía del individuo quebrantando los aspectos más básicos de la libertad del ser humano.

Este es un peligro advertido, incluso, desde los inicios de la aplicación la doctrina y fue una de las razones que llevó al Juez Kennedy al presentar su disidencia en el caso *Jewell*. El hoy Juez de la SCJ de los EE.UU. en su momento indicó que:

“La instrucción de Jewell no deberían darse a menos que la evidencia pueda sustentar un hallazgo, más allá de una duda razonable, de que el acusado deliberadamente ideó evitar aprender todos los hechos para tener una defensa en caso de ser arrestado y acusado ... El peligro es que los jurados evitarán las preguntas de scienter y condenarán según estándares análogos a la negligencia. Dichas condenas son totalmente inconsistentes con el requisito legal de scienter”³³².

Nótese como en *Jewell* se hacía referencia a planteamientos similares a los realizados por WILLIAMS respecto de la *willful blindness*, sobre todo en cuanto a los peligros de la doctrina y cómo la misma debía ser utilizada únicamente en caso de que se vislumbrara una posible

³³¹ El lenguaje consistente en “*intentionally avoided knowledge by closing his eyes to facts which Should prompt him to investigate*” ha sido utilizado indistintamente por el Segundo, Quinto, Séptimo, Octavo y Noveno Circuito en diversas decisiones. Vid. ROBBINS, IRA P. Op. Cit. p. 230 con especial referencia a las notas 251 y 253.; MARCUS, JONATHAN. Op. Cit. p. 2248; cuando establece que “un jurado puede en efecto mal interpretar la *willful blindness* cuando entienda que un acusado pueda ser condenado porque debía haber conocido el hecho, un requisito que exige la negligencia”.

³³² *United States v. Jewell* 352 F. 2d at 706-707. El concepto de scienter se utiliza en referencia al estándar de prueba del hecho y su realización con conocimiento por parte del autor.

intención de defraudar a la administración de justicia, alegando que no hubo conocimiento del hecho incriminatorio al momento de realizar la acción.

Por su parte, RODRÍGUEZ³³³ –desde una perspectiva de los casos de terrorismo- se adhiere al planteamiento de ROBBINS entendiendo relevante la crítica para la comprensión de la *willful blindness*, su uso indebido y su correcta aplicación, sosteniendo que la doctrina debería ser sometida a examen nuevamente con la finalidad de estructurar un criterio correcto en su utilización. En ese sentido, plantea algunos ejemplos que propuso el Juez POSNER relativos al problema que plantea la cuestión de una errónea instrucción de la doctrina a los miembros del jurado, reconociendo que su problema más fuerte es la tendencia a permitir que los miembros del jurado condenen en delitos que exigen intención, tras la mera determinación de un comportamiento negligente o desconsiderado. Sin embargo, el autor reconoce que estas críticas pueden ser desviadas si se entiende cuidadosamente el comportamiento de los avestruces ya que estos pájaros no son aves descuidadas, sino que entierran su cabeza en la arena con la finalidad de no ver o escuchar cosas que les resultan desagradables, evitando de esta forma adquirir el conocimiento de lo que ocurre a su alrededor.

Para POSNER, la instrucción de la doctrina se ha diseñado para los casos en los que existe evidencia de que el imputado “a sabiendas” o bajo la sospecha de que se encuentra realizando una actividad criminal, toma medidas para asegurarse de que no adquiere el conocimiento necesario o exacto de la naturaleza del hecho. En ese sentido, según esta doctrina lo que se pretende es permitir las condenas en aquellos supuestos en los que un imputado realiza un esfuerzo deliberado por evitar el conocimiento de cargo, pero si el *factfinder* no aprecia correctamente la diferencia que existe entre el autor deliberado y el autor imprudente, esto es, entre el avestruz que entierra la cabeza en la arena y los pájaros simplemente descuidados- puede dar lugar a imponer una condena a este último erróneamente. De esta forma POSNER sugiere que el *factfinder* debe determinar que el imputado fue más como un avestruz (que tomó medidas para evitar deliberadamente el conocimiento culpable) que como el pájaro descuidado

³³³ RODRÍGUEZ, SHAWN D. “Caging Careless Birds: Examining Dangers Posed by the Willful Blindness Doctrine in the War of Terror”. University of Pennsylvania. Journal of International Law. USA. 2008. p. 729; Vid. LUBAN, DAVID. “Contrived Ignorance”. The Georgetown Law Review. Vol 87.USA. 1999. p.959; quien reconoce que la cláusula “*should have known*” (debería haber conocido) implica un deber de conocer cuyo incumplimiento generaría una comisión por negligencia, cuestionándose de dónde surge ese deber y por qué, ya que la ley es generalmente reacia a imponer deberes a los ciudadanos al menos que éstos ocupen posiciones de responsabilidad especial.

(que debería haber tenido el conocimiento del hecho o circunstancias, pero por descuido no lo hizo)³³⁴.

3. *Willful blindness* entre *knowledge* y *recklessness*

Algunos autores han sugerido que la *willful blindness* consiste en un estado mental híbrido que no es exactamente igual que el *knowledge*, pero tampoco es *recklessness*. Se trataría entonces de un estado mental ubicado en un punto intermedio que se desdibujaría entre la *recklessness* y el *knowledge*, compartiendo características de ambos. Dentro de estos autores se encuentra CHARLOW, quien en un trabajo publicado en el año 1992 realiza un estudio a profundidad de la *willful blindness* y su relación con la responsabilidad penal.

3.1 La tesis de CHARLOW

La autora establece que, si se toma en cuenta las consideraciones del *knowledge*, la *recklessness* y la *willful blindness* de la forma en que figuran descritas en el MPC, ésta última se ubicaría entre el *knowledge* y la *recklessness* en un continuo de certeza. Para llegar a esta solución CHARLOW inicia intentando definir lo que se entiende como *willful blindness* mediante la realización de una división tripartita en la que se agruparán, por un lado, todas aquellas definiciones basadas en el MPC, por otro lado, aquellas definiciones basadas en la *recklessness* y finalmente, aquellas definiciones basadas en *willfulness*. En adición a estos tres grupos, la autora reconoce también que existen definiciones basadas en elementos propios de la imprudencia en la descripción de la doctrina³³⁵, aunque no se enfoca en esta última.

Asimismo, cada uno de los anteriores grupos (MPC, *Recklessness* y *Willfulness*) se pueden a su vez dividir en tres conjuntos adicionales o subgrupos. De esta forma tendríamos: i) las denominadas formas puras, en las que el tipo de lenguaje especificado es la única descripción de la doctrina; ii) las formas disyuntivas mixtas, en las que el lenguaje especificado y otro tipo de lenguaje de *willful blindness* se usan como descripciones alternativas a la doctrina; y iii) las

³³⁴ Este ejemplo adquirió un nivel de relevancia que las instrucciones al jurado de la doctrina de la *willful blindness* se reconocen indistintamente como *Jewell instruction* y *ostrich instruction*, por haber sido el Noveno y el Séptimo Circuito, los más relevantes en cuanto al tratamiento de la doctrina.

³³⁵ CHARLOW, ROBIN. "Willful Ignorance and Criminal Culpability". *Texas Law Review*. Vol. 70. No. 6. USA. 1992. p. 1366, con especial referencia a las notas 63 y 64.

formas conjuntivas mixtas, en las cuales el lenguaje especificado y alguna otra forma de lenguaje de *willful blindness* son ambos necesarios para establecer la doctrina.

Lo interesante de esta división es que permite el análisis de la *willful blindness* mediante un estudio de casos judiciales agrupados conforme a las definiciones que se han brindado en las diferentes instrucciones al jurado por parte de los diversos Circuitos de Apelación. Lo curioso es observar cómo una misma Corte de Apelación utiliza varias definiciones diversas de los grupos anteriores para hacer referencia a la misma doctrina³³⁶.

Para CHARLOW el tratamiento más fácil de explicar con relación a la doctrina es aquel que se basa en la definición del MPC, la cual viene a tratar –según los comentarios del Código- aquella situación del sujeto que es consciente de la probable existencia de un hecho material pero no determina si existe o no. De la definición que brinda la nota aclaratoria de la §No. 2. 02(7) la autora reconoce la existencia de dos elementos importantes: i) La conciencia de una alta probabilidad de la existencia del hecho material, y ii) La ausencia de una creencia real de la inexistencia del hecho, es decir, que el autor realmente cree que no existe. Reconoce también que los tribunales raramente utilizan estos elementos de manera aislada, es decir, o utilizan ambos elementos o mezclan uno de estos elementos con alguna de las definiciones de los grupos indicados, ya sean basados en la *recklessness* o basados en la *willfulness*.

En segundo lugar, se encuentran las descripciones basadas en *recklessness*, en ella los tribunales suelen indicar frases como “un acto puede ser realizado voluntariamente, a sabiendas o ilegalmente, si es realizado desconsideradamente...sin tomar en cuenta si era verdadero o falso”³³⁷ o como “desconsiderada y voluntariamente cerró sus ojos a las fuentes de información”³³⁸.

³³⁶ Como por ejemplo el Segundo Circuito ha utilizado indistintamente un lenguaje basado en la *recklessness* y en la *willfulness* en dos casos distintos para hacer referencia a la *willful blindness*. Por su parte, el Noveno Circuito ha utilizado un lenguaje basado en *willfulness* y en el MPC alternativamente. Vid. CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1366 Nota 63.

³³⁷ “An act could be done willfully, knowingly and unlawfully, if it is done recklessly...without regard to whether it was true or false”. Lo curioso de esta instrucción es que utiliza nada menos que cuatro elementos mentales diferentes para hacer referencia a la acción injusta del sujeto. Elementos como el *willful*, *knowledge*, *unlawfully* y *reckless* corresponden todos a criterios de *mens rea* del *common law*, por lo que aquí se denota que en esta instrucción el tribunal no se acogió a las definiciones del MPC. Vid. *United States v. Precision Medical Lab., Inc.*, 593 F. 2d 434, 445 del Segundo Circuito 1978, citando al tribunal de instancia. Extraída de CHARLOW, ROBIN, Op. Cit. p. 1368

³³⁸ CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1369 Nota 76. Otra frase que frecuentemente se utiliza indica lo siguiente: “demostrando al menos una desconsideración indiferente hacia la verdad” (*demonstrated at the very least a reckless indifference to the truth*).

Se indica que muchas veces las definiciones que se basan en *recklessness* conllevan tanto una forma conjuntiva mixta como una forma disyuntiva mixta, en las cuales en el primer caso se todo parecería indicar que se intenta establecer de manera implícita que la definición basada en *recklessness* es una alternativa al establecimiento de la *willful blindness* y, por el otro lado –al usar la forma disyuntiva- parecería indicarse que son requeridas ambas formulaciones para dar por acreditada la *willful blindness*.³³⁹ Esta forma de establecer las instrucciones no hacen más que demostrar la confusión que opera en la apelación a la doctrina de la *willful blindness* y su mal utilización por parte de los tribunales, tanto de los de primera instancia como de los de algunos Circuitos de Apelación.

Finalmente, se encuentran las definiciones basadas en *willfulness*. En estas, la forma normal de la instrucción es que se encuentre un lenguaje como “deliberadamente se abstiene de obtener...el conocimiento”³⁴⁰, “voluntaria e intencionalmente se mantiene en ignorancia hacia los hechos”³⁴¹ o, “deliberadamente elige no aprender”³⁴². Estas definiciones eran utilizadas desde los inicios de la aparición de la doctrina y era posible observarla hasta hace unos años.

La ventaja de esta instrucción era que denotaba que la *willful blindness* era una cuestión intencional, por lo que debía separarse de cualquier elemento relacionado a la *recklessness* o *negligence*. Empero, tampoco se verificaba que la instrucción fuera completada con los demás requisitos que se exigían para la configuración de la doctrina, si bien aparecen en algunas ocasiones ya comprometiendo el cargo completo por *willful blindness*, o mediante conjunción y disyunción mixta.

Una vez sometido a análisis estos grupos, CHARLOW realiza comparaciones entre las definiciones de *knowledge* y *recklessness* con la de la *willful blindness*, pero también la realiza entre las definiciones de *knowledge* y *recklessness*. Además, se contrastan los niveles de culpabilidad de estos conceptos y se llega a la conclusión de que todos son niveles de conciencia del hecho de que se trate. De esta forma, tanto el *knowledge*, como la *recklessness* y la *willful blindness* requieren de una constatación subjetiva por parte del autor, lo que ocurre es que esa constatación subjetiva exigirá en cada caso un nivel diferente de certeza.

³³⁹ *Ibíd.* p. 1370

³⁴⁰ “*Purposely refrains from obtaining...knowledge*”. Segundo Circuito

³⁴¹ “*Willfully and intentionally remain ignorant of a fact*”. Segundo Circuito

³⁴² “*Deliberately chose not to learn*”. Segundo Circuito

Así, la *willful blindness* que describe el MPC requerirá una constatación subjetiva consistente en la conciencia de la alta probabilidad del hecho. La autora, entonces, que si con la finalidad de actuar a sabiendas (*knowingly*) uno debe ser consciente de la certeza o casi certeza de un hecho, y para actuar de manera desconsiderada (*recklessly*) uno debe tener en cuenta, a lo sumo, la probabilidad sustancial de un hecho, entonces el estado de conciencia de quien es consciente de una alta probabilidad del hecho cae en algún lugar entre el nivel de convicción necesaria para el *knowledge* y aquel requerido para la *recklessness*³⁴³.

De esta forma, la *willful blindness* compartirá muchos atributos importantes con la *recklessness*, pero tiene al menos una característica fundamental en común con el *knowledge* y es que, al igual que como ocurre con el *knowledge*, una creencia errónea sobre el hecho en cuestión niega el estado de ánimo. En ese sentido, si actuar “a sabiendas” se requiere de una creencia correcta, para actuar con *willful blindness* se puede no tener ninguna creencia, pero no se puede tener una creencia errónea. Así, al igual que el *knowledge*, no se puede ser ignorante voluntario (*wilfully blind*) frente a un acontecimiento futuro, ya que esta figura jurídica se aplica únicamente a las circunstancias concurrentes, por estar vinculadas a un hecho en particular³⁴⁴.

Es por esto por lo que CHARLOW realiza una crítica directa a la posición de ROBBINS, al entender que la *willful blindness* no es absolutamente equiparable al *knowledge*, pero tampoco es equiparable a la *recklessness*, catalogándola como un estado mental mayor que la *recklessness*, pero menos que el *knowledge*; debido a que envuelve la conciencia de un alto nivel de riesgo de que ciertos factores existen o que podrían producirse ciertos resultados. Sin embargo, CHARLOW termina reconociendo que a pesar de las críticas resultaría menos problemático asimilar la *willful blindness* con la *recklessness* que hacerlo con el *knowledge*.

En esta última conclusión, al reconocer el hecho de que la equiparación de la doctrina con la *recklessness* plantearía menos problemas CHARLOW intenta salvaguardar el conflicto que se presenta en aquellos casos de condenas de inocentes por una mala utilización de la doctrina.

³⁴³ CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1382. Este planteamiento es secundado por VON KAENEL, FRANS J. “*Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?*” Washington University Law Quarterly. Vol. 71. No. 4. USA. 1993. p. 1189 y ss.

³⁴⁴ Esta posición es rebatida por SHERRIN, CHRISTOPHER. Op. Cit. p. 718, por entender que al menos en el sistema canadiense no tiene aplicación. Este criterio era defendido en principio por WILLIAMS cuando sugería que normalmente la *willful blindness* está relacionada a las circunstancias concurrentes y no tiene aplicación respecto de las consecuencias.

Ahora bien, CHARLOW resulta ser consecuente con sus conclusiones al establecer que, si la *willful blindness* se posiciona en un estadio intermedio entre el *knowledge* y la *recklessness*, asimismo debería entonces colocarse el grado de punibilidad del autor, esto es, en un grado intermedio entre ambos.

4. Problemas de legalidad de la *willful blindness*

Algunos autores han entendido que lejos de proceder con una equiparación de la doctrina con la *recklessness* o de su colocación en un estado intermedio entre el *knowledge* y la *recklessness*- la propuesta con respecto a la doctrina debería ir en la línea de establecer su rechazo y prohibir su utilización en base a los posibles aspectos de inconstitucionalidad que se presentarían por la vulneración de disposiciones tan básicas como el principio de legalidad. Si la *willful blindness* no es conocimiento, no podría equipararse a aquel -por más igual de culpable que sea un individuo desde el punto de vista moral-, toda vez que una equiparación de este tipo requeriría una modificación de los estados mentales que únicamente pudiera realizarse en virtud de una disposición emanada por el Congreso. Esto nos lleva a analizar la crítica que se le hace a la *willful blindness* desde el punto de vista del principio de legalidad, así como el desarrollo de la tesis de la equiparación culpable, para lo cual requeriremos adentrarnos en el análisis del concepto de conocimiento (*knowledge*).

4.1 La tesis de HUSAK & CALLENDER

Producto de lo que estos autores entienden como un tratamiento insatisfactorio de la *willful blindness* por parte de los tribunales y comentaristas, presentan una propuesta de tratamiento de esta doctrina partiendo de la base del establecimiento y caracterización del estado mental que se asocia a esta figura.

Estos autores plantean dos críticas importantes que pueden resumirse en dos planteamientos básicos. En primer lugar, no importa qué tan cegado haya estado un sujeto frente a las fuentes del conocimiento ni qué tan fácil podría haber salido de su estado de ignorancia, esta situación no puede transformar mágicamente su ceguera en conocimiento cierto. En segundo lugar, frente a la definición de la §2.02 (7), entienden que la misma resulta insatisfactoria pues se da la situación de que autores que hayan permanecido e ideado su situación de ignorancia no cumplan con la definición de conocimiento establecida en la referida sección del MPC. Esto ocurriría,

por ejemplo, en el caso de que el autor sea consciente o esté al tanto de una mera posibilidad, pero no de una alta probabilidad de la existencia del hecho y, aún así, evite deliberadamente la ruta fácilmente accesible para disipar sus sospechas.

En ese sentido, estos entienden que, si bien no todos, algunos autores voluntariamente ignorantes (*wilfully blind*) son condenados sin haber satisfecho o cumplido con el *mens rea* requerido por el estatuto por el cual se les acusa. Sin embargo, reconocen que el propósito de la creación del concepto de *willful blindness* por parte de los tribunales corresponde a un objetivo claro que consiste en lograr la imposición de una condena a un acusado que pudiera no tener conocimiento (y, por ende, pudiera ser absuelto), como si hubiera actuado con conocimiento³⁴⁵. Asimismo, entienden que este propósito sólo puede ser logrado mediante la descripción de un estado mental que sea un tipo de conocimiento o un estado mental que no sea un tipo de conocimiento pero que pudiera construirse para ser moralmente equivalente al conocimiento³⁴⁶.

Ninguna de las dos soluciones parece satisfacerles, ya que reconocen que la modificación de los requisitos de un estado mental para adaptarlo a la exigencia del estatuto plantea una cuestión preocupante desde el punto de vista del principio de legalidad y de la regla de derecho (*rule of law*). Según sus razonamientos, si el punto de la invención de la doctrina de la *willful blindness* es describir un estado mental alegada y moralmente igual de culpable que el conocimiento, los intentos de conciliación del concepto con el principio de legalidad están condenados al fracaso desde el mismo momento en que la doctrina es creada, precisamente, para eludir el principio de legalidad³⁴⁷.

En esencia, el planteamiento de HUSAK & CALLENDER es que la utilización de la tesis de la equiparación culpable, es decir, la tesis que plantea que la *willful blindness* y el *knowledge* son equiparables porque moralmente son igual de culpables, consiste en la realización de un razonamiento analógico prohibido por el principio de legalidad. Para fundamentar su postura,

³⁴⁵ HUSAK, DOUGLAS N. & CALLENDER, CRAIG A. “*Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*”. University of Wisconsin Law Review. No. 29. USA. 1994. p. 30

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibid.* p. 58. Aunque, el autor plantea la vulneración del principio de legalidad en una disputa del *mens rea*, en vez de un planteamiento contra el *actus reus*, es decir, contra el establecimiento de un determinado tipo de conducta previa en el delito.

estos autores establecen que la denominada *rule of law*³⁴⁸ no debería interpretarse de forma que permita la imposición de responsabilidad cuando un equivalente al *mens rea* exigido por el estatuto se encuentre presente, sino cuando se encuentre presente el *mens rea* requerido por el estatuto. En ese contexto, el significado de *knowledge* no debe variar con el *actus reus* del delito y tampoco debería verse afectado por las fluctuaciones en las tasas de criminalidad³⁴⁹.

Parte de la función propia de la *rule of law* debe ser aislar las conclusiones de la responsabilidad penal para evitar que el tipo de presiones políticas vistas en los tribunales al aplicar la doctrina, sobre todo en la lucha contra las drogas, se infiltren en los procesos penales. Los estatutos están diseñados para lidiar efectivamente frente a las amenazas percibidas y si un determinado *mens rea* es requerido esto debería limitar la autoridad del Estado de castigar a los imputados que cometan el *actus reus* del delito con un *mens rea* diferente³⁵⁰.

Estos postulados se encuentran vinculados a la idea establecida por el Juez John Marshall de que a quien le corresponde la creación y definición de los delitos es al legislador y no a los jueces³⁵¹. Precisamente, en el proceso de *Morissette v. United States*³⁵², la SCJ estatuyó que “el

³⁴⁸ La *rule of law* se traduce en el derecho continental como Estado de Derecho. Si bien son principios que no deberían contraponerse por caer dentro del concepto del Estado de Derecho, resultan tener características muy distintas. No nos corresponde en este trabajo entrar en el debate sobre las semejanzas o diferencias que opera entre estos y otros principios como el *Rechtsstaat* o el *État de Droit*. De esta forma prefiero hacer uso del término Imperio de la Ley para darle un sentido más práctico a lo que pretenden plantear los autores con la *rule of law* y la vinculación al principio de legalidad. Sobre el debate entre los conceptos mencionados vid. VILLEGAS DELGADO, CÉSAR. “La sumisión del poder público al derecho en el civil law y el common law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito Internacional”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XLVI. No. 137. México 2013. pp. 713-746, disponible también en web: <http://biblio.juridicas.unam.mx> (última consulta 8 de abril 2018); GROTE, RAINER. “Rule of law, Rechtsstaat y État de Droit”. Revista Pensamiento Constitucional VIII. No. 8. Perú. 2001. pp. 127-176, disponible en web: <http://www.revistas.pucp.edu.pe> (última consulta: 8 de abril de 2018).

³⁴⁹ Estos autores critican el hecho de que los comentaristas y magistrados hayan defendido en algunas ocasiones que los derechos civiles deben sacrificarse frente a la “guerra contra las drogas”. Si se permitiera a los jueces condenar a los imputados con un elemento de la culpabilidad diferente al establecido en el estatuto se le estaría otorgando la facultad al Estado de infringir la ley con la finalidad de obtener una respuesta más satisfactoria frente a la guerra que se libra contra las drogas. Vid. HUSAK, DOUGLAS N. & CALLENDER. CRAIG A. Op. Cit. p. 62

³⁵⁰ Ibidem. Lo cierto es que el planteamiento de inconstitucionalidad por vulneración al principio de legalidad ya había sido planteado -aunque someramente – por ROBBINS cuando éste considera a la *willful blindness* como un estado mental menor que el conocimiento y reconoce que la judicatura no puede sustituir un estado mental con uno menor al prescrito en el estatuto, sin que esto constituya una intromisión en la prerrogativa del cuerpo de legislación en la creación de los delitos, además de vulnerar el derecho del imputado a que su culpabilidad sea probada más allá de toda duda razonable a través de la prueba de cada elemento del delito imputado. ROBBINS, IRA. P. Op. Cit. p. 194; 231-232

³⁵¹ *United States v. Wiltberger*, 18 U.S. (5 Wheat) 76, 95-96 (1820), en la que el Juez Marshall indicó que “it is the legislature, not the court, which is to define a crime, and ordain its punishment...it would be dangerous, indeed...to punish a crime not enumerated in the statute, because it is of equal atrocity, or of kindred character, with those which are enumerated”

³⁵² 342 U.S. 246, 263 (1952).

espíritu de la doctrina que niega al poder judicial federal crear crímenes advierte francamente que no debemos ampliar el alcance de los crímenes promulgados al constituirlos a partir de algo menos que los componentes incriminatorios contemplados por las palabras uso en el estatuto". Asimismo, en el proceso de *Jewell*, el Juez Kennedy en el planteamiento de su voto disidente indicó que cuando un estatuto exige específicamente *knowledge* como elemento del delito, la sustitución por otro estado mental no puede justificarse incluso si la Corte considera que ambos son igualmente culpables.

Por otra parte, no sólo el principio de legalidad ha sido argumentado en contra de la aplicación de la doctrina de la *willful blindness* como sustituto del *knowledge*. Las reglas del debido proceso indican que para que un imputado pueda ser condenado penalmente, la acusación debe probar, más allá de toda duda razonable, la totalidad de los elementos del delito³⁵³. De esta forma, si un determinado estatuto exige el *knowledge* como estado mental, la sustitución por un estado mental de menor grado de culpabilidad no cumpliría con las reglas del debido proceso, pues no se estaría acreditando el elemento mental requerido.

Ahora bien, en contra de estos argumentos se han planteado tres objeciones que son recogidas por CHARLOW. En primer lugar, el término *knowledge* es un término ambiguo que no tiene un significado fijo o limitado, lo que hace que quede abierto a la construcción judicial. De esta forma, cuando un tribunal delimita el alcance de la definición del *knowledge* para dar cabida a los casos de *willful blindness* estaría actuando dentro de sus facultades constitucionales³⁵⁴. En segundo lugar, la *willful blindness* no es del todo ajena a la comprensión que se tiene sobre el conocimiento, por lo que una construcción por el tribunal que dé cabida a la doctrina no es del todo irrazonable³⁵⁵. De ahí que la cláusula del párrafo 2.02(7) del MPC haya sido acogida por el Noveno Circuito en el proceso de *Jewell*, ya que la conciencia de la alta probabilidad de un hecho es tenida como conocimiento conforme, incluso, al lenguaje común. Finalmente, CHARLOW reconoce que cuando el legislador insertó el término *knowledge* en los estatutos penales se puede presumir que estos conocían, adoptaron e incluyeron la práctica anterior del

³⁵³ *Christoffel v. United States*, 338 U.S. 84, 89 (1949).

³⁵⁴ CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. pp. 1355-56 nota 11, haciendo referencia al proceso de *Wiltberger* en el cual el Juez Marshall indicó que "*The intention of the legislature is to be collected from the words they (sic) employ. Where there is no ambiguity in the words, there is no room for construction*".

³⁵⁵ Esto fue reconocido en el proceso de *Jewell* cuando se indicó que la justificación textual para la utilización de la doctrina se basaba en el entendimiento común de que uno conoce sobre hechos de los que no se está absolutamente cierto.

common law respecto de la doctrina, para satisfacer el requisito del conocimiento, al menos en algunos casos³⁵⁶.

Esta última objeción parecería ser contraintuitiva, ya que si bien se presenta como una deducción basada en una suposición de conocimiento por parte del legislador acerca del uso de la doctrina por parte de los tribunales del *common law*, al analizarse el comportamiento del Congreso en la creación de las leyes y su desliz desmedido en la creación de delitos de responsabilidad estricta, se pudiera inferir que de ninguna manera el Congreso ha intentado someter un determinado delito a un elemento mental que requeriría de un análisis tan estricto para su imputación, como sería el caso de la exigencia de un conocimiento cierto (*actual knowledge*) en su interpretación más estricta de certeza plena.

Partiendo de la base de que ningún ser humano puede conocer las cosas a ciencia cierta sería contraproducente reconocer que la exigencia del Congreso en la imposición del *knowledge* como estado mental debería ser acogida en su interpretación más rigurosa. De hecho, la propia decisión de *Morissette v. United States* reconoció que cuando el Congreso adopta un término técnico en el cual se acumulan tradiciones legales y significados de siglos de práctica, se presume que conoce y adopta el conjunto de ideas que subyace a cada palabra utilizada de la rama en que la tomó³⁵⁷. De esta forma, al hacer uso de la definición adoptada por el MPC en su sección 2.02(7) para llenar de contenido el concepto de *knowledge*, y ampliarlo para dar cabida a los supuestos de *willful blindness*, se presume que el Noveno Circuito estaba atendiendo a la voluntad del legislador al momento de la construcción del estatuto.

Pues bien, la fundamentación de una u otra posición requiere de un análisis más profundo de la definición de conocimiento, la sección 2.02(7) del MPC y de aquellas consideraciones que se establecen sobre su confusión con la *recklessness*.

³⁵⁶ CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1356

³⁵⁷ “When congress borrowed terms of art in which are accumulated the legal tradition and meaning of centuries of practice, it presumably knows and adopts the cluster of ideas that were attached to each borrowed word in the body of learning from which it was taken.” Vid. *Morissette v. United States* 342 U.S. 246, 263 (1952).

Sección III: *Knowledge* y *Recklessness* como *Mens Rea*

Introducción

Si algo en común han tenido los autores que han trabajado a profundidad la doctrina de la *willful blindness*, es el intento de encontrar la categoría dentro de los estados mentales a la cual pertenece. Si bien desde sus inicios la figura ha sido equiparada al elemento del conocimiento (*knowledge*), ya por entenderla como una forma de conocimiento o como un sustituto de este. Lo cierto es que dentro de las críticas más aclamadas por los comentaristas se encuentra aquella que indica que la *willful blindness* no es ni la una ni la otra, sobre todo, cuando se trata de establecer una equiparación en términos de conocimiento genuino. A esto se le suma la cuestión de si, en esencia, la *willful blindness* constituye más bien una forma de *recklessness* y el aspecto del alcance de la definición contenida en la §2.02 (7) del MPC, en cuanto a si ésta hace referencia exacta a la doctrina de la *willful blindness* o simplemente dibuja un estado mental intermedio entre aquellos casos de *recklessness* y los casos de conocimiento (*knowledge*).

La búsqueda de una solución a estas interrogantes requiere de un análisis del concepto de conocimiento (*knowledge*) propiamente dicho, sobre todo cuando la jurisprudencia ha dado por sentado que la *willful blindness* se configura como una teoría del conocimiento en sí misma³⁵⁸.

De esta manera debemos poder establecer el alcance que ha sido otorgado a esta figura jurídica a partir de lo que se entiende por conocimiento en el sistema legal del *common law* o, al menos, de las razones por las cuales ha sido equiparada a éste. En principio, la tarea resulta un tanto paradójica, pues precisamente la naturaleza del concepto de ignorancia como se entiende comúnmente es la ausencia plena de conocimiento, entonces, se hace determinante reproducir la idea de al menos, en cuáles casos, una determinada situación de ignorancia que ha sido provocada de manera consciente por el autor no puede dar lugar al planteamiento de un estado de desconocimiento frente a un determinado objeto o situación, ya que se desprende que quien tiene la facultad de provocar una situación particular de desconocimiento sobre una

³⁵⁸ *United States v. Brodie*, 403 F. 3d 123, 148 (3d Cir. 2005), en la que hace referencia a la teoría del conocimiento de la *willful blindness*; *United States v. Wert-Ruiz*, 228 F.3d 250, 255 (3d. Cir. 2000); vid. *Roper v. Taylor Ltd.*, 2 T.L.R. 284 (K.B.); cuando hace referencia al conocimiento de segundo grado y establece que a los ojos de la ley es igual al conocimiento actual.

circunstancia concurrente, tiene al menos una sospecha despierta sobre la situación en la que se presenta.

Así las cosas, procede que nos adentremos en la comprensión del tratamiento del que ha sido objeto el concepto de conocimiento penal (*criminal knowledge*) para lo cual requeriremos hacer referencia, al menos someramente, a lo planteado por las ciencias epistemológicas, la psicología comparada y la doctrina legal y jurisprudencial. Será preciso, además, adentrarnos en el análisis del contraste que se presenta entre el conocimiento (*knowledge*) y la desconsideración (*recklessness*), pues únicamente de esta forma podremos verificar cómo se relaciona la *willful blindness* a los estados mentales del derecho penal.

1. Definiendo el conocimiento (*knowledge*)

La búsqueda de un criterio unitario de conocimiento que tenga aceptación general para todas las ciencias no resulta una tarea sencilla. De hecho, los propios epistemólogos que han intentado dilucidar un concepto claro de conocimiento han reconocido la dificultad que ello conlleva. En efecto, en derecho penal la situación no ha sido diferente. Todos los autores que han realizado un estudio a profundidad de la *willful blindness* han determinado la importancia de adentrarse en dicho análisis para comprender la relación existente entre esta figura y el *mens rea* del conocimiento, y la dificultad que conlleva un entendimiento de este último en términos generales.

Ahora bien, esto no significa que no se hayan hecho ingentes esfuerzos a la tarea de lograr un criterio unificado de conocimiento, sobre todo en aquellos trabajos empíricos dedicados a la adscripción de los estados mentales. De hecho, la cooperación entre psicólogos y filósofos epistemológicos ha traído como resultados avances en la ciencia de la adscripción de los estados mentales a través de los estudios empíricos desarrollados, sobre todo a partir de los finales de la década de los años setenta³⁵⁹.

Asimismo, en la década de los años ochenta, el trabajo conjunto de filósofos epistemólogos y psicólogos de la conducta trajo como consecuencia contribuciones a la investigación empírica

³⁵⁹ Suma relevancia tiene el trabajo de PREMACK, D. J. / WOODCRUFF, G. “Does Chimpanzee Have a Theory of Mind”. The Behavioral and Brain Sciences. No. 4. USA. 1978. pp. 515-526, pues se reconoce como el primer trabajo empírico sobre la adscripción de los estados mentales, también denominada “*mindreading*”.

de la ciencia del cerebro y del comportamiento y, en esencia, en el aspecto de la atribución de los estados mentales. No es materia de nuestro trabajo detenernos a analizar en detalle las contribuciones realizadas entre ambos campos científicos, pero si es importante delimitar lo que reconoce NAGEL³⁶⁰ como el punto de división que existe entre los psicólogos y los filósofos: la pregunta de si el conocimiento es un estado mental.

Para los psicólogos, la respuesta a esta pregunta es positiva. Sin embargo, los filósofos modernos no se convencen de esto, otorgando una respuesta negativa casi por unanimidad, sobre todo a partir del año 1963 cuando, en un trabajo realizado por GETTIER³⁶¹ se cuestionaba lo que hasta ese momento se entendía acerca de que el conocimiento era una “creencia verdadera justificada”. La forma en la cual se debía definir la justificación era el tema de controversia, sin embargo, la idea era que la creencia de un agente se basa en buena evidencia para la proposición en cuestión. Es decir, se establece que el agente A sabe que P es posible cuando (i) P es verdadera; (ii) A cree que P, y; (iii) A tiene una creencia justificada de que P³⁶². De esta forma, la justificación consistía en razonar de la manera adecuada a partir de los datos disponibles. Así, el estado mental del conocimiento era identificado con un agente que creía correctamente en una proposición para la cual tenía buena evidencia.

GETTIER cuestionó este análisis al describir casos en los que un agente carecía de lo que se llamaría conocimiento y al mismo tiempo tenía una verdadera creencia justificada³⁶³, por lo que concluyó que la premisa de que el conocimiento consiste en una creencia verdadera y justificada era falso³⁶⁴. A partir de ahí, los estudios posteriores del conocimiento buscan delinear características externas al propio estado subjetivo requerido para el conocimiento³⁶⁵.

³⁶⁰ NAGEL, JENNIFER. “*Knowledge as a Mental State*” en “*Oxford Studies in Epistemology Vol. 4.*” Oxford University Press. Ed. Tamar Szabó Gendler and John Hawthorne. U. K. 2013 p. 273 y ss.; este trabajo está complementado con tres artículos que debaten lo expuesto por Nagel y que resultan interesantes para una aproximación al debate existente entre los filósofos epistemológicos y psicólogos sobre la adscripción del conocimiento, a saber: BUTTERFILL, STEPHEN A. “*What Does Knowledge Explain? Commentary on Jennifer Nagel, ‘Knowledge as a Mental State’*”, en “*Oxford Studies...*” Op. Cit. p. 309 y ss; ROESSLER, JOHANNES. “*Knowledge, Causal Explanation and Teleology*”, en “*Oxford Studies...*” Op. Cit. p. 321 y ss; RYSIEW, PATRICK. “*Is Knowledge a Non-Composite Mental State*”, en “*Oxford Studies...*” Op. Cit. p. 333 y ss.

³⁶¹ GETTIER, EDMUND L. “*Is Justified True Belief Knowledge?*” *Analysis*. Vol. 23. No. 6. USA. 1963 pp. 121-123

³⁶² *Ibidem*. Con modificaciones idiomáticas en el planteamiento.

³⁶³ *Ibid.* pp. 122 -123.

³⁶⁴ La mayoría de los epistemólogos han aceptado el argumento de GETTIER mostrando que las tres condiciones de creencia verdadera justificada no son suficientes para el conocimiento.

³⁶⁵ Vid. HUSAK, DOUGLAS/ CALLENDER, CRAIG. Op. Cit. p. 45 y ss., quien hace referencia a este aspecto y los resultados conclusivos de GETTIER.

En ese sentido, aflora la diferencia existente entre la corriente mayoritaria filosófica y los psicólogos, pues ambos parten de maneras diferentes de entender el conocimiento y la creencia. Es decir, ambos están de acuerdo en que los dos conceptos se encuentran estrechamente vinculados, pero difieren sobre cuál de ellos es un concepto más básico³⁶⁶.

Los filósofos parten de un concepto de creencia como punto de partida y ven el concepto de conocimiento como algo más complejo, generado mediante la inclusión de varias condiciones externas no necesariamente mentales al indiscutido estado mental de creencia. Por su parte, los psicólogos parten de un concepto más básico de conocimiento entendiendo la creencia como algo derivado del conocimiento y considerando este último como un estado mental en sí mismo³⁶⁷.

Por nuestra parte, entendemos que el concepto de conocimiento incluye de por sí al concepto de creencia, pero también somos de la opinión compartida con BUTTERFILL de que se puede perfectamente estar de acuerdo en que el conocimiento es en sí un estado mental mientras permanecer neutral al aspecto de si el conocimiento es anterior al concepto de creencia o más básico que éste³⁶⁸. El problema parece radicar en el sentir filosófico de que los estados y eventos que se componen de lo mental y lo no mental no pueden clasificarse naturalmente como mentales, pero esto sería así sólo si partimos de un concepto ontológico de conocimiento y no de un concepto técnico de conocimiento, sobre todo el aplicado a las ciencias jurídicas.

1.1 El concepto de conocimiento (*knowledge*) en la doctrina penal

Es sabido que el concepto de conocimiento que se maneja en las ciencias jurídicas no es el mismo que el que se encuentra en la literatura filosófica, para la cual se exige que, además de una creencia verdadera justificada se le asignen condiciones adicionales como las planteadas por GETTIER en sus experimentos mentales³⁶⁹. En efecto, el concepto básico de conocimiento

³⁶⁶ NAGEL, JENNIFER. Op. Cit. p. 274

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ BUTTERFILL, STEPHEN A. "What does Knowledge Explain?" Op. Cit. p. 317

³⁶⁹ Gettier plantea dos experimentos mentales o contraejemplos muestran que la definición de conocimiento como creencia verdadera justificada es errónea, y que es necesario un análisis conceptual distinto para definir al conocimiento. Entre ellos están: El trabajo de Smith y Brown en Barcelona. El primer contraejemplo consiste en que "Smith ha pedido un trabajo, pero tiene la creencia justificada de que 'Jones conseguirá el trabajo'. También tiene la creencia justificada de que 'Jones tiene diez monedas en su monedero'. Por lo tanto, Smith concluye que 'el hombre que consiga el trabajo tiene diez monedas en su monedero'. Al final Jones no consigue el trabajo, sino que se lo dan a Smith. Sin embargo, Smith descubre al abrir su monedero que tiene diez monedas en él. Así que

manejado en *criminal law* permite a uno conocer una proposición incluso cuando sólo se tiene una alta confianza en su verdad y resulta ser correcta, incluso si la evidencia de uno no justifica objetivamente ese nivel de confianza³⁷⁰. De hecho, esto lleva a ROBBINS a aterrizar en un concepto penal de conocimiento a partir de un análisis filosófico del mismo y concluir con que para el derecho penal el conocimiento se entiende como “la conciencia de un hecho particular o circunstancia concurrente”, es decir, la definición penal de conocimiento se desprende de la construcción que sobre el mismo realiza el MPC exigiendo la conciencia de la existencia del hecho, en un sentido de certeza sobre ese hecho y la correspondiente ausencia de duda, por lo que el conocimiento viene a ser un criterio subjetivo que exige conciencia real por parte del autor³⁷¹.

Por otro lado, CHARLOW parte de una comprensión analítica en la establece que si se parte de la base de que el conocimiento es posible la mayoría estaría de acuerdo en reconocer que para conocer algo, al menos subjetivamente debemos creer en ese algo. Por ende, para CHARLOW los dos elementos que compone el conocimiento son: i) La creencia, o un sentimiento de certeza o casi certeza y; ii) La subjetividad, o el requisito de que la parte que conoce o actúa “a sabiendas” posea la misma creencia por mí misma, ya que la ausencia de creencia en una proposición niega el conocimiento de dicha proposición³⁷².

Ahora bien, todavía se hace necesario establecer criterios que permitan diferenciar los conceptos de creencia y conocimiento, y si bien ya hemos indicado que, a nuestro entender, el conocimiento acoge en sí a la creencia, es decir, que uno no puede conocer algo al menos que uno también lo crea, todavía faltaría verificar la existencia de requisitos que permitan diferenciarlos, pues si bien en muchas ocasiones han sido tratados como conceptos similares, lo cierto es que son disímiles en sus características.

su creencia de que ‘el hombre que consiga el trabajo tiene diez monedas en su monedero’ estaba justificada y es verdadera. Pero no parece que sea conocimiento”. El segundo contraejemplo consiste en que “Smith tiene la creencia justificada de que ‘Jones posee un Ford’. Smith concluye que ‘Jones posee un Ford o Brown está en Barcelona’, aunque Smith no tiene dato alguno sobre dónde está Brown. Jones no posee un Ford, pero por una extraña coincidencia, Brown se encuentra en Barcelona. De nuevo, Smith tenía una creencia que era verdadera y estaba justificada, pero no parece que tuviese conocimiento”.

³⁷⁰ SARCH, ALEXANDER F. “*Willful Ignorance, Culpability and Criminal Law*”. St. John’s Law Review. Vol. 88. No. 4. Article 4. USA. 2015. p. 1034

³⁷¹ ROBBINS, IRA. P. Op. Cit. p. 222

³⁷² CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1372

1.1.1 Sobre la creencia (*belief*)

Si partimos de la premisa de que uno no puede saber algo al menos que previamente uno lo crea, se puede deducir que la creencia viene a convertirse en una condición necesaria del conocimiento. Sin embargo, no por ello podemos decir que sea una condición suficiente.

Lo cierto es que la creencia en sí contiene una serie de características que han sido recopiladas por SHUTE³⁷³ y que conviene que mencionemos a continuación. En primer lugar, las creencias siempre están referidas a un objeto o circunstancia, es decir, son respecto a algo, deben tener un punto de referencia y un contenido. La creencia se dirige siempre hacia algo. Esta direccionalidad se conoce en filosofía como intencionalidad; en segundo lugar, las creencias pueden ser verdaderas o falsas, por lo que implican la posesión de una información (o proposición) que puede ser falsa o verdadera. Para SHUTE esta relación entre la creencia, de un lado y la verdad o falsedad del otro, constituye una relación más definitoria que contingente y sirve para distinguir la creencia de otros estados psicológicos no cognitivos como el deseo, la esperanza, el querer o el cuidado, que no son en sí ni verdaderos ni falsos, sino que reflejan en su característica una actitud de una persona frente a un estado de cosas. Así, la creencia se constituye en un estado mental cognitivo³⁷⁴.

Otra característica propia de la creencia es que exige que quien crea tenga cierta confianza en la verdad de la proposición que cree, es decir, debe existir un compromiso frente a la proposición que es objeto de la creencia, si bien este compromiso puede manifestarse de distintas maneras. Una cuarta condición o requisito de la creencia es que ella y su contenido están siempre sujetos a una nueva evaluación y revisión. De esta forma, las creencias no se mantienen ni deben verse como estáticas, sino todo lo contrario; las creencias tienen un aspecto dinámico y están sujetas siempre al cambio. Esto significa que desde el momento en que la persona llega a considerar que una de sus creencias es falsa, la creencia muere y se forma una nueva creencia en su lugar³⁷⁵.

³⁷³ SHUTE, STEPHEN. “*Knowledge and Belief in the Criminal Law*”, en Stephen Shute and A.P. Simester (Eds.) “*Criminal Law Theory. Doctrine of the General Part*”. Oxford University Press. USA. 2002. Pp. 171 y ss.

³⁷⁴ *Ibíd.* p. 183

³⁷⁵ Sobre este punto SHUTE analiza tres posibilidades que producen este cambio, a saber: i) que el creyente vuelva a evaluar la evidencia en la que basaba su creencia y como resultado de esta reevaluación, su creencia anterior pueda marchitarse como la vid, que el titular de la creencia adquiera nuevas pruebas que tengan la fuerza suficiente para hacer que pierda la confianza en la creencia anterior y, finalmente, que la creencia simplemente se desvanezca con el paso del tiempo sin que el sujeto haya realizado una reevaluación consciente de la misma. *Ibíd.* p.184

Una quinta característica de la creencia que surge como corolario de la segunda es que son falibles, por lo que parte de creer en algo es comprometerse con la idea de que el contenido de la propia creencia es verdadero, pero de aquí no puede deducirse que todas las creencias necesariamente deban estar o estén correctamente contenidas, ya que nuestras prácticas cotidianas interpretativas funcionan de esta manera: cuando se intenta entender una afirmación particular se opera en la suposición de que dicha afirmación es correcta, pero esto no significa que lo sea. Finalmente, la última característica de la creencia es que forma parte de un sistema holístico, es decir, dependen de su identidad, de su lugar en una red de otras creencias y estados mentales, por lo que “le damos sentido a las creencias cuando las combinamos con otras creencias, con preferencias, intenciones, esperanzas, temores, expectativas, etc”³⁷⁶.

Así las cosas, puede comprobarse, partiendo de lo aquí expuesto, que el aspecto básico del conocimiento es la creencia, es decir, podemos reconocer al conocimiento –al menos en términos penales- como un estado mental, pero este conocimiento tendrá siempre en su base una creencia y ésta deberá ser llenada de contenido con al menos tres condiciones adicionales para poder alcanzar el grado de conocimiento. De esta forma, la creencia y el conocimiento se presentan como estados mentales diferentes, en los que la creencia viene a formar parte de un grado menor o básico que el conocimiento. Empero, la creencia y el conocimiento han sido utilizados en muchas ocasiones como si se trataran de conceptos intercambiables indistintamente, a pesar de existir diferencias sustanciales entre ambos, haciendo dicha utilización incorrecta.

Un elemento que nos brindan algunos filósofos para distinguir el conocimiento de la creencia es que el conocimiento exige de *evidencia concluyente sobre la proposición conocida*, mientras que la creencia no requiere de tal evidencia. Pero, por otro lado, una característica que también destaca es la *condición de verdad*, es decir, a diferencia de la creencia el conocimiento es una actitud que sólo se puede tener ante las verdades. En este sentido, la proposición en cuestión debe ser verdadera o existir realmente. En palabras de CHARLOW: “si uno está subjetivamente seguro de la proposición *p* y esta proposición es verdadera, uno conoce *p*, mientras que, si uno está subjetivamente seguro de la proposición *p* y esta es falsa, uno simplemente creía *p*”³⁷⁷. En definitiva, para esta autora el conocimiento requerirá tanto de la creencia o certeza subjetiva

³⁷⁶ *Ibíd.* p. 185

³⁷⁷ CHARLOW, ROBIN. *Op. Cit.* p. 1372.

como de la verdad real o la existencia de que la cosa es conocida, por lo que “el conocimiento criminal es creencia correcta”³⁷⁸

De esta forma identificamos en CHARLOW tres características del conocimiento: (i) la necesidad de una *creencia*; (ii) que sea *subjetiva* y, (iii) que sea *correcta*, es decir, que la proposición sea verdadera. Ahora bien, a estas tres características, la autora añade una cuarta característica en el sentido de que el conocimiento debe describir, además, un hecho pasado o presente y no un acontecimiento futuro. Para ella, el conocimiento penal es una creencia subjetiva en la zona de certeza sobre un hecho pasado o presente, verdadero o existente³⁷⁹.

Este último requisito tendría un efecto directo sobre la *willful blindness*, sobre todo en el aspecto de que no se puede actuar, por vía de consecuencia, con *willful blindness*³⁸⁰ frente a hechos futuros, ya que al ser una forma de conocimiento o un sustituto del conocimiento, la misma debe estar sujeta a hechos pasados o presentes, que sean verdaderos o que existan realmente.

Ahora bien, los tribunales han adoptado un sentido más amplio de conocimiento al entenderlo en términos de conciencia, es decir, en el entendido de que para actuar ‘a sabiendas’ sólo se requiere que la persona esté consciente de su conducta. Sin embargo, no existe un criterio unitario en el tratamiento de este concepto, es decir, por un lado, el alcance conceptual es mucho más amplio que aquel utilizado por las ciencias cognitivas, pero, por otro lado, aparecen significativas diferencias en su distinto tratamiento, en aquellas jurisdicciones basadas en el MPC y, sobre todo, en el ámbito federal.

1.2 El conocimiento (*knowledge*) en las jurisdicciones basadas en el MPC

En las instrucciones al jurado respecto del conocimiento (*knowledge*) se otorgan varias definiciones. Por un lado, el conocimiento de una proposición inculpatória se define como la conciencia de dicha proposición o la conciencia de que dicha proposición es prácticamente cierta, pero también se establece como la conciencia de la alta probabilidad de la existencia de dicha proposición con la ausencia de una creencia en que dicha proposición no existe. Esto

³⁷⁸ Ibidem.

³⁷⁹ *Ibíd.* p. 1376

³⁸⁰ La doctrina canadiense ha rechazado este argumento. Vid. SHERRIN, CHRISTOPHER. “*Willful Blindness: A Confused...*” *Op. cit.* p. 719

último viene a surgir a consecuencia de lo que establece la § 2.02 (7) del MPC en el sentido de que la conciencia de la alta probabilidad de un hecho equivale al conocimiento salvo que el autor crea realmente que no existe.

Estas instrucciones se basan en la definición del conocimiento que establece el MPC y del cual se derivan, en su primera acepción, dos situaciones; la primera relacionada al conocimiento acerca de las circunstancias o la conducta y, la segunda, relacionada al conocimiento sobre el resultado³⁸¹. El problema del MPC es que no establece una definición precisa que haga referencia a qué debe entenderse por conducta, circunstancia o resultado³⁸².

Esto tiene como consecuencia que las definiciones otorgadas sobre el propósito (*purpose*) y el conocimiento (*knowledge*), en algunos casos confluyan, pues según la descripción del MPC el autor que actúa ‘a propósito’ (*purposely*) respecto de una circunstancia concurrente es aquel que es consciente de dicha circunstancia o desea que la misma se produzca. Sin embargo, el autor que actúa ‘a sabiendas’ (*knowingly*) respecto del resultado es aquel que está consciente de que es prácticamente seguro que su conducta producirá dicho resultado y el que actúa a sabiendas respecto de una circunstancia concurrente es aquel que es consciente de que dicha circunstancia existe. De esta forma, el autor que actúa a propósito respecto de una circunstancia es un autor que actúa con conocimiento³⁸³, por lo que la línea divisora entre el propósito y el conocimiento se desdibuja, dando lugar al concepto de intención propio del *common law*.

Así las cosas, resultaría innecesaria la división que realiza el MPC con relación a la vinculación del conocimiento con cada elemento objetivo, toda vez que parecería obvio, incluso, que aquel que es consciente de la presencia de una circunstancia concurrente pueda prever que su conducta tiene la probabilidad de ocasionar el resultado. Entonces, sería suficiente con

³⁸¹ Quizás sea importante reiterar aquí la distinción que realiza el MPC acerca de los elementos objetivos del delito y su relación con los elementos de la culpabilidad. De esta forma se obtiene que cada elemento de la culpabilidad puede ir referido a un elemento objetivo específico, por lo que la definición de conocimiento parte de dos supuestos: su vinculación a la conducta y a las circunstancias concurrentes, por un lado, y por el otro, su vinculación al resultado. Vid. *Supra* (C. I. Sec. III. 5.2)

³⁸² Importantes anotaciones realizan ROBINSON, PAUL H. / GRALL, JANE A. “*Element Analysis...*” Op. Cit. p. 706 y ss., sobre la dificultad que conlleva la determinación acerca de cuándo un elemento objetivo es conducta, circunstancia o resultado; la asimetría que existe en la definición de la culpabilidad con respecto a estos elementos y los riesgos de manipulación que dicha situación puede ocasionar. Por su parte, SIMMONS, KENNETH W. “*Should the Model Penal Code...*” Op. Cit. p. 182, se hace eco de esta situación exigiendo que debe clarificarse la misma y simplificar la definición del *mens rea*, al menos mediante la eliminación respecto a la conducta.

³⁸³ Vid. SIMMONS, KENNETH W. “*Should the Model Penal Code...*” Op. Cit. p. 182

establecer una definición de conocimiento sobre la base de probabilidades que hacerlo bajo aspectos de certeza, tal y como lo realiza el apartado §2.02 (7) del MPC.

Ahora bien, este no es el único tipo de dificultad que se plantea con las definiciones de conocimiento que se otorgan en las instrucciones al jurado, ya que se han reconocido varias ambigüedades en dichas definiciones. En efecto, de conformidad con la primera acepción de conocimiento se plantea qué grado de conciencia o creencia que debe tenerse al momento de la atribución del conocimiento. Por su parte, y con respecto a la segunda acepción, se discute el grado de confianza que debe tenerse con ocasión a la práctica certeza o alta probabilidad de la presencia de una circunstancia concurrente. Sin embargo, volveremos más adelante sobre esto, ya que la vinculación de este planteamiento con la división existente entre el conocimiento (*knowledge*) y desconsideración (*recklessness*) plantea una serie de problemas que no pueden entenderse si antes no se analiza a profundidad el concepto de *recklessness*.

1.3 El conocimiento (*knowledge*) en el derecho penal federal

La particularidad que presenta el derecho penal federal es que sus legisladores no se encuentran limitados por un código penal real.³⁸⁴ Contrario a como ocurre con las jurisdicciones que han adoptado el MPC, en el derecho penal federal no existen principios generales que rijan las definiciones del *mens rea*, ya que el Código de los Estados Unidos (U.S.C.) no prevé ningún criterio interpretativo ni establece de manera general definiciones con respecto a los estados mentales. Ha sido la SCJ la que ha tenido que llenar de contenido el *mens rea* estableciendo varios cánones interpretativos que guíen la inferencia del *mens rea*³⁸⁵.

Sin embargo, desde los procesos *United States v. Balint*³⁸⁶, *United States v. Dotterweich*³⁸⁷ y el propio *Morissette v. United States*³⁸⁸, la SCJ estableció la exigencia del *mens rea* como un requisito básico del derecho penal estadounidense; sin embargo, también reconoció que existían delitos en los cuales dicha exigencia no era necesaria. Al menos dos grandes grupos de delitos se examinaron como una categoría especial en la cual no se exigen requisitos de *mens rea*:

³⁸⁴ SZOTT MOOHR, GERALDINE. Op. Cit. p. 692

³⁸⁵ BROWN, DARRYL K. "Federal Mens Rea..." Op. Cit. p. 112

³⁸⁶ 258 U.S. 250 (1922)

³⁸⁷ 320 U.S. 277 (1943)

³⁸⁸ 342 U.S. 246 (1952)

delitos de bienestar público (*welfare offenses*) y delitos regulatorios relacionados con dispositivos peligrosos.

Ahora bien, lo que resulta hasta cierto punto irónico es que la decisión de *Morissette v. United States* intentó delimitar y reducir la ausencia de utilización de *mens rea* en los delitos de *common law*. Sin embargo, al reconocer estas dos categorías de delitos, se dio cabida a que el Congreso fuera expandiendo las mismas a través de la creación de diversos delitos económicos fundamentados en políticas públicas y a la criminalización de conductas en el derecho regulatorio, lo que tuvo un impacto directo en la sobre criminalización que existe hoy día en EE.UU. y en la propia expansión de conceptos del *mens rea*.

En este último aspecto, el Congreso ha confiado en las definiciones básicas del *common law* y ha continuado creando nuevos tipos de conductas criminales haciendo uso de los más diversos criterios. De hecho, cada delito penal federal contiene sus propios elementos de *mens rea*, llegándose a reconocer alrededor de setenta y ocho conceptos diferentes, muchos de los cuales entran en conflicto entre sí y contienen numerosos significados³⁸⁹. Además, los mismos términos se definen de manera diferente atendiendo a criterios que dependerán del tipo de delito sustantivo de que se trate, el circuito federal en que uno se encuentre y el juez que, dentro del determinado distrito esté brindando la instrucción al jurado.

Ahora bien, a grandes rasgos y producto de esta disparidad terminológica que existe entre las jurisdicciones de MPC y la federal, se puede determinar que los jueces federales poseen un mayor nivel de discreción al momento de definir los estados mentales invocados en los estatutos y al elegir los términos de *mens rea* que se emplearán en aquellos lugares donde el estatuto haya guardado silencio con respecto a un determinado estado mental. En definitiva, el derecho penal federal es un claro ejemplo de una jurisdicción No-MPC³⁹⁰.

³⁸⁹ SZOTT MOOHR, GERALDINE. Op. Cit. p. 692, con especial referencia a la Nota 41; ROBINSON, PAUL H. /GRALL, JANE A. “*Element Analysis...*” Op. Cit. p. 692 con especial referencia a la Nota 48 en la cual establece que los 78 términos diferentes de *mens rea* han sido identificados a través de una consulta realizada por la Comisión Nacional de Reforma del Derecho Penal Federal. (The National Commission’s on Reform of the Federal Criminal Law.)

³⁹⁰ MACLEOD, JAMES A. “*Belief States in Criminal Law*”. Oklahoma Law Review. Vol. 68. No. 3. USA. 2016. p. 511

En cuanto al elemento del conocimiento se refiere, las instrucciones al jurado en el derecho penal federal abordan la cuestión de tres³⁹¹ maneras distintas. En primer lugar, algunas instrucciones dejan sin definir el concepto de conocimiento, es decir, se establece como una cuestión de conocimiento común. Se parte de una presunción de que todo el mundo sabe lo que significa conocer, sin que sea necesario definirlo. Un ejemplo son las decisiones del Octavo Circuito de Apelaciones en las cuales, en principio, no se realiza una definición particular de conocimiento (*knowledge*)³⁹². Sin embargo, en la edición del año 2011 de las instrucciones al jurado para el Octavo Circuito, a pesar de que se establece que la definición no es necesaria para la mayoría de las situaciones, la Comisión redactora propuso una definición en caso de que la misma fuera exigida y se hiciera necesaria, estableciendo que la acusación no tiene que probar que el imputado sabía que su acto u omisión era ilegal, sino que el delito se realiza ‘a sabiendas’ si el acusado es consciente del hecho y no actúa por error, accidente o ignorancia. El conocimiento podrá inferirse de las palabras del acusado, de su acción o de su omisión, en conjunto con las demás pruebas³⁹³.

En segundo lugar, muchas instrucciones federales emplean una formulación de conocimiento acorde con la establecida en el MPC, sobre todo la relativa a la §2.02 (7) en términos de la “conciencia de la alta probabilidad” a la cual se asocia una ausencia de creencia cierta de que no existe o se encuentra presente la circunstancia. Esta es la definición que se brinda en aquellos casos en los que se plantea la doctrina de la *willful blindness*, y la instrucción tiende a agregar un requisito sobre evitación consciente como un propósito para evitar la adquisición de la certeza de la circunstancia³⁹⁴. Sobre esto volveremos más adelante.

³⁹¹ Sin embargo, un Reporte enviado al Senado en el año 1980 reconoció la existencia de cinco usos distintos del concepto de conocimiento en el Código Penal Federal. En ese sentido indicó que el conocimiento se ha definido en términos de conciencia, en términos de la inferencia del acusado de las circunstancias o la creencia de que algo es probablemente cierto, en términos de la conciencia del acusado de una alta probabilidad de la existencia de una circunstancia concurrente, en términos de intencionalidad, propósito o ignorancia estudiada con respecto a la existencia de un hecho y, finalmente, en términos de indiferencia grave o negligencia voluntaria de un deber con respecto a la determinación de los hechos particulares. Vid. S. Rep. No. 96-553 de 1980, extraído de MACLEOD, JAMES A. Op. Cit. p. 512

³⁹² Vid. Manual of Modern Criminal Jury Instruction for the District Courts of the Eight Circuit, pp. 550 “*Although a definition of “knowingly” was provided in this section in the 1985 edition of this Manual, the Committee believes that in most cases the word “knowingly” does not need to be defined*”. (Aunque en esta sección se proporcionó una definición de ‘a sabiendas’ en la edición del año 1985 de este Manual, el Comité cree que en la mayoría de los casos la palabra “a sabiendas” no necesita ser definida “.)

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ MACLEOD, JAMES A. Op. cit. p. 512

En tercer lugar, algunas instrucciones federales del jurado indican que la palabra ‘a sabiendas’ significa que el imputado realizó el hecho voluntaria e intencionalmente y no así por error o accidente. Un ejemplo de esta se puede encontrar en las instrucciones ofrecidas por el undécimo circuito³⁹⁵ y en las instrucciones ofrecidas por el primer circuito³⁹⁶.

Con todo, se deben establecer algunos matices. Si bien es cierto que estas son las instrucciones básicas que se otorgan respecto del conocimiento, no menos cierto es que cuando se trata de un proceso basado en el contexto de la doctrina de la *willful blindness*, las instrucciones suelen variar, indicándose que el conocimiento hace referencia únicamente a que el imputado sea consciente de sus actos.

En este sentido, el concepto ‘a sabiendas’ no requiere un estándar de conciencia muy elevado, en el sentido de ser consciente realmente de los requisitos exigidos por la ley o regulación en cuestión y que, entonces, intencionalmente la transgreda. Un concepto establecido en términos de conciencia sobre la acción permite diferenciar el concepto *knowingly* del concepto *wilfully*, convirtiendo de esta forma el *knowledge* en un estado mental menor que la *wilfully*³⁹⁷.

Al igual que las definiciones que se suelen brindar al jurado en aquellas jurisdicciones que siguen el MPC, estas definiciones se presentan como bases alternativas no excluyentes de la actitud cognitiva del autor en la realización de la conducta, es decir, de que el autor actuó con conocimiento. Pero esto implica que su uso alternativo en ocasiones pueda dar lugar a confusiones. En efecto, se ha reconocido que las diversas formas de *willful blindness* que se presentan en la academia parten de un análisis diferente del concepto de conocimiento³⁹⁸, lo que hace más difícil su tratamiento y determinación. Con todo, dejamos de lado esto por el

³⁹⁵ Pattern Jury Instructions (Criminal Cases) Eleventh Circuit. 2010. §9.1A. p. 64 y ss

³⁹⁶ Pattern Jury Instructions (Criminal Cases) First Circuit. 2017 §2.15. p.46

³⁹⁷ El MPC en un intento de aclarar el concepto de knowledge frente a estados mentales más elevados de culpabilidad indicó que el conocimiento de que existen las circunstancias externas requeridas es un elemento común tanto en el *knowledge* como en el *purpose*, pero la acción no es intencional con respecto a la naturaleza de los resultados de la conducta del actor a menos que fuera su objeto consciente realizar una acción de esa naturaleza o causar tal resultado. Así, será importante analizar la actitud del autor como una diferente si este es simplemente consciente de que su conducta es de la naturaleza requerida, que si el resultado prohibido es prácticamente cierto que será la consecuencia de su conducta. (*Comments* §2.02: “*Knowledge that the requisite external circumstances exist is a common element in both conceptions. But action is not purposive with respect to the nature of results of the actor's conduct unless it was his conscious object to perform an action of that nature or to cause such a result. It is meaningful to think of the actor's attitude as different if he is simply aware that is conduct is of the required nature or that the prohibited result is practically certain to follow from his conduct*”)

³⁹⁸ Al menos así lo considera GARVEY, STEPHEN P. “*What’s Wrong with Involuntary Manslaughter?*” *Texas Law Review*. Vol. 86. Paper. 53. USA. 2006. p. 370 y ss.

momento para proceder con el tratamiento de la *recklessness*, ya que sólo viendo la forma en que contrastan el *knowledge* y la *recklessness* es que podremos verificar cómo se relaciona la *willful blindness* con los estados mentales en el *criminal law*.

2. Definiendo la desconsideración (*recklessness*³⁹⁹)

Uno de los conceptos que más debate ha suscitado dentro de la parte general del derecho penal del *common law*, es el concepto de desconsideración (*recklessness*). Si bien no es el objeto del presente trabajo realizar un estudio a profundidad con respecto a la evolución del mismo hasta nuestros días, entendemos que se hace necesario realizar una serie de puntualizaciones que nos permitirán familiarizarnos con el término y ver las implicancias que el mismo tiene con ocasión del tratamiento de la doctrina de la *willful blindness*, la cual constituye el objeto central de nuestro estudio.

Se entiende que la *recklessness* es uno de los conceptos más antiguos del *common law* cuyo antecedente se puede remontar a las Leyes de Alfredo (*Laws of Alfred*), si bien bajo una distinción aproximada que se realizara en dichas leyes sobre la intención, la inadvertencia y los accidentes evitables. Sin embargo, no es hasta alrededor del 1200, en las Leyes de Henry en la cual vendría a aparecer una distinción en grados de responsabilidad por accidentes entre los denominados *careless* y *faultless*⁴⁰⁰. El concepto de *careless* fue desarrollándose en el tiempo y terminó dividiéndose a su vez entre *recklessness* y *negligence*, dependiendo de si el imputado había sido consciente del riesgo creado (*recklessness*) o de si no lo había sido, pero debió haber sido consciente del riesgo (*negligence*)⁴⁰¹. Sin embargo, todavía no se consideraba aquí que el distinto nivel de conciencia fuera el criterio determinante a los fines de la responsabilidad penal,

³⁹⁹ Un estudio detallado del concepto puede ser cubierto a través de Vid. CROSBY, CATH. “*Recklessness: The Continuing Search for a Definition.*” *Journal of Criminal Law*. Vol. 72. No. 4. USA. 2008. pp. 313-334; CUNNINGHAM, SALLY. “*Recklessness: Being Reckless and Acting Recklessly*”. *King’s Law Journal*. Vol. 21. No. 3. UK. 2010. pp. 445-467; DUFF, R. A. “*Caldwell and Lawrence: The Retreat from Subjectivism*”. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 3. No. 1. UK. 1983. pp. 77-98; WILLIAMS, GLANVILLE. “*Recklessness Redefined*”. *Cambridge Law Journal*. Vol. 40. No. 2. UK. 1982. pp. 252-283; WEBSTER, ADAM. “*Recklessness: Awareness, Indifference or Belief?*”. *The Criminal Law Journal*. Vol. 31. USA. 2007. pp. 272-284; BRADY, JAMES B. “*Recklessness, Negligence, Indifference and Awareness.*” *The Modern Law Review*. Vol. 43. UK. 1980. pp. 381-399.; HAUTAMAKI, EDWARD W. “*The Element of Mens Rea in Recklessness and ‘Criminal Negligence’.*” *Duke Bar Journal*. Vol. 2. No. 1. UK. 1951. pp. 56-69.

⁴⁰⁰ ROBINSON, PAUL H. “*A Brief History...*” *Op. Cit.* pp. 833-834

⁴⁰¹ *Ibid.* p. 837

ya que al parecer el concepto de *negligence* quedaba, en sus inicios, excluido a los fines de establecer responsabilidad penal⁴⁰².

Ahora bien, independientemente del desarrollo que ha tenido la *recklessness* en sus inicios, es importante establecer que, dentro de los elementos subjetivos de la responsabilidad penal, la *recklessness* es la que ha sido objeto de más diverso tratamiento, estando sujeta a constantes cambios e interpretaciones. Por ejemplo, durante gran parte del siglo XX, en Inglaterra, la *recklessness* fue utilizada como doctrina del *mens rea* para interpretar el concepto de *malice* y para sustituir al de la *negligence*⁴⁰³. Conviene subrayar, además, que el debate sobre el cual se ha centrado la *recklessness* en la doctrina moderna consiste en el estudio de la denominada dicotomía subjetivo/objetiva de la que sufre el concepto producto de las interpretaciones surgidas a raíz de los procesos de *Cunningham*⁴⁰⁴, *Caldwell*⁴⁰⁵ y *Lawrence*⁴⁰⁶.

Sin embargo, si bien hay autores que han adoptado de manera independiente una posición subjetiva u objetiva de la *recklessness* no menos cierto es que el concepto siempre ha estado

⁴⁰² Ibid. p. 838

⁴⁰³ CUNNINGHAM, SALLY. Op. Cit. p. 447 y ss.; quien se dedica al tratamiento de estas diferencias.

⁴⁰⁴ 2. Q.B. 396 (1957). El caso trató de un supuesto de administración maliciosa de sustancia nociva. (*Maliciously administering a noxious thing*).

⁴⁰⁵ *R v. Caldwell*. A.C. 341. (1982) A finales del año 1979, *Caldwell*, un ex empleado de un hotel descontento por haber sido recientemente despedido por su jefe, se emborrachó una noche y decidió incendiar el hotel de su antiguo empleador con la intención de dañar la propiedad. Cuando prendió fuego, dentro del hotel se encontraban durmiendo dentro al menos 10, y aunque el fuego se extinguió rápidamente, *Caldwell* fue acusado no solo de incendio intencional, sino de incendio premeditado con la intención de poner en peligro la vida humana, un delito de mucho mayor gravedad que el primero. Si bien la discusión en *Caldwell* no se suscitó frente al concepto de *recklessness* y su carácter subjetivo u objetivo, sino más bien sobre el hecho de si la autointoxicación procedía como una defensa para los delitos de intención específica y no así para los delitos de intención básica (o general) como lo era la *recklessness*, lo cierto es que la Cámara de los Lores condenó a *Caldwell* sobre la base de criterios objetivos.

⁴⁰⁶ *R. v. Lawrence*. A.C. 510. (1982). Este proceso fue fallado el mismo día que *Caldwell*, pero mediante decisión posterior, en un caso de muerte por conducción temeraria. En este proceso la Cámara de los Lores ofreció una definición más amplia acerca de la *recklessness* al indicar que “la *recklessness* por parte del autor presupone que hay algo en las circunstancias que hubiera llamado la atención de un individuo prudente ordinario sobre la posibilidad de que su acción fuera capaz de causar el tipo de consecuencias dañinas graves que la sección que creó la ofensa estaba destinada a prevenir, y que el riesgo de que ocurrieran esas consecuencias dañinas no era tan leve como para que una persona prudente ordinaria se sintiera justificada al tratarlas como insignificantes. Sólo cuando esto ocurre, el autor actúa “desconsideradamente” si antes de actuar no piensa en la posibilidad de que exista tal riesgo o, al haber reconocido que existió tal riesgo, sin embargo, continúa haciéndolo” (“*recklessness on the part of the doer of an act presupposes that there is something in the circumstances that would have drawn the attention of an ordinary prudent individual to the possibility that his act was capable of causing the kind of serious harmful consequences that the section that created the offence was intended to prevent, and that the risk of those harmful consequences occurring was not so slight that an ordinary prudent individual would feel justified in treating them as negligible. It is only when this is so that the doer of the act is acting "recklessly" if, before doing the act, he either fails to give any thought to the possibility of there being any such risk or, having recognised that there was such a risk, he nevertheless goes on to do it*”); vid. Ibid. p. 445. Un tratamiento más profundo de estas dos últimas decisiones y sus consecuencias se encuentra en DUFF, R. A. “*Caldwell and Lawrence...*”. Op. Cit. pp. 77-98.

caracterizado por un doble análisis, es decir, un análisis tanto subjetivo como objetivo. De hecho, las pruebas en *Caldwell* se describen como objetivas, pero también requieren de un elemento de subjetividad, pues se exigía que se demostrara que éste había identificado el riesgo o que simplemente no pensó en su existencia⁴⁰⁷. Por otra parte, la prueba en *Cunningham* exigía un elemento de objetividad en el entendido de que una vez quedó establecido que el acusado había reconocido el riesgo, éste debió haber asumido el mismo cuando no era razonable hacerlo, por lo que este estándar de razonabilidad solamente es pasible de ser suplido a través de criterios objetivos. Lo cierto es que los criterios utilizados en *Caldwell* y *Lawrence* fueron revocados, exigiéndose a la fecha el fundamento de la *recklessness* en base al criterio de subjetividad propio de *Cunningham*⁴⁰⁸.

En EE.UU., la *recklessness* también parte de un criterio subjetivo basado en la conciencia del autor sobre la creación del riesgo, aunque se analiza un criterio objetivo que se fundamenta en la perspectiva del hombre razonable. Salvo lo que se predica en el derecho estatutario y federal, el MPC consagra a la *recklessness* como el elemento mental mínimo para el fundamento de la responsabilidad penal. De esta forma se cubren los casos de actividades sociales peligrosas (como las carreras callejeras) y el *mens rea* del *common law* denominado *depraved heart*⁴⁰⁹ que no es más que el caso de indiferencia extrema por la vida humana. Así, también se asume dentro del concepto de *recklessness* los casos en los que autor posee conocimiento de que su acción conlleva un riesgo injustificable que puede desencadenar en el resultado prohibido, pero desatiende conscientemente dicho riesgo y actúa de todas formas.

Como vimos anteriormente⁴¹⁰, el literal c) de la sección 2.02 del MPC define a la *recklessness* estableciendo que se actúa *recklessly* respecto a un elemento material del delito cuando el autor desatiende conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o será el resultado de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que, considerando la naturaleza y el propósito del autor, así como las circunstancias conocidas por

⁴⁰⁷ CUNNINGHAM, SALLY. Op. Cit. p. 448

⁴⁰⁸ Sin embargo, esto es lo que lleva a Sally a la tesis de que simplemente la *recklessness* tiene un diverso significado frente a los delitos de conducta y a los delitos de resultado. Vid. *Ibíd.*, p. 456 y ss.

⁴⁰⁹ Este elemento hace referencia a la calificación del homicidio inintencional como asesinato cuando el mismo es cometido con indiferencia extrema o desconsideración extrema (*extreme recklessness*). La §210.2(1)(b) del MPC reconoce el denominado *depraved-heart-murder* al indicar que el homicidio inintencional se constituirá en asesinato cuando sea realizado con extrema indiferencia hacia el valor de la vida humana.

⁴¹⁰ *Supra* Cap. I. Secc. III. 5.3

él, su desatención envuelve una desviación grave del estándar de cuidado que una persona razonable y respetuosa de la ley habría observado en la situación del autor.

De acuerdo a este concepto, la *recklessness* viene a ser, en palabras de ROBBINS, la “creación consciente de los riesgos”⁴¹¹. La desatención consciente (*conscious disregard*) de la cual habla el MPC requiere que el autor realmente haya reconocido el riesgo en particular, por lo que la *recklessness* se constituye en una cuestión subjetiva y no en un criterio meramente objetivo. En su opinión, la *recklessness* supone dudar y su terminología se aplica precisamente a la desatención consciente de la probabilidad de que pueda ocurrir en cualquier momento un elemento material del delito, por lo tanto, lo que se describe con este término es la voluntad del autor de actuar en el rostro de una probabilidad percibida, referida a la existencia de un hecho particular, circunstancia o resultado⁴¹².

Este concepto de *recklessness* es puramente normativo, pues el MPC realiza la pregunta de si existe un riesgo sustancial e injustificable y, luego, si ese riesgo representa una desviación grave de lo que se deberíamos esperar del autor, por lo que la perspectiva crítica se encuentra en el proceso de comparar la asunción real del riesgo con un ideal normativo, verificando que el primero es deficiente y se encuentra sujeto a censura⁴¹³.

Con todo, no puede rechazarse el hecho de que la *recklessness* constituye un concepto ambiguo. Para SIMMONS, la *recklessness* puede hacer referencia a tres tipos de estados diferentes, ya que la *recklessness* se compone de tres concepciones distintas. Así, el concepto puede hacer referencia tanto a un estado de creencia (la creencia de que uno está creando un riesgo sustancial), a un estado de deseo (*indiferencia extrema o reckless indifference*) y a una conducta (negligencia grave o *gross negligence*). Para él, según el MPC tanto el autor desconsiderado como el negligente se envuelven en una conducta altamente deficiente, empero, el autor desconsiderado subjetivamente debe creer que está creando un riesgo sustancial con dicha conducta. En la mayoría de los casos, entonces, esta diferenciación de culpabilidad no es

⁴¹¹ ROBBINS, IRA P. Op. Cit. p. 221

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ Esta posición es fuertemente defendida por FLETCHER, GEORGE P. “*The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, International*”. Vol. 1. Foundations. Oxford University Press. USA. 2007. p. 473, dentro de la cual incluye la definición de la negligencia como concepto puramente normativo. A esta posición se adhiere KESSLER FERZAN, KIMBERLY. “*Holistic Culpability*”. *Cardozo Law Review*. Vol. 28. No. 6. USA. 2007. p. 2256

convinciente porque no logra capturar un segundo sentido de la *recklessness*, a saber: la *reckless indifference*⁴¹⁴.

Por otra parte, SIMMONS considera que el requisito de conciencia sobre el riesgo sustancial e injustificable también es ambiguo, ya que no se establece si se trata de requisitos independientes o de si el requisito de sustancialidad depende de lo injustificable que sea el riesgo. Es decir, ¿debe el autor ser consciente sólo de que el riesgo es sustancial o debe también tener conciencia sobre lo injustificado del riesgo?⁴¹⁵.

Respecto de la primera cuestión, los comentarios del MPC son claros al indicar que el autor sólo debe ser consciente de la sustancialidad del riesgo que crea mediante su conducta, empero, la respuesta a la segunda parte de la pregunta no se tiene tan clara. Esto, porque una parte de los autores tratan la sustancialidad como un requisito que depende en su totalidad de lo injustificado del riesgo. En este sentido, entonces, no existirían términos independientes sino únicamente lo injustificado del riesgo, en el entendido de que la sustancialidad sería con relación a lo injustificado del riesgo y no respecto al riesgo mismo⁴¹⁶. Sin embargo, existen otros autores que se rehúsan a acoger este planteamiento y favorecen una interpretación acorde a la cual un riesgo sustancial es aquel que supera un umbral inespecífico, pero contextualmente invariante de probabilidad, aunque se encuentra por debajo de un 50%⁴¹⁷.

No obstante, a raíz de este planteamiento surge otra pregunta más, en el sentido acerca de qué tan riesgosa debe ser una conducta para que constituya un riesgo injustificable. Para LA FAVE, la justificación de la conducta dependerá de la utilidad social que conlleve la misma, es decir, si no existe utilidad social en lo que se está haciendo, un autor puede ser considerado *reckless* incluso cuando la probabilidad del daño sea menos que un 1%⁴¹⁸.

Así las cosas, tenemos que la *recklessness* exigirá la prueba de que el autor desatendió un riesgo sustancial e injustificable del que tenía conciencia. Ahora bien, si partimos de la base de que la *negligence* y la *recklessness* se construyen de la misma manera -de acuerdo con la opinión dominante- la línea divisora entre estos elementos no se dibujará, entonces, sobre la base de la

⁴¹⁴ SIMMONS, KENNETH W. “*Rethinking...*” Op. Cit. p. 482

⁴¹⁵ *Ibíd.* “*Should the Model...*”. Op. Cit. p. 189

⁴¹⁶ *Vid.* MACLEOD, JAMES A. Op. Cit. p. 510

⁴¹⁷ *Ibidem.* *Vid.* Tb. SIMMONS, KENNETH W. “*Should the Model...*”. Op. Cit. p. 189 y ss

⁴¹⁸ LA FAVE, WAYNE R. “*Principles...*” Op. Cit. p. 187

magnitud de la desviación del autor del estándar de cuidado del hombre razonable, ya que en ambos casos la desviación exigida es una de carácter grave, sino que debe basarse en el estado de ánimo del autor que presenta el autor con respecto al riesgo creado.

Sin embargo, si este riesgo creado puede ser sustancial e injustificado desde una probabilidad que opere entre más de 1% con relación a lo injustificado de la conducta, producto de la utilidad social de la misma y menos de un 50% con respecto a la sustancialidad de la conducta, la única forma de delimitar este estado mental de la negligencia es atendiendo únicamente a criterios subjetivos.

De esta manera se obtiene que la *recklessness* conllevará una falta subjetiva del autor, es decir, una indiferencia frente a la conciencia que adquiere el mismo sobre el riesgo creado con su conducta –el cual será sustancial e injustificable- y que producto de esa indiferencia el autor desatienda conscientemente dicho riesgo, procediendo con la realización de la conducta. Por su parte, en la negligencia operará una inadvertencia por parte del autor en la asunción del riesgo, pero de la cual el autor debió haber sido consciente conforme al estándar del hombre razonable.

Dicho lo anterior, surge todavía otra duda respecto de la *recklessness*, pero no ya en contraste con la *negligence*, sino con el *knowledge*, toda vez que, así como el autor que actúa *recklessly* requiere de una creencia subjetiva, asimismo quien actúa con *knowledge* requiere de la misma creencia subjetiva, entonces, ¿cómo se identifican y se separan los autores que actúan *recklessly* de los que actúan *knowingly*?

El problema que plantea esta interrogante se acrecienta si reconocemos que la única diferencia entre estos conceptos radica en que el autor sea consciente de que el riesgo que crea con su conducta es meramente sustancial (lo que lo convertirá en *recklessness*) o, en cambio, que dicho riesgo sea ‘altamente probable’ (lo que lo convertirá en *knowledge*). Empero, si para que podamos hablar de *recklessness* la probabilidad del riesgo debe ser por debajo de un 50% ¿se presume entonces que un riesgo mayor de un 50% ya se considera *knowledge*? Por otro lado, ¿cómo sabemos que un riesgo es mayor a un 50% o no? Estas interrogantes hacen que la confusión que existe entre el *knowledge* y la *recklessness* deba ser resuelta sobre la base de criterios delimitadores que nos permitan diferenciarlos.

3. La confusión entre *knowledge* y *recklessness*

No es un secreto que la línea divisoria que existe entre la *recklessness* y el *knowledge* es la que más problema plantea en lo relativo a los estados mentales. De hecho, la distinción entre *knowledge* y *recklessness*, tal como es definida en las instrucciones populares del jurado y como es aplicada, es prácticamente inexistente. Por ello, la búsqueda de un criterio delimitador que permita diferenciar sustancialmente ambos conceptos no resulta una tarea sencilla.

Algunos autores intentan establecer las diferencias partiendo de un punto de vista meramente conceptual. CHARLOW reconoce que estos conceptos se asemejan pues ambos requieren de una conciencia subjetiva por parte del autor. Sin embargo, a su entender, la diferencia radica en el objeto sobre el cual recae la conciencia en cada caso. En el caso del *knowledge* la conciencia recae sobre la certeza o casi certeza del hecho, mientras que en la *recklessness* la conciencia recae sobre la posibilidad o probabilidad sustancial del hecho, es decir, el *knowledge* requiere de la creencia de que un hecho es cierto o casi cierto, pero la *recklessness* requiere la conciencia de que el hecho es algo menos que cierto, y nunca requiere una conciencia de que el hecho es más que sustancialmente probable⁴¹⁹.

Esta diferenciación que plantea CHARLOW no tiene complicaciones cuando partimos del concepto básico de conocimiento (*knowledge*). El problema surge cuando comparamos estas diferencias que plantea la autora entre la *recklessness* y el *knowledge*, con la definición que brinda la §2.02 (7) del MPC con respecto a que el conocimiento quedará satisfecho con la conciencia de la alta probabilidad del hecho. Entonces, aquí surge la interrogante de cuál es la diferencia entre la conciencia de un hecho sustancialmente probable y la conciencia de un hecho altamente probable. Al parecer la diferencia es inexistente, y este es uno de los motivos que lleva a ROBBINS a considerar que los casos de *willful blindness* son casos de *recklessness*, pues quien actúa con *willful blindness* es consciente de un riesgo sustancialmente probable sobre la presencia de una circunstancia concurrente.

Sin embargo, esta no es la única distinción que plantea CHARLOW. La autora entiende, además, que otra diferencia sustancial entre el *knowledge* y la *recklessness* consiste en que el primero es un concepto puramente subjetivo mientras que la segunda requiere de una evaluación tanto

⁴¹⁹ CHARLOW, ROBIN. Op. Cit. p. 1376

subjetiva como objetiva. Conforme con esto, en el caso de la *recklessness* el autor debe ser subjetivamente consciente del riesgo que enfrenta, pero la sustancialidad injustificable del mismo o la probabilidad del riesgo se mide mediante criterios objetivos. En contraste, una vez que se ha determinado que un autor subjetivamente cree en la existencia del hecho en cuestión, el conocimiento puede encontrarse sin determinación de criterios objetivos⁴²⁰.

Continuando con las diferencias que establece CHARLOW entre ambos conceptos encontramos que a diferencia de lo que ocurre con el *knowledge*, en el cual se requiere una creencia correcta sobre el hecho en cuestión, la *recklessness* parece no exigir dicha creencia correcta. De hecho, la autora va más allá al indicar que la *recklessness* ni siquiera requiere de una creencia, pues solo basta un nivel de conciencia en grados de probabilidad sobre el riesgo significativo de la existencia del hecho, independientemente de que el autor tenga o no una creencia sobre dicha existencia. Finalmente, otro elemento diferenciador que establece esta autora es que un sujeto no puede tener conocimiento o actuar ‘a sabiendas’ respecto a una circunstancia futura, sin embargo, si puede actuar *recklessly* respecto a una circunstancia o hecho futuro, ya que la conciencia que se exige en este último estado de ánimo es una conciencia sobre la probabilidad de la existencia de un hecho⁴²¹.

Ahora bien, tal y como lo establece SARCH, a partir de las definiciones del MPC sobre el *knowledge* y la *recklessness*, se entiende que la intención del texto legal era definir en grados los elementos de la culpabilidad, al menos en relación con estos dos conceptos. De esta manera propone el autor que suponiendo que se le asignara un número entre el 0 y el 1 a la relación de confianza del autor frente a la verdad de una proposición, siendo el 0 la absoluta confianza de que la proposición es falsa y el 1 la absoluta confianza de que la proposición es verdadera, si nos encontramos en un 0.5 respecto de los dos números entonces esto se correspondería a una creencia de que la proposición es igual de probable a que sea verdadera como a que sea falsa. Así, a medida que aumenta la confianza en uno sobre la verdad de la proposición inculpatória existirá un punto en el cual uno podrá considerarse como *reckless*, pues tendrá el grado de creencia requerida para ello, es decir, el grado en el cual la confianza sobre la proposición inculpatória se torna sustancial. Si a ello se le sigue aumentando en el nivel de confianza, se alcanzará el punto en el cual uno dejará de ser *reckless* con respecto a la proposición

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ *Ibidem*.

inculpatória y pasará a contar, a los fines del derecho penal, como que se actúa a sabiendas respecto a dicha proposición, ya que al final, el *knowledge* requiere tanto de creencia o certeza subjetiva como de la actual verdad o existencia de la cosa conocida⁴²².

Si bien este ejemplo nos sirve como un criterio para visualizar los grados de culpabilidad que presenta el MPC respecto de la *recklessness* y el *knowledge*, todavía no nos permite establecer un criterio delimitador real que nos permita diferenciar, en la práctica, entre un elemento mental y otro. El problema que plantea esta división es que estamos frente a estados cognitivos con respecto a la probabilidad de que una determinada proposición inculpatória es verdadera o se encuentra presente, por lo que si bien reconocemos que la *recklessness* se diferencia del *knowledge* en que la primera no requiere de un alto grado de confianza acerca de la relevancia material del hecho como aquel exigido por el conocimiento, es decir, una probabilidad rayana en la certeza.

Sin embargo, establecer una diferencia en términos de grados entre una alta probabilidad y una probabilidad sustancial nos parece un criterio delimitador sumamente ambiguo. Además, se ha comprobado que, en la práctica, la distinción entre el *knowledge* y la *recklessness* se desvanece cuando se atiende a estos criterios, y el jurado tiende a decantarse por el conocimiento, a pesar de tratarse de supuestos de *recklessness*. Así lo ha reconocido MACLEOD, cuando indica que “la distinción entre el *knowledge* como estado mental descriptivo e invariable y la *recklessness* como un estado mental evaluativo y variable, se desmorona en la práctica”⁴²³. Mediante un estudio empírico realizado con personas legas elegibles para jurados se determinó que el jurado trata al *knowledge* como un estado mental contextualmente variable y evaluativo muy parecido a la *recklessness*⁴²⁴.

⁴²² SARCH, ALEXANDER. “*Willful Ignorance...*” Op. Cit. p.1033

⁴²³ MACLEOD, JAMES A. Op. Cit. p. 536

⁴²⁴ GINTER, MATTHEW R. et al. “*The Language of Mens Rea*”. Vanderbilt Law Review. Vol. 67. No. 5. USA. 2014. pp. 1327-1372. Consistió en un estudio empírico que examinó qué tan sensibles son los jurados al lenguaje que se delinea respecto de las categorías de los estados mentales y de qué manera los jurados asignan la culpabilidad de la forma en que lo establece el MPC. Las respuestas a estos exámenes arrojaron que la habilidad de una persona de aplicar los estados mentales del MPC era susceptible de variaciones sutiles en el lenguaje que se define y que se les comunicaba, es decir, se demostró que utilizando palabras diferentes a las expresadas en el MPC se podían obtener avances significativos en la habilidad de identificar el estado mental de la *recklessness*, si bien la determinación de si se trataba de *knowledge* o *recklessness* fue la más difícil de clasificación para el jurado. En segundo lugar, se demostró que, si bien el jurado podía identificar las distinciones que traza el MPC, no necesariamente categorizaban las mismas en el mismo orden que la jerarquía establecida en el MPC. Otra vez quedó comprobado en este examen la dificultad en la categorización del *knowledge* y la *recklessness*. Un estudio empírico previo en el cual personas legas que pudieran ser jurados fallaron en reconocer la distinción entre *knowledge* y *recklessness* consistió en el trabajo realizado por SHEN, FRANCIS X. et al. “*Sorting Guilty Minds*”. New York University Law Review. Vol. 86. USA. 2011. pp. 1306-1360. En este estudio, sin embargo, se

Así las cosas, cuando la evidencia circunstancial demuestra la existencia de un caso límite entre *knowledge* y *recklessness*, el jurado tiende a emplear los criterios de la *recklessness* (riesgo-norma-violación) y los criterios del *knowledge* (creencia-adscrición) estableciendo que la conciencia del riesgo y la creencia en la proposición son exactamente lo mismo⁴²⁵, es decir que cualquier tipo de creencia por mínima que sea satisface, para el jurado, el conocimiento siempre y cuando este haya sido accionable. La determinación sobre si la creencia del imputado era accionable, el jurado la responde atendiendo a un criterio objetivo de hombre razonable, por lo que los criterios de la *recklessness* y el *knowledge* se difuminan ya que el jurado aparentemente no ve muy clara la distinción moral que plantea el MPC entre causar un daño *knowingly* o causarlo *recklessly*⁴²⁶.

En ese sentido, lo que se le dificulta a los miembros del jurado es delimitar la línea que separa al autor que actúa sabiendo que su conducta ocasionará un daño de aquel autor que actúa bajo la comprensión del riesgo extremo e injustificado que está generando con su conducta. Pero la cuestión que surge es verificar qué es lo que hace que el *knowledge* y la *recklessness* sean tan difíciles de separar en la práctica.

Ya hemos visto que para acreditar el *knowledge* la acusación debe probar que el imputado actuó con la conciencia del hecho de que su conducta produciría prácticamente seguro el resultado. Empero, para acreditar la *recklessness* la acusación debe probar que el imputado actuó con la conciencia del hecho de que su conducta poseía un alto e injustificado riesgo de ocasionar el resultado. Aquí volvemos a lo ya reconocido por ROBBINS. En ambos casos se requiere tanto de una creencia frente a la proposición como de la realidad acerca de la proposición, es decir, en el caso del *knowledge* la creencia es sobre la capacidad del comportamiento de causar el resultado en una zona de certeza y, en la *recklessness*, la creencia lo es en cuanto al riesgo que conlleva la realización de la conducta por parte del autor.

En este sentido, COLB reconoce que es muy probable que lo que tienda a confundir al jurado sea la combinación que hace el MPC sobre los dos componentes de ambos estados mentales, los que requerirán no sólo de criterios subjetivos sino de análisis objetivos, o sea, frente al

determinó que el jurado no tiene ningún tipo de dificultad en diferenciar entre estados mentales como el propósito y la negligencia.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ GINTER, MATTHEW R. et al. “*The Language...*” Op. Cit. pp. 1327-1372.

knowledge, sobre la certeza de la proposición y, frente a la *recklessness*, sobre la certeza del riesgo⁴²⁷.

Además, la autora reconoce otro problema que surge al momento de que el jurado intenta delimitar entre *knowledge* y *recklessness*. Para ella, estos conceptos presentan no sólo dos posibilidades para los jurados, sino cuatro, ya que ambos están compuestos de dos elementos, es decir, ambos requieren de creencia, en las cuales un autor puede (i) o creer que su acción ocasionará el resultado (lo que se denomina creencia de certeza), (ii) o creer que su acción crea un alto e injustificado riesgo de ocasionar el resultado (lo que se denomina creencia de alto riesgo). A esto se agrega, por un lado, un elemento de realidad objetiva que se suma a los anteriores, en el cual la conducta del autor (iii) es prácticamente seguro que ocasionará el resultado (certeza en el hecho) o la misma (iv) es, de hecho, irrazonablemente peligrosa (hecho de alto riesgo). De esta forma se entiende que si el jurado analiza únicamente las dos primeras opciones no habrá ningún tipo de problema, ya que podrá determinar si se trata de *knowledge* o *recklessness*. Sin embargo, el problema se presenta si el jurado realiza las combinaciones establecidas en los numerales (iii) y (iv), ya que se pudiera considerar que ambas conductas equivalen al conocimiento o, por aplicación de la regla de lenity (*rule of lenity*⁴²⁸), ambas equivaldrían a la *recklessness*⁴²⁹.

Ahora bien, las conclusiones de la autora se dirigen en la línea de una modificación de los estados mentales o bien de una interpretación que tienda a elegir entre: (i) el privilegio del mayor estado mental sobre el menor, (ii) el privilegio del menor estado mental sobre el mayor, (iii) el privilegio de la creencia sobre la realidad objetiva o, (iv) el privilegio de la realidad objetiva sobre la creencia. Al final, de lo que se trataría es de crear un criterio interpretativo general que tienda a esclarecer al jurado con respecto a la utilización de un u otro criterio.

Sin embargo, este ha sido el tratamiento que se le ha dado a la doctrina de la *willful blindness*, ya que ésta se utiliza en las instrucciones al jurado para que éstos puedan inferir el conocimiento cuando exista evidencia suficiente que ampare que el imputado se abstuvo de conocer por

⁴²⁷ COLB, SHERRY F. “*Why Can’t Jurors Distinguish ‘Knowing’ From ‘Reckless’ Misconduct?*” Criminal Law. USA. 2012. Disponible en web: <https://verdict.justia.com/2012/01/11/why-cant-jurors-distinguish-knowing-from-reckless-misconduct> (última consulta: 1 de mayo 2018)

⁴²⁸ La *rule of lenity* establece que en los casos en que los estatutos sean ambiguos, la interpretación debe realizarse en favor del acusado, es decir, que en el caso de los estados mentales, debería aplicarse el estado mental que conlleve menor grado de culpabilidad.

⁴²⁹ *Ibidem*.

motivos culpables. El problema que plantea dejar estas soluciones a la interpretación del jurado es la misma crítica que se hace con relación a la diversa utilización de la doctrina de la *willful blindness*, es decir, la capacidad de realizar interpretaciones arbitrarias que tiendan a ir en desmedro de los derechos del imputado, por lo que no es convincente la solución que brinda esta autora frente a la delimitación de los conceptos de *knowledge* y *recklessness*.

Así las cosas, la problemática consistirá en la continua búsqueda de un criterio que permita determinar por qué el jurado, en la adscripción de los estados mentales de *knowledge* y *recklessness*, tiende a decantarse más por el primero, a pesar de las claras diferencias que ambos conceptos presentan en cuanto a su contenido. La cuestión que debe responderse es, entonces, ¿por qué el jurado tiene una dificultad práctica de delimitar el *knowledge* y la *recklessness*, si conceptualmente estos conceptos son fácilmente diferenciables?

En un moderno estudio publicado en enero de 2018⁴³⁰ se determinó que ya con poca o ninguna capacitación, los estadounidenses elegibles para el jurado pueden aplicar el marco del MPC de una manera que, en gran parte, es congruente con los supuestos básicos de la jerarquía de los estados mentales consagrados en el texto legal. Esto significa que el jurado puede diferenciar conceptualmente los diferentes estados mentales del *mens rea*, de conformidad con los criterios establecidos por el MPC.

Sin embargo, los resultados arrojaron que las intuiciones de los sujetos sobre el nivel de culpabilidad que justifica la atribución de responsabilidad penal difieren de manera significativa de la práctica legal existente, ya que éstos tienen a considerar la *recklessness* como un estado mental suficiente para fundamentar el castigo penal en circunstancias en las que la legislación y los tribunales tienden a requerir el elemento de *knowledge*⁴³¹.

De esta forma, nos encontramos en presencia del primer elemento que, en la práctica, impide una diferenciación entre la *recklessness* y el *knowledge*. Según uno de los experimentos realizados⁴³², se demostró que la mayoría de los miembros elegibles para el jurado entiende que

⁴³⁰ GINTHER, MATTHEW R. et al. “*Decoding Guilty Minds: How Jurors Attribute Knowledge and Guilt.*” *Vanderbilt Law Review*. Vol. 71. No. 1. USA. 2018. pp. 241-283.

⁴³¹ *Ibíd.* p. 242.

⁴³² *Ibíd.* p. 270 y ss. El trabajo realizado en *Decoding Guilty Minds* consistió en la realización de seis diferentes experimentos que surgieron como respuestas a las preguntas que surgieron con ocasión al trabajo previo del año 2011 *Sorting Guilty Minds*

la base necesaria para la responsabilidad penal debe partir de la *recklessness*, pero, además, se determinó que la *recklessness* con respecto a la existencia de la circunstancia era suficiente para responsabilizar penalmente al imputado en estos escenarios.

De hecho, no existió una diferencia sustancial entre la proporción de los sujetos que declararon culpable al imputado cuando la evidencia sugería fuertemente que el imputado sabía de la existencia de una circunstancia concurrente, frente a aquellos casos en los que simplemente el autor sospechaba que dicha circunstancia concurría⁴³³.

Lo interesante de este descubrimiento radica en que si bien la mayoría de los estatutos criminales exigen el conocimiento (*knowledge*) de la circunstancia material, al jurado le es suficiente para condenar la realización de un comportamiento desconsiderado (*reckless*). Según los resultados del estudio esto puede deberse a dos motivos. En primer lugar, puede ser que los sujetos participantes hayan tenido problemas para establecer una diferencia conceptual entre la *recklessness* y el *knowledge*, lo que resultaría contradictorio con resultados del mismo estudio que indicaron que los sujetos pudieron determinar claramente las diferencias conceptuales entre estos términos. En segundo lugar y, en efecto, la explicación que parece más convincente es que los sujetos no hayan apreciado una diferenciación moral entre la conducta desplegada con *recklessness* y aquella desplegada con *knowledge* sobre las circunstancias concurrentes. De esta forma, los sujetos consideraron que quienes actuaron bajo la sospecha de que la circunstancia concurrente existía eran merecedores de responsabilidad penal por haber actuado tomando el riesgo de estar realizando un acto delictivo.

Así las cosas, la confusión que en la práctica opera entre *knowledge* y *recklessness* no necesariamente se constituye en una confusión conceptual sino que, por el contrario, se trata de un ejercicio valorativo en el cual el jurado realiza una deducción moral normativa en la que entiende que la mera realización de la conducta riesgosa frente a una circunstancia concurrente, de la cual el autor sospecha su presencia, es suficiente para sentar las bases de la responsabilidad penal, independientemente de que el estatuto en cuestión exija el conocimiento de dicha circunstancia. Evidentemente, tal y como lo reconoce el estudio⁴³⁴, las implicaciones normativas que subyacen a esta conclusión ponen en escena el planteamiento de si las leyes

⁴³³ Vid. *Ibíd.* Respecto a los resultados del experimento 4.

⁴³⁴ *Ibíd.* p. 272

deberían exigir el conocimiento (*knowledge*) de algunos o de todos los supuestos o si, dado el caso, sería posible partir de la *recklessness* como una base suficiente para la imposición del castigo.

Además, esto vendría a tener un impacto directo frente a la doctrina de la *willful blindness*, pues a pesar de las críticas que se le realizan a la misma en el sentido de que su base jurídica no es *knowledge* sino *recklessness*, dicha figura se viene a constituir también en un predicado suficiente para el castigo penal. De esta forma, la línea existente entre la § 2.02 (7) del MPC y la *recklessness* se desdibuja fundiéndose en un solo concepto capaz de abarcar un sinnúmero de casos dentro de los cuales algunos se asemejarán más al *knowledge* y otros más a la *recklessness*⁴³⁵. Una última consecuencia que plantea este estudio es el impacto que tiene sobre el lego en derecho, la denominada doctrina del efecto Knobe.

3.1 El efecto Knobe o el efecto del *Efecto Colateral (The “Side-Effect” Effect)*

La filosofía experimental⁴³⁶ ha impactado intensamente la teoría de la acción, sobre todo en la comprensión sobre las acciones intencionales. En este intento surgió el trabajo de KNOBE⁴³⁷ en el cual se explica el fenómeno de que cuando un comportamiento tiene una externalidad negativa, es mucho más probable que los sujetos atribuyan al autor la intencionalidad con respecto a la misma que en aquellos casos en los que el comportamiento tiene una externalidad positiva⁴³⁸. La determinación de esa externalidad o efecto colateral surge cuando la consecuencia de una acción es prevista por el sujeto, pero no es la perseguida por él.

⁴³⁵ El propio estudio da cuentas de una investigación que se encuentra en curso actualmente en la que se pretende comprobar si agregando la figura de la *willful blindness* como estado mental se afecta la manera en que el jurado clasifica los estados mentales. Sin embargo, los resultados preliminares que se han obtenido dan cuenta de que el jurado entiende la *willful blindness* como un comportamiento normal y natural de la conducta del delincuente, de donde se infiere entonces que la *recklessness* sigue siendo el punto de partida para el asentamiento de las bases de la responsabilidad penal y que, por ende, independientemente de todo, estos estados mentales se atribuyen como *knowledge*. Sin embargo, estos resultados todavía no pueden ser considerados determinantes y habrá que esperar a que la investigación termine y se publiquen sus resultados. Vid. p. 274

⁴³⁶ La cual se define como el campo de la filosofía que utiliza los métodos de la psicología experimental para investigar la manera en que las personas piensan sobre cuestiones filosóficas y examinar cómo los resultados de tales estudios se relacionan con los debates filosóficos tradicionales, Vid. FELTZ, ADAM. “*The Knobe Effect: A Brief Overview*”. *Journal of Mind and Behavior*. Vol. 28 No. 3-4. USA. 2007. pp. 265-277

⁴³⁷ KNOBE, JOSHUA. “*Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*”. *Analysis*. Vol. 63. Issue 279. USA. 2003. pp. 190-194

⁴³⁸ MACLEOD, JAMES A. Op. Cit. p. 515

El experimento para demostrar el efecto del *Efecto-Colateral* consistió en la entrega de una viñeta con dos variaciones en la cual se establecen dos supuestos diferentes, denominados los casos del presidente de la Junta de Directores⁴³⁹. Alrededor del 82% de los participantes que recibieron la viñeta contentiva del ejemplo de la Condición de Daño indicaron que el presidente causó el efecto colateral de manera intencional (dañar el medio ambiente), mientras que el 77% de los que recibieron el ejemplo de la Condición de Ayuda indicaron que el presidente no produjo el efecto colateral de manera intencional (beneficiar el medio ambiente)⁴⁴⁰. Esto se entiende como el Efecto KNOBE, es decir, el fenómeno en el que las personas tienden a juzgar que un efecto colateral negativo es producido intencionalmente, mientras que un efecto colateral positivo no lo es. Es decir, lo beneficioso o dañino de un efecto colateral influye en las intuiciones de la acción intencional de las personas⁴⁴¹.

Si bien el experimento de KNOBE viene a demostrar la atribución de intencionalidad a los agentes que producen efectos colaterales anti-normativos, pero no a aquellos que producen efectos colaterales positivos o compatibles con la norma, no menos cierto es que también se ha observado que el denominado efecto KNOBE se demuestra respecto de las adscripciones de otros estados de deseo (*desire-states*), atribuciones de influencia causal y, no menos importante, sobre las atribuciones de estados de creencia (*belief-states ascriptions*).

A los fines de lo que hemos venido tratando sobre la confusión que se da en la práctica entre la adscripción del *knowledge* y la *recklessness* por parte del jurado, importante es mostrar los resultados del experimento KNOBE en estos supuestos.

3.1.1 El efecto Epistémico del *Efecto-Colateral* (*Epistemic Side-Effect Effect*)

⁴³⁹ Los sujetos fueron elegidos al azar y consistieron en setenta y ocho personas sentadas en un parqueo en Manhattan, NYC, para el primer experimento y cuarenta y dos personas para el segundo. Al primer grupo se le entregó la viñeta denominada Condición de Daños (*Harm Condition*) y al segundo grupo la viñeta denominada Condición de Ayuda (*Help Condition*). En esencia, la viñeta establece lo siguiente: “*El vicepresidente de una compañía se presenta frente al presidente de la Junta Directiva y le indica: ‘Estamos pensando en comenzar un nuevo programa. Nos ayudará a aumentar las ganancias, pero también dañará al medio ambiente’.* El presidente de la junta le responde: *‘No me importa en absoluto dañar el medio ambiente. Solo quiero obtener las mayores ganancias posibles. Comencemos el nuevo programa.’* El programa inicia y efectivamente, el medio ambiente es lesionado.” El segundo ejemplo consiste en el mismo planteamiento sólo que en vez de dañar el medio ambiente, se varía el término por “*ayudar al medio ambiente*”. Vid. KNOBE, JOSHUA. Op. Cit. pp. 191-193

⁴⁴⁰ Este experimento ha sido repetido en innumerables ocasiones posteriores al ejercicio de KNOBE y todos han tenido el mismo resultado. La gente tiende a atribuir los efectos colaterales dañinos a la intención del autor, mientras que los efectos colaterales positivos no se atribuyen a la intención del autor.

⁴⁴¹ FELTZ, ADAM. Op. Cit. p. 28

Hemos indicado que el experimento que demuestra el denominado efecto KNOBE ha sido realizado en distintos ámbitos, de los cuales nos es útil verificar el relativo a la adscripción o atribución de los estados de creencia. Se ha comprobado que el efecto del *Efecto-Colateral* (SEE, por sus siglas en inglés) se presenta no sólo en los casos en los que un autor produce un efecto colateral negativo, independientemente de que sea indiferente al mismo o no, sino que se da también cuando el autor actúa a sabiendas de que el efecto colateral se producirá como un medio para un fin (independientemente de que el fin sea positivo o negativo). Lo paradójico es que persiste la voluntad de las personas de atribuir la intención en los casos de resultados negativos incluso en aquellos supuestos en los que el autor sólo fuera consciente de un riesgo mínimo de producción del resultado⁴⁴².

A este efecto se ha denominado el Efecto Epistémico del *Efecto-Colateral* (en lo adelante ESEE, por sus siglas en inglés). El primer estudio que mostró este efecto consistió en entregar a los participantes la misma viñeta utilizada por KNOBE en su experimento, con la salvedad de que en esta ocasión la pregunta consistía en si el presidente “sabía” que el programa a implementar dañaría -o en su defecto, ayudaría- al medio ambiente. Al igual que con el experimento de KNOBE, los entrevistados fueron significativamente más propensos a atribuir el conocimiento del presidente en el caso del daño que en el caso de la ayuda⁴⁴³. De esta manera, concluye MACLEOD que es mucho más probable que un jurado atribuya la creencia o el conocimiento de una proposición que consista: (i) en un resultado lesivo, (ii) en la presencia de una circunstancia concurrente o, (iii) en la realización de un comportamiento anti-normativo o desviado, frente a aquellos casos consistentes con la norma⁴⁴⁴.

Así las cosas, se puede determinar que la confluencia adscriptiva entre el *knowledge* y la *recklessness* no es debida a una confusión conceptual de los términos, sino que es un proceso mental del lego atribuir significados normativos más severos frente a acciones colaterales que no necesariamente han sido el producto de la intención del agente, pero que son percibidas por el jurado no sólo cuando el acto es inmoral, sino simplemente cuando se está en presencia de

⁴⁴² Sobre esto, MACLEOD, JAMES A. Op. Cit. p. 515 y ss.

⁴⁴³ Ibidem. p. 520

⁴⁴⁴ Salvando las variaciones idiomáticas, Vid. Ibidem. Lo cierto es que el efecto KNOBE o el SEE se presenta incluso en supuestos en los que una acción o resultado se desvía de las expectativas normativas, no obstante, dichas desviaciones sean de normas descriptivas no morales o, lo que es más sorprendente, cuando la acción es considerada moralmente digna de elogio, pero se desvía de las normas prudenciales, es decir, contra el propio interés del agente. Sobre esto, p. 517.

una valencia⁴⁴⁵ normativa, la cual termina afectando el estado de los deseos, la atribución de causalidad, las intencionalidades y, la atribución de los estados de creencia.

Ahora bien, es preciso indicar que esta confluencia adscriptiva entre el *knowledge* y la *recklessness* se da frente a los comportamientos del autor cuando, en el proceso penal, éstos son cuestionados. Así, en un determinado proceso penal cuando el autor cuestione el conocimiento sobre la presencia de una circunstancia concurrente, el jurado generalmente -y partiendo de lo demostrado por la SEE o la ESEE- atribuirá al autor el estado mental de *knowledge*, a pesar de que el mismo haya sido *reckless*. Empero, esto no significa que el jurado no pueda atribuir frente a los casos donde se debate la *recklessness* este tipo de comportamiento al autor. En definitiva, la cuestión se presentará cuando ambos estados mentales estén en juego o, al menos, cuando esté en juego un estado mental determinado frente a un comportamiento propio de otro estado mental.

4. Una particular diferencia entre *willful blindness* y *knowledge*

Luego de haber visto las diferencias conceptuales existentes entre el *knowledge* y la *recklessness* y los problemas prácticos que dichos estados mentales plantean al momento de su adscripción por parte del jurado, es preciso que vinculemos la doctrina de la *willful blindness* a este debate.

Hasta ahora, hemos observado que el debate que se genera en la academia con respecto a la *willful blindness* se fundamenta en su esencia a la búsqueda de una respuesta a tres particulares interrogantes. En primer lugar se intenta delimitar el significado de un autor que actúa con *willful blindness*. En segundo lugar, se intenta responder a la pregunta de a qué estado mental corresponde esta figura jurídica, para lo cual se intenta penetrar en el debate acerca del conocimiento. Finalmente, se atribuyen las limitantes propias del principio de legalidad y las consecuencias de la misma.

⁴⁴⁵ En psicología, el término valencia hace referencia al debate sobre las emociones y se entiende como el atractivo intrínseco (denominada valencia positiva) o la aversión (denominada valencia negativa) de un evento, objeto o situación. La SEE demuestra esta afectación sobre los estados de deseos y la atribución de causalidad y la ESEE demuestra esta afectación en los estados de creencia.

Con todo, la doctrina de la *willful blindness*, a pesar de ocupar un espacio en la jurisprudencia de alrededor de ciento cincuenta años sigue siendo muy controversial, no obstante la familiaridad con la que los abogados, jueces, académicos y comentaristas hacen alusión y recurren a ella. No existe un criterio unificado de tratamiento con respecto a la misma y de hecho, cada autor parte de una hipótesis diferente y entiende un problema diferente con respecto a ella.

Para GARVEY⁴⁴⁶, las diferencias que existen entre las definiciones que ofrecen los autores respecto de las formas de la *willful blindness* difieren en el hecho de que cada uno de ellos parte de un análisis diferente del concepto de conocimiento. En ese sentido, corroboramos con el autor en que se han establecido, al menos, tres definiciones diferentes de la *willful blindness*, si bien, nos permitiremos agregar una cuarta, a saber:

- i) Aquella que parte de un concepto de conocimiento fundamentado en el análisis filosófico estándar, es decir, el que entiende que el conocimiento es creencia verdadera justificada. En esta acepción, tanto el ignorante voluntario como el que actúa con conocimiento tienen la creencia de que la circunstancia de hecho se encuentra presente, la diferencia está en que en el último caso, dicha creencia se justifica en base a la evidencia internamente disponible del autor, mientras que en el primer caso la evidencia se encuentra fuera. Esto implica que el autor voluntariamente ignorante puede adquirir el conocimiento mediante la recopilación necesaria de evidencia para poder transformar su creencia –actualmente injustificada– en una creencia justificada, es decir, internalizando la misma mediante la comprobación de su creencia. En adición, el autor voluntariamente ignorante no adquiere dichas evidencias pues ha elegido no hacerlo por motivos culpables y es por esta razón que la ley, según GARVEY, termina tratándolo como si hubiera adquirido el conocimiento⁴⁴⁷.
- ii) Aquella definición que parte de lo estipulado en la sección 2.02(2) del MPC. En esta definición se entiende que el autor conoce la proposición inculpatória si es consciente de que es prácticamente segura su existencia o que esta se producirá, mientras que será desconsiderado (*reckless*) respecto de la proposición inculpatória si es consciente de

⁴⁴⁶ GARVEY, STEPHEN P. Op. Cit. pp. 370-372

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

que existe un riesgo sustancial en la existencia de la misma o en que ésta se producirá. De esta forma, partiendo de la base de que el conocimiento implica la creencia, aquel que conoce la probabilidad de que la proposición es prácticamente cierta, es obvio que conocerá la proposición, mientras que el desconsiderado no conocerá la proposición, pero si conocerá el riesgo sustancial de la misma. En ese sentido, la diferencia entre un autor y otro radicará en el diferente contenido de sus respectivas creencias. Además, aquel autor desconsiderado que quisiera haber reunido toda la información necesaria para transformar la creencia de su riesgo en la presencia de la proposición, en una certeza sobre dicha proposición, será un autor voluntariamente ignorante (*willfully blind*), si eligió no reunir dichas evidencias⁴⁴⁸.

iii) Finalmente, para GARVEY, la tercera definición parte de otra interpretación de la §2.02 (2), en la cual en las mismas circunstancias que la anterior, el autor desconsiderado (*reckless*) no conoce el riesgo sustancial de la proposición, pero si lo sospecha. En este escenario, la diferencia radicará en la actitud cognitiva del autor frente a la proposición y no ya sobre el contenido de la proposición. De igual forma, aquel autor desconsiderado que hubiera querido reunir la evidencia para comprobar sus sospechas, será un autor voluntariamente ignorante (*willfully blind*) si su decisión en no confirmar se debió a motivos culpables⁴⁴⁹.

A pesar de que reconocemos las tres definiciones indicadas por GARVEY, debemos agregar una cuarta que el autor parece obviar y que entendemos es donde se presenta la mayor problemática, a saber:

iv) Aquella definición que parte de lo establecido por la sección 2.02(7) del MPC. En esta acepción, no existirá diferencia alguna entre el autor voluntariamente ignorante (*willfully blind*) y el autor desconsiderado (*reckless*), toda vez que la creencia sobre la sustancialidad e injustificación de la proposición y el riesgo que conlleva la conducta, se confunde con la conciencia de la alta probabilidad de la existencia de la proposición inculpatória, dando lugar a una clara inexistencia entre ambos autores. Sin embargo, de nuestra parte entendemos que la diferencia radicará en que el autor voluntariamente

⁴⁴⁸ *Ibíd.* p. 371

⁴⁴⁹ *Ibíd.* p. 372

ignorante ha decidido no investigar o ha evitado la adquisición del conocimiento, a sabiendas de la presencia que dicho riesgo conllevaba. Esta decisión es una decisión consciente, por lo que si bien no existe un conocimiento cierto sobre la proposición en cuestión, si existe un conocimiento cierto sobre la decisión de no investigar y es por esta razón que entendemos que la conducta del autor debe desvalorarse penalmente y debe dar lugar a la atribución del conocimiento.

Empero, este planteamiento preliminar todavía requiere de fundamento, no obstante podamos concluir con certeza que la base de todo autor voluntariamente ignorante es la desconsideración (*recklessness*), pero no todo autor que actúa con *recklessness* es un autor voluntariamente ignorante (*willfully blind*).

En definitiva, salvando las diferencias existentes entre todas las definiciones otorgadas, un aspecto surge en común. En el caso del autor voluntariamente ignorante no hay conocimiento cierto, aunque si existe una alta posibilidad de acceso al mismo. El autor es consciente de que puede reunir la evidencia necesaria para convertir sus creencias en conocimiento, pero voluntaria y conscientemente elige no hacerlo. Este estado de desconocimiento conscientemente provocado parecería ser el desencadenante de que moralmente se realice una equiparación entre su comportamiento y el de aquel autor que conoce.

5. Valoración.

La *willful blindness* se ha expandido por todo el sistema del *common law*, sin que exista un criterio unitario sobre su utilización y sobre su alcance en cuanto a su ubicación o posicionamiento dentro de la estructura de los elementos de culpabilidad. La búsqueda de una uniformidad en cuanto a los criterios de legitimación de la figura jurídica a raíz de la acogida por casi la totalidad de los países que siguen la tradición jurídica del *common law*, parece una tarea difícil, ya que no se puede desprender de lo expuesto hasta ahora la presencia de una identidad clara en su tratamiento o el intento por delimitar los conceptos que tiendan a establecer una aplicación genuina de tan cuestionable figura jurídica.

Una mirada preliminar de la *willful blindness* desde los inicios de la doctrina en el Reino Unido, su posterior acogida por EE.UU., su adopción por parte de Canada, su llegada a Israel, hasta el tratamiento de esta por Singapur, parece desprender una serie de elementos que pudiéramos

organizar para confirmar si hasta el momento se puede establecer con certeza a qué se hace alusión cuando se habla de *willful blindness*.

De entrada, lo único que se puede reconocer a unanimidad y sin temor a equivocarnos es que la doctrina surgió jurisprudencialmente con la finalidad de dar un tratamiento a aquellos supuestos en los que un sujeto habiéndosele despertado una sospecha sobre una determinada circunstancia concurrente, decide de manera voluntaria e intencional evitar confirmar sus sospechas, permaneciendo así en una situación de ignorancia que le permite, una vez materializada la infracción, poder alegar en su defensa que desconocía estar incurriendo o participando en una actividad criminal.

El planteamiento base para dar cabida a esta figura jurídica no es del todo descabellado, ya que resultaría muy difícil admitir que un individuo que de manera consciente y deliberada se coloca en una situación de desconocimiento con la única finalidad de evadir su eventual responsabilidad penal por su participación en la actividad criminal debería poder contar con una defensa que permitiera recibir un tratamiento más benigno por parte de la ley, que aquel que participa de manera consciente en dicha actividad criminal.

Ahora bien, una vez estemos de acuerdo en que, al menos por cuestiones o principios de justicia material, el derecho no debería amparar a estos sujetos mediante la consolución punitiva, empiezan a surgir los problemas con el enfrentamiento con esta doctrina.

Si reunimos en conjunto la multiplicidad de criterios que han sido otorgados por las distintas Cortes que acogieron esta doctrina, algunos elementos comunes parecerían desprenderse de tal unificación, al menos en cuanto a interrogantes se refiere. De esta forma, se pueden identificar una serie de cuestiones que merecerán aclaración posterior mediante un análisis pormenorizado de lo desarrollado con relación a esta figura jurídica tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, luego de su adopción inicial.

De manera general, y de lo visto hasta ahora, la *willful blindness* parece plantear una utilización tripartita, a saber: i) Un recurso que permite satisfacer un *mens rea* menos grave que el conocimiento pero equiparable a aquel; ii) Para satisfacer el *mens rea* del conocimiento, por considerarlo igual que éste; iii) Como una herramienta probatoria que permite al jurado inferir el conocimiento culpable.

De estas tres maneras de ser usada la doctrina, se pueden deducir, *prima facie*, dos conclusiones preliminares -una de carácter material y otra procesal-, que nos irán permitiendo construir un concepto de dicha figura jurídica. En primer lugar, se puede deducir de lo visto hasta ahora que la *willful blindness* no viene a definir un *mens rea* específico de un delito particular, sino que, lo que permite es imputar el conocimiento a un acusado cuyas sospechas se han despertado a tal punto que él mismo se encuentra en la necesidad de realizar una investigación adicional, preguntar o indagar, pero que de manera deliberada y voluntaria, decide no hacerlo. De esta forma, la *willful blindness* parece constituir una teoría de la responsabilidad penal que se basa en el conocimiento. Sin embargo, no se desprende si se trata de un elemento igual al conocimiento o diferente de él pero equiparable en términos legales.

La segunda consecuencia es que si la *willful blindness* es una herramienta que permite al jurado inferir el conocimiento, se entiende entonces que no es un recurso que pueda ser utilizado en cualquier situación procesal, sino –únicamente- cuando el delito objeto de análisis exige el conocimiento (*knowledge*) como disposición mental y, en consecuencia, el imputado reclama no haber contado con dicho conocimiento o no haber sabido que su conducta era criminal.

Ahora bien, de esta segunda conclusión se desprende una tercera que se vincula a ella y ésta es, que debe existir en el proceso penal evidencia suficiente que permita realizar un juicio de inferencia sobre el hecho de que la ausencia del conocimiento del autor se debió a un deseo consciente de permanecer en dicho estado de ignorancia y que el no haber sabido que su conducta era criminal o que participaba en una actividad criminal fue debido, exclusivamente, a su propósito consciente de no conocer. Sin embargo, estos criterios que *prima facie* parecen desprenderse del tratamiento inicial que fuera brindado a la *willful blindness* no nos permiten, todavía, dar con una definición concreta de la figura jurídica.

Por otro lado, el planteamiento que objeta la doctrina a la *willful blindness* surge a partir de un presupuesto lógico. Si se asume que la ignorancia en su más llano significado es precisamente ausencia de conocimiento, ¿cómo se entiende, entonces, que la ausencia de conocimiento pueda equipararse al conocimiento si de entrada estamos tratando frente a conceptos que por su naturaleza son excluyentes?

La justificación moral y parte de la razón en la utilización de esta doctrina subyace en el hecho de que el conocimiento y la *willful blindness* son igualmente culpables, pues se asume que quien

evita deliberadamente el conocimiento de una circunstancia de hecho es probable que actúe de la misma manera si hubiese estado completamente seguro de la existencia de ese hecho.

En este sentido, el autor viene a ser considerado culpable no tanto por su actitud de indiferencia frente al supuesto de hecho en que se involucra, sino porque su ignorancia es producto de acciones conscientes y deliberadas tendientes a no confirmar lo que en esencia se sospecha, con la finalidad de excusar su actuación y evadir, de esta forma, su responsabilidad penal.

Sin embargo, esta aplicación moral como fundamento de la utilización de la doctrina de la *willful blindness* ha planteado una serie de interrogantes y objeciones por parte de la doctrina especializada y de algunos magistrados, quienes consideran que la confusión que plantea la utilización de esta figura jurídica y un uso indiscriminado y erróneo por parte de la misma, puede dar lugar a consecuencias desastrosas para los fines que intenta preservar el derecho penal, ya que persona inocentes o que no hayan contado con un estado mental tan grave como el conocimiento pueden ser condenadas a altas penas de prisión por comportamientos que no ameritan más que una pena por negligencia o, incluso, la absolución. A estas cuestiones nos dedicamos en el siguiente apartado.

Capítulo III: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE WILLFUL BLINDNESS

Introducción

Llegados a este punto no podemos negar que la *willful blindness* se erige como una doctrina muy controversial. Esta figura permite que los jueces instruyan al jurado -cuando el estatuto debatido exige el conocimiento (*knowledge*) como estado mental para la atribución de responsabilidad penal- en el sentido de que pueden encontrar culpable a un imputado cuando la evidencia demuestre que este actuó con conocimiento de los hechos o que deliberadamente cerró los ojos frente al hecho ilícito relevante. Así, la doctrina ha sido utilizada para facilitar la condena de un imputado que puede no haber tenido el conocimiento real de los hechos pero que, por haber cegado las fuentes de dicho conocimiento, se considera culpable de todos modos.

Desde su nacimiento, la *willful blindness* no ha estado exenta de críticas y, a la fecha, si bien es de aplicación constante en los tribunales del *common law*, no existe una aceptación total con respecto a la misma por parte de la doctrina y de la propia jurisprudencia. La divergencia existente con respecto a ella surge a partir de la dificultad que plantea imaginar que todo aquel que no haya adquirido un conocimiento cierto sobre los hechos deba responder igual que aquel que realiza el acto antijurídico (*wrongdoing*) con pleno conocimiento de las circunstancias concurrentes. No obstante, resulta difícil admitir que aquel individuo que consciente y deliberadamente se ciega ante la presencia de un determinado hecho incriminatorio deba recibir un tratamiento más benigno por parte de la ley, simplemente por no contar con un conocimiento concreto.

Por otra parte, la doctrina también plantea problemas frente a los estados mentales requeridos para la culpabilidad y su ubicación dentro del sistema de imputación subjetiva del *common law*, y ha recibido muchas críticas por su confusión con la *recklessness* y el peligro que presenta que un autor que haya tenido un comportamiento meramente negligente o desconsiderado sea condenado como si hubiera actuado con conocimiento.

Además, tampoco existe un lineamiento fijo por parte de los tribunales con respecto a la regla de la *willful blindness* en las instrucciones al jurado, ya que cada uno ha adoptado sus propias conclusiones acerca de esta figura y atendiendo a sus particulares acepciones ofrecen entonces las instrucciones a los jurados.

Con todo, pudimos ver que existe acuerdo en el reconocimiento que se hace sobre al menos tres utilidades distintas de la *willful blindness*, a saber: (i) como evidencia para que un jurado pueda inferir el conocimiento, (ii) como elemento que permite satisfacer un *mens rea* menos grave que el conocimiento, como lo sería la conciencia de la alta probabilidad establecida en el apartado 2.02 (7) del MPC, pero equiparable a aquel en términos culpables y, (iii) como un sustituto del conocimiento.

Lo cierto es que la ausencia de un criterio uniforme en la aplicación de la *willful blindness* por parte de los tribunales federales no ha sido beneficiosa a los términos de construir un concepto que pueda englobar los diversos requisitos que son exigidos por los distintos tribunales. Tampoco parece haber acuerdo en la doctrina frente a qué elementos debe contener la *willful blindness* para que pueda ser utilizada sin que ello implique una vulneración a los derechos de los imputados.

Esta incertidumbre en cuanto al verdadero significado de la *willful blindness* ha permitido a los jurados del *common law* trabajar discrecionalmente y atribuir el conocimiento al imputado sin ninguna orientación importante sobre cómo arribar a esa decisión. Es innegable que muchos jurados han incomprendido que las instrucciones sobre la *willful blindness* lo que vienen a plantear es una facultad y no una obligación de inferir el conocimiento, siempre y cuando la prueba sea lo suficientemente contundente en este sentido. Así, la doctrina de la *willful blindness* se erige en una regla aplicable únicamente al proceso judicial al momento de la atribución de la responsabilidad, frente al planteamiento por parte de la acusación o mediante la instrucción de oficio por parte del juez.

Por otro lado, la mayoría de los tribunales han reconocido el peligro que plantea una mala utilización o errónea instrucción de esta regla y lo han advertido, incluso algunos han llegado a rechazar su utilización por lo que ella implica. Los comentaristas y académicos han rechazado, por su parte, la utilización indiscriminada que se le ha dado a la misma, reconociendo las dificultades teóricas y procesales que conlleva e intentado delimitar el alcance de esta figura para una mejor aplicación.

En ese sentido, procederemos en el presente capítulo a profundizar en el tratamiento de la *willful blindness* por parte de las Cortes de Apelación de los EE.UU., y de otros tribunales del sistema del *common law*. Por otro lado, realizaremos un análisis de las aproximaciones conceptuales

desarrollados por la doctrina en un intento por delimitar la misma frente a la aplicación indiscriminada, de la cual ha sido parte. Estudiaremos, también, el fundamento moral de la doctrina y el desarrollo de la tesis de la equiparación culpable con la finalidad de delimitar el contenido de la doctrina buscando identificar los criterios que permitan un tratamiento unitario de la misma en todas las situaciones de ceguera intencional.

Sin embargo, para ello se hará necesario, además, estudiar el tratamiento que ha sido dado a la doctrina en un ámbito extrajudicial, es decir, en nuestras relaciones sociales. Sólo de esta manera podremos estar en la disposición de ofrecer un concepto concreto de la *willful blindness* que tenga aplicación general.

Sección I: La *willful blindness* en el proceso penal del *common law*

1. La *willful blindness* en el proceso penal estadounidense

El derecho penal federal ha sido el escenario ante el cual se ha desarrollado la doctrina de la *willful blindness* en los EE.UU. A pesar de los tímidos inicios en su aplicación, a partir de la década de los 60 la doctrina fue expandiéndose por los tribunales estadounidenses, y a la fecha, ha sido tratada por la totalidad de los Circuitos de Apelación y, en una ocasión, por la SCJ. Este proceso de expansión tuvo como génesis una serie de factores que van desde la aprobación del MPC en el año 1962 y la promulgación de la Ley de Prevención y Control del Abuso de Drogas de 1970, hasta la aprobación por parte de la SCJ, de la utilización de la definición de conocimiento contenida en la §2.02 (7) del MPC. Pero, a estos hechos deberíamos agregar una particularidad que se presenta en el derecho penal federal y que pudo haber servido como herramienta para lograr la expansión de la utilización de la *willful blindness*, como lo es la ausencia de una definición general de conocimiento (*knowledge*) en el código penal federal.

Es sabido que el derecho penal federal se encuentra dentro de las denominadas jurisdicciones No-MPC, es decir, aquellas jurisdicciones que no han adoptado las definiciones de los estados mentales que fueron propuestas por el MPC. Esto pudiera resultar incluso paradójico frente al hecho de que la proliferación de la utilización de la *willful blindness* se debió, en un sentido, al hecho de la aprobación de parte de la SCJ de la definición de conocimiento propuesta por el MPC. Entonces, ¿Cómo se entiende que en ausencia de una definición general de conocimiento

la expansión de la utilización de la doctrina se haya dado con ocasión a la aceptación por parte de la SCJ de la definición de conocimiento consagrada por el MPC?

Lo que ocurre es que la inexistencia de una definición general de conocimiento en el derecho federal se debe a que el Congreso siempre ha entendido que este término no requiere de una mayor explicación al jurado, ya que se reconoce como un concepto de uso común. Sin embargo, la ventaja que brindó la aprobación de la definición ofrecida por el MPC y su utilización por la SCJ fue que permitió al derecho federal ampliar -aún más- la concepción del conocimiento, producto del abandono de la SCJ de la definición tradicional de que el *knowledge* exige un conocimiento real, procediendo a trazar líneas de responsabilidad basadas en el conocimiento de la alta probabilidad de la existencia de una determinada circunstancia y dando cabida a la utilización de las instrucciones de *willful blindness*.

En ese sentido, es frecuente observar que los tribunales federales instruyan al jurado en el sentido de que actuar ‘a sabiendas’ significa estar consciente de las propias acciones, darse cuenta de lo que uno está haciendo y de lo que está sucediendo, en lugar de actuar por ignorancia, error o accidente, pero que dicho conocimiento puede ser inferido si se demuestra que el imputado cerró los ojos o evitó deliberadamente conocer la presencia de determinada circunstancia de hecho.

Ahora bien, la expansión de la utilización de la doctrina ha llegado a tal punto que los fiscales federales suelen solicitar instrucciones de *willful blindness* para el jurado, incluso cuando la evidencia presentada no justifica la misma, y los jueces con frecuencia aprueban dichas instrucciones a pesar de las objeciones que presenta la defensa de que una instrucción inapropiada de *willful blindness* lo que hace es confundir al jurado, aligerando la carga de la prueba de la acusación con respecto a los estados mentales del imputado. Esto permite, además, que imputados que hayan actuado con mera desconsideración o imprudencia puedan ser declarados culpables de un estado mental más grave como lo es el conocimiento.

Además, pudieran indicarse, al menos, dos razones que han ocasionado esta utilización desmesurada de la doctrina de la *willful blindness*. En primer lugar, la ausencia de un criterio uniforme por parte de los tribunales de instancia ni de los Circuitos de Apelación con relación al lenguaje utilizado en el tratamiento de la doctrina y sobre los requisitos que se exigen para la misma. En segundo lugar, la división existente entre los Circuitos de Apelación respecto a

las pautas apropiadas para la revisión de las decisiones de los tribunales de primer grado con ocasión a las instrucciones de la *willful blindness* y sobre las restricciones que deben operar frente al otorgamiento de una instrucción sobre la doctrina.

De esta manera, se puede observar una articulación ligeramente diferente de la *willful blindness* por parte de los diversos Circuitos de Apelación, en cuanto a las interpretaciones que se le han dado a esta doctrina, específicamente al momento de analizar las instrucciones al jurado que son ofrecidas por los tribunales de primera instancia. Esto nos lleva a enfocar la realización del estudio en el tratamiento que de la *willful blindness* hacen los Circuitos de Apelación atendiendo a la particularidad que presentan estos tribunales dentro del sistema del *common law*.

1.1 Funcionamiento de un Tribunal de Apelación

Es importante recordar el funcionamiento de un Tribunal de Apelación en EE.UU. No es frecuente que una parte que obtuvo decisión desfavorable en primera instancia tenga el derecho automático de apelación, es decir, no todos los casos son susceptibles de ser apelados. Generalmente, para que el Recurso de Apelación sea admitido a trámite es preciso que exista una base legal para la apelación, esto es, un supuesto error material en el juicio. A diferencia de la materia civil –en la cual cualesquiera de las partes tienen el derecho a una apelación en la mayoría de los Estados- en materia penal, salvo escasas excepciones, sólo el imputado tiene derecho a la interposición de un Recurso de Apelación.

Una apelación no constituye un nuevo juicio o un nuevo análisis de las pruebas del caso. Tampoco se consideran nuevos testigos o nuevas pruebas. De lo que se trata es, en esencia, del análisis de los argumentos que indican que en el procedimiento de juicio se cometieron errores, ya sean estos procesales o materiales. La apelación se instituye mediante la presentación de un aviso de apelación, que marcará el inicio del plazo dentro del cual el apelante deberá depositar un escrito contentivo de los argumentos de hecho y de derecho sobre los que se basan para buscar una revocación de la decisión emanada por el tribunal de primer grado (o tribunal de juicio). El apelado tiene un tiempo específico para presentar un escrito de respuesta a la apelación y luego el apelante tiene un plazo para réplica.

En la mayoría de las ocasiones los Tribunales de Apelaciones toman la decisión sobre la base de los escritos. En otras, escuchan argumentos orales antes de proceder con el análisis y fallo

del expediente. Estos argumentos orales son invocados de oficio por el tribunal o a petición de parte, el cual en caso de ser aprobado tendrá lugar mediante la celebración de una audiencia en la cual se les otorgará a las partes un plazo breve para presentar sus argumentos. Estos plazos suelen ser de diez o quince minutos a lo sumo.

El Tribunal de Apelación determina si el tribunal inferior cometió algún error en la aplicación de la ley. Por lo general, revertirá la decisión de un tribunal de juicio sólo por errores de ley, aunque no todos los errores de ley son causa de una revocación o reversión de la decisión. En un determinado proceso penal puede que un Tribunal de Apelación concluya que efectivamente el tribunal de juicio brindó una instrucción legalmente impropia al jurado y, sin embargo, considerar que dicho error es menor y no guarda relación con el fallo del jurado, por lo que puede ser considerado como un error inofensivo y permitir que el veredicto de culpabilidad se mantenga. A esto se le denomina la doctrina del error inofensivo (*harmless error rule*⁴⁵⁰).

En definitiva, si la sentencia es confirmada, finaliza el proceso, salvo que la parte perdedora someta un recurso ante un tribunal superior. Si la apelación se desestima, la decisión del tribunal de juicio se confirma. En su defecto, si la decisión se revoca la Corte enviará el caso ante un tribunal inferior (lo que se llama reenvío) y ordenará que el tribunal de instancia tome medidas adicionales como pueden ser la celebración de un nuevo juicio, la modificación o corrección de la sentencia de instancia, la reconsideración de los hechos o evaluación de prueba adicional o, finalmente, la consideración del caso a la luz de una decisión reciente emanada por un Tribunal de Apelación.

En efecto, cuando una Corte de Apelación conoce sobre un recurso en el cual se debate el tratamiento de la doctrina de la *willful blindness*, el tribunal analizará si la instrucción al jurado fue otorgada correctamente por el tribunal de primer grado, es decir, quien emite la instrucción al jurado es el tribunal de juicio, siendo el trabajo de la Corte verificar si la misma fue instruida de manera correcta o no. En este análisis, las Cortes irán desarrollando una serie de conceptos frente a lo que ellas entiendan debe ser una correcta instrucción al jurado y es en estos análisis donde empiezan a aparecer divergencias entre los diversos circuitos con respecto a la figura. Al momento de los tribunales ir acogiendo criterios e identificando las situaciones en las que resulta propicia una instrucción de la *willful blindness*, la doctrina se va convirtiendo en una

⁴⁵⁰ *Infra Cap III. Secc. I. 3.1.3.1*

especie de regla ya que las opiniones que son emitidas por una Corte de Apelación rigen como ley dentro del circuito dentro de las que son impartidas, es decir, la importancia de los criterios esgrimidos por una determina Corte de Circuito determinarán cómo se va a aplicar la Ley Federal a los ciudadanos dentro de su área.

Así las cosas, desde que el Noveno Circuito estatuyó sobre el proceso de *Jewell* los distintos Circuitos de Apelaciones fueron creando un criterio respecto de la doctrina de la *willful blindness* cuyo desarrollo veremos a continuación.

1.2 La definición de la *willful blindness* en las instrucciones al jurado

Para el Primer Circuito, el propósito de la *willful blindness* es establecer la responsabilidad penal de un acusado que, reconociendo la posibilidad de estar cometiendo una infracción penal, conscientemente rehúsa realizar una investigación básica para determinar si su actuación puede ser responsable penalmente.

Este tribunal define a la figura jurídica como “la conciencia de una alta probabilidad”⁴⁵¹ de que un acto es ilegal y en el cual “el acusado consciente y deliberadamente evitó el aprendizaje”⁴⁵². En este sentido afirma que la *willful blindness* puede ser utilizada como una alternativa para que la acusación pueda probar el conocimiento.

El Segundo Circuito por su parte, ha creado la doctrina de la evasión consciente (*conscious avoidance*), en parte similar a la instrucción de la *willful blindness*, pero se basa más en la descripción ofrecida por el MPC en su §2.02(7) y ha establecido que el conocimiento de la existencia de un hecho particular queda establecido cuando i) una persona es consciente de la alta probabilidad de su existencia, ii) al menos que en realidad crea que no existe.

El Tercer Circuito ha establecido que el conocimiento de un hecho por parte del imputado queda satisfecho si la acusación demostró que el acusado cerró los ojos a lo que de otro modo habría sido obvio para él y, que el conocimiento de un hecho o circunstancia pueda ser inferido de su ignorancia deliberada sobre ese hecho o circunstancia. También ha defendido el uso de algunas

⁴⁵¹ RITCHIE, LORELEI D. “*Is Willful Blindness the new Recklessness after Global-Tech?*” Federal Circuit Bar Journal. USA. 2011. p. 186

⁴⁵² *Ibidem*.

instrucciones de *willful blindness* sobre la base de dos categorías de pruebas pero sin identificar de manera explícita dichas categorías. Sin embargo, el Séptimo Circuito sí ha profundizado en el tema, estableciendo dichas categorías.

El Cuarto Circuito sostiene que la instrucción de la *willful blindness* permite al jurado encontrar el elemento de conocimiento por parte del acusado si la evidencia indica que deliberadamente cerró los ojos para evitar saber lo que ocurría a su alrededor.

El Quinto Circuito equipara la *willful blindness* con el conocimiento cuando el acusado ha sido subjetivamente consciente de una alta probabilidad de la existencia de un hecho e intencionalmente se las ingenia para evitar el aprendizaje de la realidad.

El Sexto Circuito entiende que la instrucción de la ignorancia deliberada permite que un acusado escape de la condena por cerrar los ojos ante el riesgo evidente que está realizando al llevar a cabo un ilícito penal.

El Tribunal del Séptimo Circuito se refiere a la instrucción de la *willful blindness* como la instrucción avestruz (*The ostrich instruction*) y sostiene que el conocimiento puede inferirse a partir de una combinación de la sospecha y la indiferencia hacia la verdad.

RODRÍGUEZ establece que el Séptimo Circuito nunca ha mencionado en sus instrucciones el término de *willful blindness*, sus frases o equivalentes, sino que subsume dicho concepto en el ámbito general del conocimiento y nombra a sus instrucciones como las “instrucciones avestruz”⁴⁵³.

Sin embargo, y contrario a la ambigüedad del Tercer Circuito de fundamentar instrucciones de *willful blindness* sobre la base de dos categorías probatorias que no identifica, este tribunal ha articulado estas categorías afirmando que:

“La evidencia de la willful blindness se puede clasificar en dos categorías: la evidencia de manifiestos actos físicos y la evidencia de la evasión puramente psicológica, un corte de la curiosidad normal por el esfuerzo de la voluntad”, indicando que la primera categoría generalmente es fácil pero que la segunda es bastante problemática ya que la dificultad en un

⁴⁵³ RODRÍGUEZ, SHAWN D. Op. Cit. p. 731

caso de evasión psicológica, en la que no se muestra ningún tipo de manifestación externa física de un intento de evitar los hechos, radica en distinguir entre el esfuerzo mental de un acusado de cortar la curiosidad (lo que apoyaría una instrucción de avestruz) o la simple falta de un acusado de esfuerzo mental o falta de curiosidad (que no apoyaría una instrucción de avestruz)”⁴⁵⁴.

El Octavo Circuito ha ofrecido una instrucción al jurado similar a la que ofrece el Primer Circuito Federal. También, y a diferencia del Primer Circuito, este tribunal exige el motivo como un elemento de la *willful blindness*.

Una explicación más amplia la realizó el Noveno Circuito en el proceso *United States v. Heredia*⁴⁵⁵ cuando indicó que la instrucción de la *willful blindness* no requiere que el jurado encuentre que el motivo por el que decidió evitar aprender la verdad era para tener una defensa en caso de que fuera descubierto y acusado del delito. En el contexto de la instrucción de la *willful blindness* este tribunal entiende que el término “a sabiendas” (*knowingly*) no se limita al conocimiento positivo sino que incluye también el estado de ánimo de aquel que no posee el conocimiento positivo sólo porque prefiere evitarlo y, distingue que el acusado *willfully blind* es aquel que toma acciones para evitar confirmar las sospechas de un delito mientras que el autor desconsiderado (*recklessly*) es aquel que únicamente conoce el riesgo sustancial e injustificado de que su conducta es criminal y, que el autor negligente es aquel que debería tener una sospecha de que su conducta es criminal pero de hecho no la tuvo. A partir de establecer estas diferencias, el Noveno Circuito equipara la *willful blindness* con el conocimiento.

El Décimo Circuito sostiene también que la *willful blindness* o ceguera voluntaria depende de si existe un propósito consciente para evitar la iluminación. A diferencia del Noveno Circuito, que no exige que el motivo por el que se decide evitar aprender la verdad es para tener una defensa en caso de ser descubierto, este tribunal parece exigirlo.

El Undécimo Circuito ha determinado que una instrucción de la doctrina de la *willful blindness* solo es adecuada cuando los hechos permiten concluir que el acusado era consciente de una alta probabilidad de la existencia del hecho en cuestión y que creó artificios con el propósito de evitar el aprendizaje para tener una defensa en el caso de un posterior procesamiento.

⁴⁵⁴ *United States v. Carrillo*, 435 F. 3d 767, 780 (2006).

⁴⁵⁵ *United States v. Heredia*, 483 F.3d 913 (2007).

Finalmente, el Circuito del Distrito de Columbia en el proceso *United States v. Alston-Graves*⁴⁵⁶ sostuvo que la instrucción de la *willful blindness* fue dada erróneamente ya que el único ejemplo de una supuesta ceguera voluntaria fue la negativa inicial del acusado de aceptar documentos bancarios para confirmar su falsificación y estatuyó que cuando la palabra “a sabiendas” o la frase “el acusado sabía” se utiliza en las instrucciones, viene a significar que el acusado era consciente de la naturaleza de su conducta y se dio cuenta de lo que estaba haciendo y no actuó a través de ignorancia, error o accidente.

Esta Corte ha rechazado el uso de la doctrina de la *willful blindness* estableciendo que su utilización presenta un verdadero peligro ya que puede dar lugar a condenas por comportamientos meramente desconsiderados o negligentes⁴⁵⁷. No obstante lo anterior, esta Corte realizó en el proceso de marras un análisis exhaustivo de la figura reconociendo su utilización común y aprobación por parte de todos los Circuitos de Apelación, a pesar del reconocimiento expreso de que los razonamientos varían, así como el lenguaje utilizado en las instrucciones y los límites que se imponen a la doctrina.

De aquí se desprende claramente la existencia de una división entre los circuitos con respecto a la forma en que se deberían otorgar las instrucciones al jurado, cómo debería ser el lenguaje utilizado y los criterios para dar por válida dichas instrucciones. Se comprueba entonces que no todos los Circuitos parecen exigir los mismos requisitos ni entienden la doctrina de la misma manera.

Sin embargo, algunos elementos comunes fueron reconocidos por la SCJ al momento de analizar por primera vez la doctrina de la *willful blindness*.

2. *Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB, S. A.*, y su repercusión en la doctrina de la *willful blindness*

Si bien lo que le hacía falta a la doctrina de la *willful blindness*, desde el caso *United States v. Jewell*, era un lineamiento claro por parte de la SCJ en el que se estableciera el modo de tratar la figura jurídica. Hasta el año 2011, la SCJ de EE.UU., nunca se había detenido a analizar de

⁴⁵⁶ 435 F.3d. 331, 336 D.C. Cir. (2006). Esta decisión es de gran importancia pues realiza un recuento del tratamiento de la doctrina por parte de los demás circuitos.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

manera concreta la doctrina de la *willful blindness*, ya que en el proceso de *United States v. Spurr* del año 1899 lo que hizo fue aprobar un concepto similar a esta figura sin referirse a la misma de manera directa ni ofrecer directrices que establecieran la correcta utilización o la forma en que debía de interpretarse la regla.

Como consecuencia de estos lineamientos, las disputas relativas a la definición de la figura, su fundamento material, su posible parecido a la *recklessness* y el debate sobre cuándo considerar un error reversible el ofrecer una instrucción de la *willful blindness* han sido constantes en los tribunales norteamericanos. Además, el establecimiento de un criterio que le permita o se le indique a la acusación qué estándar de prueba debe presentarse en el juicio para que haya lugar a la aplicación de la *willful blindness* como sustituto del conocimiento era algo que debía esperarse que fuera tocado por la SCJ.

Sin embargo, la SCJ rompió su silencio con relación al tratamiento de la *willful blindness* de la manera más extraña posible, es decir, mediante un proceso civil de patentes donde la cuestión planteada era si una de las partes que activamente induce a otra a una infracción de patentes debe saber que los actos inducidos constituyen una vulneración a la ley de patentes⁴⁵⁸.

El caso trató sobre una empresa francesa (SEB) que a finales de los 80 inventó una freidora “*cool-touch*” para uso doméstico, que permanecía fría al tacto durante el proceso de fritura. Esta empresa obtuvo una patente en 1991. La empresa Sunbeam (competidora de SEB) en vista del éxito de SEB en el mercado solicitó los servicios de Pentalpha (una subsidiaria de propiedad total de *Global-Tech Appliances, Inc.*) para desarrollar una freidora con ciertas especificaciones. Pentalpha copió el diseño de la freidora de SEB con conciencia de que esta última no hubiera podido cumplir con los requisitos de patentes en EE.UU., para lo que contrató a un abogado que investigara el derecho a usar el estudio y omitió informarle que el diseño había sido copiado. Pentalpha empezó a vender sus productos en EE.UU., a la empresa Sunbeam y a otros revendedores. SEB demandó a Sunbeam quien luego notificó de la demanda a Pentalpha, aunque esta última no dejó de vender sus productos. SEB transó el litigio con Sunbeam y demandó a Pentalpha por violación a la ley de patentes y por inducción a la competencia a violar dicha ley. La Corte del Distrito Sur del Estado de Nueva York rechazó los

⁴⁵⁸ O'TOOLE, TIMOTHY P. “*Patently unusual: how a recent Supreme Court patent decision alters the landscape for proving criminal knowledge*”. *Westlaw Journal White-Collar Crime*. August 25. USA. 2011. p2.

argumentos de Pentalpha al igual que el Circuito Federal de Apelación. Este último sostuvo que Pentalpha deliberadamente había hecho caso omiso a un riesgo conocido y que esa falta de atención no era diferente al conocimiento real porque era una forma de conocimiento y conciencia. La SCJ utilizó la figura de la *willful blindness*, aunque esta figura nunca había sido empleada en el ámbito civil, pues pertenece al ámbito penal y, estableciendo que dada la historia de la *willful blindness* y de su amplia aceptación en el Poder Judicial Federal no veía ninguna razón para su aplicación en el ámbito civil. *Global –Tech Appliances, Inc.* fue condenada⁴⁵⁹.

El Circuito Federal rechazó el requisito de un “estricto conocimiento” de que los actos inducidos constituyen una infracción de patente⁴⁶⁰, estatuyendo que resulta suficiente que el inductor “debería haber sabido” que los actos inducidos violan la ley de patentes porque el autor deliberadamente fue indiferente (*deliberate indifference*) a un riesgo conocido de infracción de patente.

La SCJ rechazó este planteamiento estableciendo que el tribunal inferior no requirió un estado mental lo suficientemente culpable, estatuyendo que el estatuto de violación de patentes requiere conocimiento (*knowledge*) pero que este requisito de conocimiento podría ser satisfecho a través de la demostración de la *willful blindness*⁴⁶¹. En ese sentido consideró que “*la indiferencia deliberada sobre un riesgo conocido de que existe una patente no satisface el conocimiento requerido por el §271(b), sin embargo, la sentencia del Tribunal del Circuito Federal debe ser confirmada porque la evidencia en este caso era claramente suficiente para fundamentar una decisión sobre el conocimiento de Pentalpha en virtud de la doctrina de la willful blindness*”⁴⁶².

En la misma línea continuó la SCJ estatuyendo fundamentalmente lo siguiente:

“La doctrina de la willful blindness está bien establecida en el derecho penal. Muchas leyes penales requieren una prueba de que el acusado haya actuado ‘a sabiendas’ o ‘intencionalmente’, y los tribunales que

⁴⁵⁹ Para más información sobre los hechos, Vid. GORMAN, DANIEL ERIC. “*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S. A.: Invoking the doctrine of willful blindness to bring those who lack knowledge of induced infringement within § 271 (B)’s prohibition*”. Tulane Journal of Technology and Intellectual Property. Fall, 2011. pp. 397-398; RITCHIE, LORELEI D. Op. Cit. pp. 172-176; Supreme Court of the United States. “*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*”. 131 S.Ct. 2060 (2011).

⁴⁶⁰ *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.* 131 S.Ct.2060 (2011). “*Induced infringement of a patent, like contributory infringement, requires knowledge that the induced acts constitute patent infringement*”.

⁴⁶¹ O’TOOLE, TIMOTHY P. Op. Cit. p. 2

⁴⁶² *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.* 131 S.Ct.2060 (2011). p 2062.

han aplicado la doctrina han sostenido que los acusados no pueden escapar al alcance de estas leyes por cegarse deliberadamente a sí mismos de la evidencia clara de los hechos fundamentales que son fuertemente sugeridos por las circunstancias[...] A pesar de que las Cortes de Apelación articulan la doctrina de la willful blindness de forma ligeramente diferente, todos están de acuerdo en dos requisitos básicos. En primer lugar, el acusado subjetivamente debe creer en la alta probabilidad de que un hecho existe. En segundo lugar, el acusado debe tomar acciones deliberadas para evitar el aprendizaje de ese hecho. Estos requisitos dan a la willful blindness un alcance apropiadamente limitado que supera a la recklessness y a la negligence. Según esta formulación, el acusado voluntariamente ciego es aquel que lleva a cabo acciones deliberadas para evitar la confirmación de una alta probabilidad de delito y casi se puede decir que ha conocido los hechos críticos [...]. Un tribunal puede adecuadamente encontrar willful blindness sólo donde casi se puede decir que el acusado realmente sabía. Por el contrario, el acusado actúa con recklessness cuando sólo conoce un riesgo sustancial e injustificado de esas infracciones (MPC§2.02(2)(c) y un acusado negligente es aquel que debería haber conocido un riesgo similar pero, en realidad, no. Véase §2.02(2)(d). El criterio aplicado por el Circuito Federal en este caso se aparta de la norma adecuada de la willful blindness en dos aspectos importantes. En primera lugar, permite la constatación de los conocimientos cuando no existe más que un 'riesgo conocido' de que los actos inducidos están infringiendo una patente. En segundo lugar, exigiendo sólo una 'indiferencia deliberada' sobre ese riesgo, la prueba del Circuito Federal no requiere de 'esfuerzos activos' por parte del inductor para evitar conocer el carácter de infracción de las actividades [...]"

Aunque de manera muy extraña, por tratarse de un proceso civil, la SCJ aprovechó la situación y se propuso esclarecer la forma en que debía utilizarse la *willful blindness*. Al hacerlo, intentó restringir el otorgamiento de las instrucciones al jurado indicando los requisitos que las mayoría de las Cortes de Circuito exigían para declarar apropiada una instrucción de *willful blindness*.

Sin embargo, ni es cierto que todos los Circuitos exigían los mismos elementos básicos indicados por la SCJ en la decisión, ni era prudente aprovechar un caso civil para proceder en tal sentido. Con esta decisión la SCJ expandió el campo de aplicación de la *willful blindness*, pues desde ese momento –aun de manera indirecta– los tribunales quedaron autorizados a hacer uso de la doctrina en aquellos procesos civiles que requirieran del conocimiento de alguna circunstancia particular y, sobre todo, pudiéndose utilizar la misma para dar por sentado el conocimiento en las infracciones de patentes.

Con todo, la SCJ fortaleció el estándar del conocimiento (*knowledge*) al indicar que la *willful blindness* era suficiente para satisfacerlo y delimitó la figura frente la confusión que venía presentándose respecto a ella, sobre todo en cuanto a la desatención consciente propia de la *recklessness* y a la *indiferencia deliberada* del derecho civil. Así, la Alta Corte indicó que la *willful blindness* constituye un estado mayor que ambos y, en su lugar, requiere que el acusado:

- (i) Subjetivamente debe creer que concurre una alta probabilidad de la existencia de un hecho.

- (ii) Tiene que tomar acciones deliberadas (esfuerzos activos) para evitar el aprendizaje de este hecho.

Con relación al primer elemento, al exigir que la creencia de la alta probabilidad de la existencia de un hecho por parte del imputado sea subjetiva, prohíbe que se aplique la *willful blindness* por la mera constatación de un riesgo conocido, exigiendo de esta manera un estándar probatorio mucho más exigente, pues no bastará el análisis de lo que una persona razonable hubiera hecho en el lugar del autor. En este sentido, la carga probatoria si bien sería siendo circunstancial deberá ser de la entidad suficiente que permita al jurado o *fact finder* inferir que el imputado realmente estuvo consciente de su presencia frente a una circunstancia incriminatoria y donde casi se pudiera establecer que dicho imputado conocía sobre el hecho.

El segundo elemento en esencia se convierte en el más importante, ya que ninguno o casi ninguno de los tribunales inferiores requerían una prueba por separado de estas acciones. Cabe resaltar, además, que al exigirse prueba de que estas acciones deliberadas o estos esfuerzos por evitar el conocimiento sean activos, la acusación deberá enfocarse principalmente en demostrar con evidencia concreta los mismos. Además, ya no sería suficiente, en principio, una simple omisión de indagar sobre la presencia de la circunstancia incriminatoria sino que ahora haría falta prueba de la intención del acusado de evitar adquirir el conocimiento mediante un esfuerzo activo. En ausencia de dicha prueba, no podría estar fundamentada la *willful blindness* y por ende la instrucción al jurado no podría proceder. En adición, este requisito de “esfuerzos activos” prohíbe la aplicación de la *willful blindness* cuando exista una indiferencia o desatención consciente sobre la creación del riesgo, creando de esta forma una separación concreta con la *recklessness* ya no frente al grado de conciencia adquirido por el sujeto al momento de realizar la acción, sino frente al hecho de que su evitación de adquirir el

conocimiento se debió a una estrategia claramente planificada y desplegada para poder llevar a cabo la actividad criminal.

La imposición de estos dos requisitos como elementos esenciales para la aplicación de la *willful blindness*, debieron tener como consecuencia inmediata una restricción del uso de la doctrina por parte de los tribunales inferiores, pues éstos a menudo omitían por completo la exigencia de estos requisitos. Incluso, algunos tribunales parecían encontrar *willful blindness* cuando el acusado hacía solamente un mero caso omiso al supuesto de hecho actuando desconsideradamente (*recklessly*), o cuando simplemente debía haber conocido el hecho en cuestión y sin embargo no lo hizo. Finalmente, en la mayoría de las ocasiones la instrucción había sido validada frente a la ausencia total de pruebas de que el imputado llevó a cabo acciones deliberadas para evitar el conocimiento.

Estos lineamientos ofrecidos por la SCJ debieron tener un efecto consecuente con relación a la conceptualización de la doctrina de la *willful blindness*, en el entendido de que como fue explicitado por la SCJ, solamente podrá equipararse al conocimiento aquellas situaciones de ignorancia que son consecuencias de un ardid del sujeto activo para llevar a cabo una conducta delictiva en la cual este sujeto realiza esfuerzos activos y positivos para permanecer en este estado de ignorancia, lo que restringiría el uso de esta figura ante aquellos casos en los que el sujeto permanece en la ignorancia debido a una pereza mental, que sería mas propio tratarlos como *recklessness* e incluso como *negligence*, dependiendo el contexto.

Por vía de consecuencia solamente se podría ofrecer una instrucción al jurado de *willful blindness* cuando el acusado niega haber tenido el conocimiento requerido por el estatuto para la condena y, sin embargo, exista evidencia que compruebe que el acusado era subjetivamente consciente de una alta probabilidad de que se encontraba en un hecho ilícito y evitó activamente la confirmación de ese hecho, es decir, cuando su implicación en el hecho sea tan abrumadoramente sospechosa que su incapacidad para confirmar se deba a un artificio ingeniado para evitar el conocimiento culpable.

Si bien la sentencia de *Global-Tech* intentó restringir el uso de la doctrina de la *willful blindness* estableciendo los límites entre ésta, la desconsideración (*recklessness*) y la negligencia (*negligence*), dicha doctrina continúa vagando entre los espacios del *knowledge* y la *recklessness*, y las limitaciones impuestas por la SCJ han tardado en hacerse reconocer por parte

de los tribunales inferiores, ya porque entienden que al tratarse de un proceso civil el mismo no debería de servir como lineamiento para los procesos penales o, simplemente por que se entiende que la SCJ no trajo luces a la doctrina sino que lo que hizo fue reconocer lo que ya las Cortes de Apelaciones venían plasmando en sus decisiones.

A raíz de la importancia que representa el hecho de que las decisiones emitidas por la SCJ deben ser cumplidas por todos los tribunales inferiores y reconociendo el intento de ésta por dar al traste con un concepto claro de *willful blindness* que siguiera evitando los errores que venían cometiéndose por parte de los tribunales inferiores, todavía hay cuestiones que no quedan claras o que no fueron tocadas a profundidad por la Alta Corte, por lo que es muy probable que se requiera de otra decisión de la SCJ que aclare esta situación y establezca, además, si dar una instrucción de la *willful blindness* cuando no haya evidencia que la apoye será siempre un error inofensivo (*harmless error*)⁴⁶³.

No obstante, y reconociendo el intento de la SCJ de gestionar un efecto entre las Cortes de Circuito mediante la limitación de la doctrina, esta decisión contó con un fuerte voto disidente del Magistrado Kennedy, que por su importancia hemos decidido tratarlo en un acápite aparte.

2.1 Disidencia del Magistrado Kennedy en *Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB, S. A.*

El Magistrado Kennedy, ahora Juez de la SCJ, emitió un voto disidente en la misma línea que el planteado en la decisión de *Jewell*, cuando todavía fungía como Juez del Noveno Circuito, rechazando la utilización de la *willful blindness* y su equiparación con el conocimiento.

En la disidencia de aquel momento estableció que “*aun cuando una ley específicamente exige el conocimiento como un elemento del delito, la sustitución de algún otro estado de ánimo no puede justificarse, incluso si el tribunal considera que ambos son igualmente culpables*”⁴⁶⁴ en esta ocasión concluyó con que “*la ceguera voluntaria (willful blindness) no es conocimiento, y los jueces no deben ampliar una prohibición legislativa por analogía*”⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Vid. O'TOOLE, TIMOTHY P. Op. Cit. p. 5

⁴⁶⁴ Vid. *United States v. Jewell* 532 F.2d 697 (1976).

⁴⁶⁵ Vid. Justice Kennedy, dissenting. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S. A.*, 131 S.Ct.2060 (2011); p. 1

En consecuencia, este magistrado consideró que hacer una utilización de la *willful blindness* para requerir la demostración del conocimiento era un paso equivocado, debido a que en su opinión se puede creer en la existencia de una alta probabilidad de que los actos podrían infringir una patente pero, sin embargo, llegarse a la conclusión de que no la infringen.

Las críticas más fuertes realizadas por el Magistrado Kennedy a la sentencia de *Global-Tech* y a la equiparación realizada por la SCJ de la *willful blindness* con el conocimiento, se resumen fundamentalmente en las siguientes:

- (i) La Corte apela a una teoría moral, citando la “lógica tradicional” de que el acusado voluntariamente ciego es tan culpable como aquellos que tienen un conocimiento real⁴⁶⁶.

Para él, la cuestión moral no es de fácil discusión, ya que entiende que tal vez la culpabilidad de la *willful blindness* depende de las razones de una persona para permanecer en la ceguera o quizás lo único relevante sea la justificación de la persona por su conducta, considerando que estas cuestiones de moral y política es mejor dejárselas a los poderes políticos. Por otro lado, indicó que incluso en el caso de que se aceptara la sustitución de los estados mentales igualmente culpables en los casos penales a la luz de los efectos retributivos de la ley consideró que dichos efectos no tenían ninguna fuerza en el ámbito civil de patentes que se seguía en este caso.

- (ii) La apelación de la Corte a los precedentes señala que un concepto similar al de *willful blindness* apareció en los casos de este Tribunal, ya en 1899⁴⁶⁷.

Si bien es cierto que en 1899 se estableció un concepto similar en el caso de *United States v. Spurr*, indicó que la SCJ nunca sostuvo que la *willful blindness* pudiera sustituir un requisito legal de conocimiento. En su opinión, la cuestión en *Spurr* fue de si la violación admitida por el acusado fue intencional y con la sentencia la SCJ explicó que simplemente la intencionalidad podría inferirse de las circunstancias no que la *willful blindness* pudiera sustituir el

⁴⁶⁶ *Ibíd.* p. 2

⁴⁶⁷ *Ibíd.* p. 3

conocimiento sino que se estatuyó que ciertas presunciones legales de conocimiento eran compatibles con el debido proceso.

(iii) El tribunal parece hacer suya la doctrina de la *willful blindness* para todos los casos criminales federales que involucran el conocimiento⁴⁶⁸.

Por último, criticó el hecho de que la SCJ eligiera un caso civil para tratar este tema sin haber recibido presentaciones o argumentos de una barra de la defensa penal que hubiese podido proporcionar un abogado importante en tan difícil situación. Entendió que no había necesidad de utilizar la *willful blindness* por primera vez en este caso pues los hechos que apoyan esta doctrina son muy a menudo hechos probatorios que apoyan el conocimiento real, dichos hechos circunstanciales a veces suelen ser la única prueba disponible en cualquier caso porque el jurado no tiene como saber lo que el imputado estaba pensando. El jurado debe inferir muchas veces el conocimiento de la conducta y los intentos de eliminar la adquisición de dichos conocimientos pueden justificar tal inferencia.

En conclusión, este magistrado estableció que *“la decisión de la mayoría de ampliar el alcance del estatuto parece depender de la premisa tácita de que el conocimiento requiere de certeza, pero la ley permite a menudo que los juicios de probabilidad cuenten como conocimiento cuando se fundamentan en la observación real, son consistentes con la experiencia común y con las ordinarias manifestaciones de la mente ya que el intelecto humano puede adquirir el conocimiento sobre estos elementos”*⁴⁶⁹.

Si bien podríamos decir que con esta decisión se intentó dar un paso adelante al restringir la aplicación de la *willful blindness* en vista de la interpretación ofrecida por la SCJ, no menos cierto es que los problemas fundamentales que acarrea esta figura jurídica todavía continúan allí. Como bien se desprende de las alegaciones brindadas por el magistrado Kennedy, el motivo para permanecer en la ignorancia o la justificación de la persona por su conducta puede que sea lo relevante para establecer una igualdad de culpa entre el *knowledge* y la *willful blindness* o puede que existan otros elementos o requisitos que hagan que el estado mental del autor al

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 4

momento de la realización de la conducta pueda equipararse en términos de culpabilidad al conocimiento.

Por otra parte, aunque exista un motivo de permanecer en la ignorancia, aunque sea equivalente la culpabilidad por un asunto de merecimiento de pena, tiene razón el magistrado cuando establece que no se puede ampliar una prohibición legislativa por analogía. Con todo, entendemos que el segundo elemento exigido por la SCJ, sobre la realización de esfuerzos activos por parte del sujeto constituye un elemento de trascendental importancia que debe ser evaluado a los fines de determinar si con dicha actitud asumida por el autor se pudiera estar en presencia de un estado mental igualmente culpable que el conocimiento.

Lo interesante de este proceso radica en que la SCJ al tomar una posición respecto de los elementos que se requieren para constatar la *willful blindness*, limitó el alcance de utilización de la regla y marcó su diferencia frente a la *recklessness* y a la *negligence*. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de estos detalles se hace preciso verificar cuál fue el impacto que trajo consigo la decisión de *Global-Tech* en los tribunales inferiores.

3. La *willful blindness* después de *Global-Tech*

Luego de *Global-Tech* la comunidad jurídica, y en especial, aquella que litiga en materia criminal, entendió que las instrucciones al jurado sobre la *willful blindness* serían reevaluadas y adaptadas al umbral establecido por la SCJ, y que, por lo tanto, los fiscales serían más cuidadosos al momento de aplicar la doctrina como sustituto del conocimiento.

Sin embargo, la realidad ha sido bastante distinta, pues tal y como lo han reconocido GROSS Y STROUP, “*la doctrina ha sido utilizada más como una prueba de Rorschach que como una directiva de una Alta Corte*”⁴⁷⁰. Esto, porque la mayoría de los tribunales han rehusado acogerse a los lineamientos ofrecidos por la SCJ en el caso *Global-Tech*. Por ejemplo, el Segundo Circuito ha interpretado a *Global-Tech* como una mera sinopsis de la Ley existente en el Circuito, en lugar de una precedente diseñado. En su opinión el tribunal ni altera ni aclara la

⁴⁷⁰ “*Global Tech has been treated more like a Rorschach inkblot than a high court directive*”. Vid. GROSS/STROUP. “*Has the legal threshold for “willful blindness” really changed since Global-Tech*”. White Collar Crime Report. 10 WCR 136. 02.20.2015. p. 4

doctrina, sino que establece (erróneamente) los puntos en común entre las Cortes de Apelaciones.⁴⁷¹

Asimismo, el Séptimo Circuito, a pesar de tener bien aclarada la doctrina de la *willful blindness*, había reservado los planteamientos realizados en *Global-Tech* únicamente para sus casos civiles, estableciendo que “si bien varios de nuestros Circuitos hermanos han mencionado la incorporación de la definición de *Global-Tech* en sus instrucciones penales al jurado sobre el conocimiento, hasta ahora nosotros no”⁴⁷². Sin embargo, en el año 2015, cambió su posición.

De todas formas, no sólo existe una división entre los circuitos con respecto a la adopción de los lineamientos indicados por la SCJ sino que, además, se plantea una división procesal sobre cuáles son las evidencias necesarias para descartar el daño de una instrucción inadecuada de *willful blindness* y cuáles son las restricciones que operan para el otorgamiento de una instrucción de la doctrina.

3.1 La división de los circuitos (*circuit split*) con respecto al tratamiento de la *willful blindness*.

A día de hoy, persisten las divisiones respecto al tratamiento de la doctrina y se hace necesario el análisis de estos casos para verificar cómo es tratada la *willful blindness* actualmente, teniendo en cuenta que si bien es cierto las Cortes de Apelación han sido reacias a acogerse a los lineamientos de la SCJ, no menos cierto es que éstas se han encargado de establecer sus propias limitaciones procesales a la utilización de la figura.

Estas divisiones se presentan en al menos tres aspectos diferentes: i) Con relación a los requisitos exigidos; ii) Con relación a las restricciones para la aplicación de la doctrina y, iii) Con relación a las reglas apropiadas para la revisión de las instrucciones al jurado otorgadas por los tribunales de primera instancia.

⁴⁷¹ 765 F. 3d 141, 151 2d Cir. (2014), extraída de GROSS/STROUP. Op. Cit. p. 4.

⁴⁷² Vid. United States vs. Salinas, 763 F3d. 896, 881; 7th Circuit. 2014; Patter Criminal Jury Instructions of the 7th Circuit; disponible en web: http://www.ca7.uscourts.gov/Pattern_Jury_Instr/7th_criminal_jury_instr.pdf (última consulta 3 de junio 2018). “The Supreme Court has not yet expressly held that *Global-Tech* applies to criminal cases, although several Circuits (but not yet the Seventh) have said that it should”.

3.1.1 División atendiendo a los requisitos exigidos para la determinación de la *willful blindness*

Según se indica, a finales del año 2014 únicamente el Tercer Circuito había revisado su modelo de instrucción al jurado para adaptarlo a los requisitos establecidos por la SCJ, indicando expresamente al mismo que debían encontrar un estado mental que excediera la *recklessness*⁴⁷³.

Si se analiza la nueva instrucción al jurado ofrecida por el Tercer Circuito se denota cómo se hace hincapié en que “*no es suficiente con que el acusado haya sido desconsiderado, estúpido o tonto, o que haya actuado por inadvertencia o accidente. Se debe encontrar que el acusado subjetivamente creyó en la existencia de una alta probabilidad de la existencia del hecho y que deliberadamente tomó acciones para evitar el conocimiento de ese hecho y no que creyó que efectivamente no existía*”⁴⁷⁴. Anteriormente la instrucción ofrecida por este Circuito no hacía referencia alguna a la *recklessness*, o incluso a la estupidez o negligencia.

Sin embargo a día de hoy, solamente el Primer, Tercer Circuito y Cuarto Circuito hacen referencia a la *recklessness*. El Quinto Circuito no la menciona y los demás hacen relación a la *carelessness* que viene a ser un sinónimo de la *recklessness* pero mucho más restringido que ésta, pues la *recklessness* es una forma de indiferencia, mientras que la *carelessness* no.

En esencia, el único aspecto de la decisión de *Global-Tech* que cada uno de los Circuitos reconoce actualmente se encuentra dentro del primer requisito exigido por ésta: el hecho de que la acusación debe probar que el acusado “subjetivamente ha creído” o “es consciente” de la existencia de una alta probabilidad del hecho o circunstancia requerida por el estatuto. Anteriormente, esto se satisfacía con la mera exigencia de que el imputado cerró los ojos a lo que, de otro modo, o meramente, habría sido obvio para él.

Ahora bien, el aspecto más difícil de determinar, y donde existe mayor división por parte de los Circuitos es en el segundo requisito exigido por la SCJ. Únicamente el Primer, Tercer, Cuarto

⁴⁷³ GROSS /STROUP. Op. Cit. p. 4. Con especial referencia Nota 29

⁴⁷⁴ *Pattern Criminal Jury Instruction of the Third Circuit* (§5.06), actualizado 2015. Disponible en web: <http://www.ca3.uscourts.gov/sites/ca3/files/Chapter%205%20Rev%20April%202015.pdf> (última consulta 3 de junio 2018).

y el Octavo Circuito requieren la prueba de que el acusado haya tomado “*acciones deliberadas*” o “*esfuerzos activos*” para evitar el aprendizaje de las circunstancias del hecho⁴⁷⁵.

Los demás Circuitos todavía siguen utilizando una terminología que permitiría condenas basadas en una supuesta inactividad deliberada de tomar conocimiento de los hechos. Y aquí es que radica la complicación respecto a la prueba por parte de los tribunales. Al establecer que las acciones deben ser deliberadas, en el sistema norteamericano, esto no da lugar a hablar de omisiones, ya que esta última por definición es el “*descuido de un deber o el fracaso de llevar a cabo un acto. La ley debe establecer un deber específico que una persona pasa por alto para que pueda ser calificado como una omisión y crear responsabilidad penal*”⁴⁷⁶.

Así las cosas, un mero fallo por investigar o indagar más profundamente, incluso cuando existe una sospecha de delito, no cumpliría con el segundo requisito establecido por *Global-Tech*, por lo que todo parecería indicar que muy rara vez pudiera concretarse una evidencia que pruebe efectivamente este segundo aspecto, y será aquella donde pueda demostrarse que efectivamente el imputado realizó acciones tendientes a no tomar conocimiento de la situación.

En los casos de incumplimiento de un deber de actuar, el Tercer Circuito recomienda la instrucción de la Omisión en vez de una instrucción de *willful blindness*⁴⁷⁷. Por su parte, el Octavo Circuito exige que cuando exista un deber específico de descubrir los hechos y éstos hayan sido considerados sospechosos por el imputado, una instrucción de indiferencia deliberada (“*reckless deliberate indifference to or disregard for truth or fasity*”) será equivalente al conocimiento en sustitución del propósito consciente para evitar el aprendizaje de la verdad⁴⁷⁸. El Primer y Cuarto circuito no se refieren sobre estos casos en sus instrucciones.

⁴⁷⁵ Pattern Criminal Jury Instructions of the 1st. Circuit. 2015. “*There must be a deliberate effort to remain ignorant of the fact*”, disponible en web: <http://www.rid.uscourts.gov/menu/judges/jurycharges/PJI.pdf> (última consulta 3 de junio de 2018); Pattern Criminal Jury Instructions of the 3rd Circuit. 2014. “*You must find that [actually,] subjectively believed there was a high probability of the existence of (state of fact or circumstance), consciously took deliberate actions to avoid learning [used deliberated efforts to avoid knowing] about it...*” disponible en web: <http://www.ca3.uscourts.gov/model-criminal-jury-table-contents-and-instructions> (última consulta 3 de junio de 2018); Pattern Criminal Jury Instructions of the 8th Circuit. 2014. “*A willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing...*” disponible en web: http://www.ne.fd.org/Model_Criminal_Jury_Instructions_2014.pdf, (última consulta 3 de junio de 2018).

⁴⁷⁶ M. SINDONI. “*Note: Global-Tech’s ‘Patent’ Failure: Why congress must revise the foreign corrupt practices act’s mens rea after Global-Tech*”. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. 2014. p. 11.

⁴⁷⁷ Pattern Criminal Jury Instructions of the 3rd Circuit. 2014. Op. Cit.

⁴⁷⁸ Pattern Criminal Jury Instructions of the 8th Circuit. 2014. Op. Cit.

Por otro lado, a pesar de que *Global-Tech* no se refirió con respecto al motivo como elemento determinante para la equiparación culpable entre la *willful blindness* y el conocimiento, el Octavo, Décimo y Undécimo circuito parecen todavía requerir de un motivo para permanecer en la ignorancia como elemento determinante⁴⁷⁹. El Noveno Circuito rechazó expresamente el motivo como elemento de la *willful blindness* en el proceso de *United States v. Heredia*⁴⁸⁰. El Segundo, Tercero, Quinto, Sexto y Séptimo siguieron la línea del Noveno Circuito, y el Primero y el Cuarto han emitido decisiones que van en ambos sentidos, por lo que se encuentran indeciso sobre esto⁴⁸¹.

3.1.2 División atendiendo a las restricciones para la aplicación de la doctrina de la *willful blindness*

Los Circuitos de Apelación, conscientes de los peligros que presentaría una instrucción errónea de *willful blindness*, han ido desarrollando con el tiempo una serie de reglas procesales de carácter probatorio que tiendan a limitar la aplicación de la doctrina al momento de otorgarse una instrucción al jurado sobre la figura.

Como hemos visto, todos los circuitos exigen, al menos, la conciencia o creencia subjetiva de una alta probabilidad de la existencia del hecho para que pueda instruirse al jurado con una regla de *willful blindness* pero, además, otros elementos son adicionados para que pueda haberse una correcta instrucción de la doctrina. Sin embargo, no existe acuerdo entre los Circuitos sobre los límites procesales apropiados para su utilización, es decir, existe una división en cuanto al contenido, a la frecuencia y frente a qué tipo de evidencia procede una instrucción de *willful blindness*.

Ahora bien, lo único sobre lo que parece haber acuerdo entre todos los circuitos es respecto a que la evidencia presentada por la acusación debe ser suficiente para que el jurado pueda inferir que la ignorancia o desconocimiento del acusado se debió únicamente a un propósito de evitar el aprendizaje de los hechos, es decir, debe existir evidencia suficiente de *willful blindness* para

⁴⁷⁹ Vid. Pattern Criminal Jury Instructions for the 8th, 10th and 11th Circuit. Disponible en web: <http://www.ca11.uscourts.gov/pattern-jury-instructions> (última consulta 3 de junio 2018).

⁴⁸⁰ 483 F. 3d 913, 924 9th Cir. (2007)

⁴⁸¹ Sobre esto, SARCH, ALEXANDER. “*Willful Blindness, Culpability...*” Op. Cit. p. 1040 con especial referencia a la Nota 56.

que proceda la instrucción. Empero, las divisiones surgen frente a aquellos casos en los que la evidencia sugiere conocimiento concreto por parte del imputado.

En estas situaciones, el Primer y Tercer Circuito han establecido que no es inconsistente una instrucción conjunta de *willful blindness* y *Knowledge*, ya que si el jurado no encuentra el conocimiento actual, podría encontrar todavía *willful blindness*. Por su parte, el Séptimo, el Octavo y el Undécimo circuito han rechazado expresamente esta posición, indicando que cuando exista prueba de conocimiento concreto constituye un error otorgar una instrucción de *willful blindness*.

Por otro lado, tampoco existe acuerdo respecto a la frecuencia con la que debe otorgarse una instrucción de *willful blindness*. El Quinto, Sexto, Octavo, Noveno y Décimo Circuito han indicado que la instrucción sólo debería otorgarse en raras ocasiones, mientras que el Segundo Circuito ha establecido que la *willful blindness* es una doctrina comúnmente utilizada.

En cuanto al contenido, únicamente el Primer Circuito de Apelación ha creado una regla expresa de justificación de la doctrina, mediante la cual ha establecido lo siguiente:

*“Una instrucción de willful blindness está garantizada cuando (1) el acusado alegue desconocimiento, (2) la evidencia respaldaría la inferencia de que el acusado se involucró conscientemente en un curso de willful blindness; (3) la instrucción propuesta, como un todo, no podría llevar al jurado a concluir que una inferencia de conocimiento era obligatoria”*⁴⁸².

Por otro lado, el Tercero, Séptimo y Octavo Circuito parecen limitar la regla a que el imputado alegue desconocimiento del hecho y la evidencia demuestre que el imputado deliberadamente evitó el conocimiento de la verdad. Los Circuitos de Apelación restantes se limitan a establecer como regla que la *willful blindness* procederá cuando la evidencia demuestre que el imputado fue consciente de una alta probabilidad de la existencia del hecho y que su evitación de adquirir el conocimiento se debió a un propósito consciente del autor⁴⁸³.

⁴⁸² Vid. Pattern Criminal Jury Instructions for the 1st Circuit: <http://www.rid.uscourts.gov/menu/judges/jurycharges/PJI.pdf> (última consulta 3 de junio 2018) con relación a los procesos *United States v. Richardson*, 14 F. 3d 666, 671 (1994); *United States v. Figueroa-Lugo*, 793 F. 3d 179, 191 (2015); *United States v. Mitrano*, 658 F. 3d 117, 123 (2011); *United States v. Coviello*, 225 F. 3d 54, 70. (2000).

⁴⁸³ Por todos, vid. Pattern Criminal Jury Instructions <http://www.rid.uscourts.gov/menu/judges/jurycharges/PJI.pdf>

3.1.3 División con respecto a las reglas para las revisiones de las instrucciones

Las Cortes de Apelación, en su esencia, no son tribunales de jurisdicción de juicio, sino que funcionan como tribunales de revisión. En dicha tarea, revisan los fallos emitidos por los tribunales de primera instancia y, al hacerlo, otorgan diversos grados de deferencia⁴⁸⁴ a esas decisiones⁴⁸⁵. Estos grados de deferencia son los que se denominan estándares de revisión. El estándar de revisión es el criterio por el cual la decisión de un tribunal inferior será analizada por un tribunal superior para determinar su corrección o propiedad⁴⁸⁶. En ese sentido, el estándar de revisión va a determinar el análisis completo de un recurso sometido a un tribunal de apelación. En otras palabras, el estándar de revisión es prácticamente lo que va a determinar que un recurso de apelación resulte efectivo.

Las Cortes de Apelación otorgan la mayor de las deferencias a las cuestiones de hecho encontradas por el jurado de un tribunal de juicio, debido a que la Séptima Enmienda de la Constitución estadounidense⁴⁸⁷ prohíbe, en derecho federal, que los hechos encontrados por un jurado sean reexaminados nuevamente por una Corte de los EE.UU. Ahora bien, esto no impide que la decisión pueda ser sometida a revisión por ante una Corte de Apelación, toda vez que, por el otro lado se encuentran las decisiones sobre cuestiones de derecho y un veredicto que no se halle sustentado sobre prueba contundente se considerará un error de derecho y la decisión deberá ser revocada. Empero, si el veredicto está sustentado en evidencia sustancial, deberá prevalecer la decisión⁴⁸⁸. Así tenemos que si una sentencia resulta de un error de derecho o procedimiento, o de una influencia inapropiada al jurado, la Corte de Apelación podrá revertir la decisión⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Esta deferencia surge como consecuencia de la independencia y determinación con la que los tribunales de instancia manejan los juicios. Son quienes escuchan los testigos, manejan la prueba y escuchan los alegatos de las partes, por lo que su contacto con el proceso adquiere una especial relevancia que es respetada por las Cortes de Apelación.

⁴⁸⁵ LACOUR JR. LOUIS C/WARD, RAYMOND P. "A Defense Lawyer's Guide to Appellate Practice." DRI. 2004. p. 99

⁴⁸⁶ KUNSCH, KELLY. "Standard of Review (State and Federal): A Primer." Seattle University Law Review. Vol. 18. USA. 1994. pp. 11-49

⁴⁸⁷ "En los juicios de *common law*, donde el valor en controversia excederá de veinte dólares, se preservará el derecho de juicio por jurado, y ningún hecho juzgado por un jurado, se reexaminará en cualquier Corte de Estados Unidos, de acuerdo con las reglas del *common law*". En principio, esta enmienda garantiza el derecho de los estadounidenses a un juicio por jurado en material civil. Sin embargo, las Cortes han acogido el criterio de la constitución y lo han aplicado a todo tipo de procesos en el entendido de que las Cortes, en material federal, otorgarán deferencia a las cuestiones de hecho encontradas por el jurado de instancia.

⁴⁸⁸ Sobre esto, LACOUR JR. LOUIS C/WARD, RAYMOND P. Op. Cit. Pp. 100

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

Resulta que en muchas ocasiones la acusación solicita al tribunal o este de oficio brinda una instrucción que permite al jurado encontrar la prueba del estado mental de conocimiento a través de la doctrina de la *willful blindness*, en específico, cuando el autor del hecho imputado alega desconocimiento de la circunstancia incriminatoria pero la prueba demuestra que su ignorancia fue provocada por una propósito consciente o deliberado de evitar el aprendizaje del hecho. Las Cortes de Apelación han reconocido que muchas veces estas instrucciones corren el riesgo de inducir a error al jurado, pues puede hacerles creer que éstos pueden condenar con el estado mental de conocimiento, comportamientos que han resultado ser meramente imprudentes o desconsiderados, estableciendo que muchas de estas instrucciones no debieron haber sido otorgadas.

El problema surge al momento de establecer cuál es el estándar apropiado para el sometimiento de un Recurso de Apelación frente a una instrucción de *willful blindness* otorgada al jurado por el tribunal de instancia, haya sido la misma solicitada por la acusación o brindada de oficio por el tribunal. Dentro de los estándares que se utilizan para someter un determinado Recurso de Apelación frente a una instrucción de *willful blindness* se encuentran el estándar del error inofensivo (*harmless error*⁴⁹⁰), el estándar del abuso de discreción (*abuse of discretion*) y el estándar *de novo*.

3.1.3.1 El estándar de error inofensivo (*harmless error*)

El estándar de error surge cuando el tribunal de instancia comete un error sobre una cuestión de derecho. En este caso el error o es insignificante y no vulnera derechos sustanciales del imputado, por lo que no requerirá de un nuevo juicio o revocación de la decisión, o se tratará de un error sustancial que requerirá la reversión del fallo. En el primer caso se denomina error inofensivo (*harmless error*) y en el segundo supuesto se llama error reversible (*reversible error*). Empero, establecer cuándo un determinado error legal es inofensivo resulta en una cuestión de derecho importante. Generalmente el error inofensivo (*harmless error*) será aquel

⁴⁹⁰ Vid. “**Title IX. General Provisions. Federal Rules of Criminal Procedure 52 - Harmless and Plain Error (a) Harmless Error.** Any error, defect, irregularity, or variance that does not affect substantial rights must be disregarded. (Título IX. Disposiciones Generales. Reglas Federales de Procedimiento Criminal 52 – Error Inofensivo o Error Simple (a) Error inofensivo. Cualquier error, defecto, irregularidad o variación que no afecte los derechos sustanciales debe descartarse). También se encuentra el estándar del error simple que consiste en aquel error que afecta derechos sustanciales del imputado y que debe ser tomado en cuenta a pesar de que no haya sido señalado a la atención o revisión de la Corte. En estos casos un error simple puede hacer revocable la decisión si afecta derechos sustanciales.

en el cual, independientemente de que el tribunal haya cometido un error, no resultará relevante a los términos de la decisión, es decir, que no conllevará una vinculación directa o dependiente del fallo. Es un error que no modifica la sentencia pues su no comisión hubiera llevado al mismo resultado que llevó su comisión.

3.1.3.2 El estándar *de novo*

De novo significa, literalmente, de nuevo. Esto significa que la Corte de Apelación revisará la decisión nuevamente sin tomar en cuenta el fallo del tribunal de instancia. Bajo este estándar la Corte podrá sustituir el fallo otorgado por el tribunal del juicio por uno nuevo. Ahora bien, esto no significa que la Corte realizará un nuevo juicio sino que tiene la potestad y autoridad suficiente para establecer una conclusión diferente de aquella alcanzada por el tribunal de instancia en base a las mismas evidencias y documentos aportados. De esta forma, se puede considerar que mediante la aplicación de esta regla la Corte de Apelación no guardará deferencia alguna con el tribunal de primer grado, sobre todo porque a través de esta regla se presta atención a cuestiones meramente legales que no guardan relación ni con aspectos procesales ni con cuestiones de hechos analizadas por el tribunal inferior, es decir, se tratarán de aspectos legales e interpretativos sobre cuestiones sustantivas y de aplicación de la ley.

3.1.3.3 El estándar del abuso de discreción (*abuse-of-discretion*)

En contraste con lo anterior, el estándar de abuso de discreción es el que guarda más deferencia con las decisiones judiciales de primera instancia y se utiliza para revisar aspectos procesales decididos por el tribunal de juicio. Constituye uno de los estándares más discutidos en el derecho norteamericano debido a su vaguedad y capacidad para extenderse a todo tipo de índole procesal. Para contrarrestar su vaguedad, algunas jurisdicciones tienen gradaciones de la revisión del abuso de discreción y otros la definen de modo tal que únicamente se justifica la revocación por medio de esta regla cuando la decisión del tribunal de instancia ha sido emitida de manera arbitraria o irracional. Por otro lado, otros tribunales han establecido que un juez abusa de su discreción cuando actúa fuera de los límites de la ley aplicable⁴⁹¹. En la práctica es un estándar difícilmente superable y los litigantes intentan evitar una apelación que requiera la

⁴⁹¹ PETERS, AMANDA. “*The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review.*” *Louis & Clark Law Review*. Vol. 13. No.1. Article 8. USA. 2009. pp. 243-244

revisión de acuerdo a este estándar, sobre todo por su deferencia frente a la imparcialidad de los tribunales de primera instancia.

Atendiendo a estas explicaciones podemos aproximarnos a la problemática presentada sobre la división existente entre los distintos Circuitos de Apelación respecto de los estándares de revisión de las decisiones del tribunal de juicio en las que se otorga al jurado una instrucción de *willful blindness*, independientemente de que esta haya sido solicitada por la acusación u ofrecida de oficio por parte del juez. En adición, la división se plantea en un doble aspecto: por un lado, existe una división frente al estándar apropiado para revisar la decisión y, por otro, los Circuitos de Apelación se dividen con relación a la aplicación del estándar del error inofensivo.

3.1.4 División respecto del estándar apropiado

FROM señala que el Noveno y el Décimo circuito realizan un enfoque diferente del estándar de *de novo* y del abuso de discreción al momento de analizar las decisiones dictadas por el tribunal de juicio. En adición, considera que el Cuarto Circuito trata estos mismos estándares de manera diferente y que el Undécimo Circuito utiliza un estándar de revisión deferente con respecto a la *willful blindness*⁴⁹².

Así, el Noveno Circuito indicó⁴⁹³ que el estándar apropiado para revisar las instrucciones de *willful blindness* era el estándar *de novo* en el entendido de que la malinterpretación de un elemento de un estatuto legal en una instrucción al jurado era una cuestión de derecho. Sin embargo, según lo indicado por From, el Noveno Circuito utilizó el estándar de *de novo* no sólo para revisar si la instrucción de *willful blindness* había sido consistente con el estatuto sino para determinar si la evidencia en el caso provisto había sido suficiente para sostener una instrucción por *willful blindness*, lo que constituye una cuestión de hecho⁴⁹⁴.

Este planteamiento fue repetido por el Noveno Circuito en varias ocasiones. Por demás, el Décimo Circuito acogió este criterio fundamentado en el propio caso de *Sánchez Robles*, pero agregando que la utilización del estándar de *de novo* se acogía por ser menos deferencial frente a

⁴⁹² FROM, JUSTIN C. "Avoiding Not-So-Harmless Errors: The Appropriate Standards for Appellate Review of Willful-Blindness Jury Instructions." Iowa Law Review. Vol. 97. USA. 2011. p. 287

⁴⁹³ *United States v. Sanchez Robles*, 927 F 2d. 1070, 1073 9th Cir. (1991)

⁴⁹⁴ FROM, JUSTIN C., Op Cit. p. 287

la decisión del juez de instancia. Sin embargo, en el proceso de *United States v. Heredia*⁴⁹⁵, el Noveno Circuito cambió el criterio en el sentido de que una instrucción ofrecida por un tribunal de distrito podía plantear dos problemas por separado: En primer lugar, una cuestión fáctica relativa a si la decisión de un tribunal de primera instancia de brindar una determinada instrucción es apropiada, lo que dependerá de las teorías y pruebas presentadas en el juicio. En este sentido, la cuestión debería ser revisada mediante un estándar de abuso de discreción, toda vez que el juez de primera instancia abusaría de su discreción si otorga una instrucción no justificada por la evidencia. En segundo lugar, una cuestión puramente legal que los Circuitos de Apelación deberían revisar de novo, relativa a si la instrucción describe correctamente los elementos del delito⁴⁹⁶.

Por su parte, ya para la decisión de *Heredia* el Tercer, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo Circuito se habían acogido al estándar de revisión de abuso de discreción para analizar las apelaciones de decisiones en las que se otorgaban instrucciones por *willful blindness*⁴⁹⁷. Por otro lado, el Segundo y el Onceavo Circuito utilizan un criterio denominado estándar de revisión deferente, es decir, otorgan total libertad y discreción al tribunal de juicio para determinar si el otorgamiento de una instrucción de *willful blindness* resulta o no oportuna, siempre y cuando la instrucción refleje la ley de manera precisa y se informe suficientemente a los miembros del jurado sobre la ley sin confundirlos⁴⁹⁸.

3.1.4.1 División respecto del estándar de error inofensivo

Aún acogiendo un determinado estándar para revisar las decisiones de un tribunal de primer grado respecto de las instrucciones de *willful blindness* brindadas al jurado, si una Corte determina que el tribunal de instancia cometió un error al impartir la referida instrucción, todavía debe determinar si se trató de un error inofensivo (*harmless error*) o reversible (*reversible error*). Aquí también existe división entre los distintos Circuitos de Apelación, pues se pueden diferenciar al menos tres enfoques para este tratamiento.

⁴⁹⁵ 483, F. 3d 913, 921-22. 9th Cir. (2007).

⁴⁹⁶ *Ibíd.* Parr. 922; Vid. FROM, JUSTIN C. Op. Cit. p. 289

⁴⁹⁷ *Ibíd.* con relación a los procesos *United States v. Flores*, 454 F. 3d 149, 156 3rd Cir. (2006); *United States v. Ruhe*, 191 F. 3d 376, 384 4th Cir. (1999); *United States v. Fuchs*, 467 F. 3d 889, 902 5th Cir. (2006); *United States v. Beaty*, 245 F. 3d 617, 621 6th Cir. (2001); *United States v. McClellan*, 165 F. 3d 535, 549 7th Cir. (1999), en los cuales se acogían los estándares de abuso de discreción.

⁴⁹⁸ FROM, JUSTIN C. Op. Cit. p. 291, con especial referencia a la nota 103.

El Sexto y el Undécimo Circuito han sostenido que una instrucción de *willful blindness* otorgada de manera inapropiada a un jurado, constituye siempre un error inofensivo per se (*harmless per se*). En este sentido, estos Circuitos rechazan las apelaciones por instrucción inapropiada de *willful blindness*, a pesar de que han entendido que las mismas han sido otorgadas de manera errónea. Al considerar que el error es inofensivo el Undécimo Circuito estableció que el jurado hubiera llegado a la misma conclusión a pesar de la instrucción⁴⁹⁹. Por su parte, el Sexto Circuito indicó que una instrucción de *willful blindness* en cualquier circunstancia es inofensiva como cuestión de derecho (*harmless as a matter of law*)⁵⁰⁰.

Por otro lado, el Primer, Tercer, Cuarto, Quinto, Décimo Circuito, así como el Distrito de Columbia, han sostenido que una instrucción de *willful blindness* otorgada de manera inapropiada a un jurado, es un error inofensivo siempre que haya suficiente o sustancial evidencia de la que pueda inferirse el conocimiento actual. Estos circuitos en su conjunto han rechazado el error inofensivo per se, pero han encontrado de igual forma que constituye un error inofensivo si la presencia de evidencia puede hacer sugerir conocimiento actual, ya que en presencia de un conocimiento actual poco importa si se instruyó al jurado con la doctrina de la *willful blindness*, pues el conocimiento directo estaba presente y el resultado sería el mismo⁵⁰¹. Sin embargo, frente a este enfoque, la revocación de la decisión se daría muy raramente pues el apelante tendría que vencer no sólo el enfoque de la errónea aplicación de la doctrina, sino también el enfoque de que el conocimiento actual no se encontraba presente⁵⁰².

Finalmente, el Segundo, Séptimo, Octavo y Noveno circuito exigen que de la revisión de la totalidad de la evidencia se encuentre que la misma es abrumadora antes de determinar que la presencia de un error inofensivo⁵⁰³. Ante la ausencia de evidencia abrumadora, la decisión debe ser revocada.

⁴⁹⁹ Vid. *United States v. Stone*, 9 F. 3d 934, 939. 11th Cir. (1993); *United States v. Rivera*, 944 F. 2d 1563, 1570-1571. 11th Cir. (1991); *Griffin v. United States*, 502 U.S. 46 (1991);

⁵⁰⁰ Vid. *United States v. Mari*, 47 F. 3d 782, 786 6th Cir. (1995)

⁵⁰¹ Vid. *United States v. García-Pastrana*, 584 F. 3d 351, 379 1st Cir. (2009); *United States v. Leahy*, 445 F. 3d 634, 654 3rd Cir. (2006); *United States v. Lighty*, 616 F. 3d 321, 378-379 4th Cir. (2010); *United States v. Jones*, 664 F. 3d 966, 979 5th Cir. (2011); *United States v. Anaya*, 727 F. 3d 1043, 1060 10th Cir. (2013); *United States v. Alston-Graves*, 435 F. 3d 331, 342 D.C. Cir. (2006);

⁵⁰² Vid. *Theodor E. Okechuku v. United States of America*. Petition for a writ of certiorari for the 5th Circuit U.S. Court of Appeals. p. 20

⁵⁰³ Vid. *United States v. Quinones*, 635 F. 3d 590, 595 2nd Cir. (2011); *United States v. Ciesiolka*, 614 F. 3d 347, 354-355 7th Cir. (2010); *United States v. Covington*, 133 F. 3d 639, 645 8th Cir. (1998); *United States v. Sanchez Robles*, 927 F. 2d 1070, 1075 9th Cir. (1991); todas estas sentencias revocaron decisiones de primer grado por no contar con evidencia abrumadora de conocimiento cierto frente a la instrucción de *willful blindness*. Vid. *Theodor*

4. Criterios establecidos en tribunales comparados del *common law*

Fuera de los EE.UU., los tribunales del *common law* han construido sus propios conceptos y establecido sus criterios de aplicación con relación a la doctrina de la *willful blindness*. En ese sentido, procedemos a destacar algunas decisiones que han sido influyentes para el desarrollo de la figura.

4.1 Inglaterra

En Inglaterra la *willful blindness* es de aplicación tanto en materia civil como en materia penal, y su concepto se ha desarrollado a través de los años como un método para inferir el conocimiento de una persona en aquellos casos donde existen dudas sobre su honestidad al momento de reclamar una ausencia de conocimiento. A pesar de ser una regla que ha sido empleada en múltiples ocasiones, continúa siendo una regla inestable y las confusiones que con ella se crean se observan tanto en el ámbito civil como en el penal.

Como hemos podido observar⁵⁰⁴, el debate en Inglaterra -en este sentido- se da en el parecido que existe entre el conocimiento constructivo (*constructive knowledge*) propio del derecho civil y la *willful blindness*. En el caso de *Roper v Taylor Garages Ltd*⁵⁰⁵ se reconoció la distinción existente entre el estado mental en el cual el sujeto deliberadamente se abstiene de realizar ulteriores confirmaciones por ser indiferente al resultado y aquel estado mental en el cual el imputado es simplemente no realiza las indagaciones por descuido de conformidad a como lo hubiera hecho una persona prudente y razonable. Sólo el primer supuesto es *willful blindness*, ya que el segundo caso es propio del conocimiento constructivo, el cual no tiene aplicación en derecho penal. En adición, en esta decisión se instituyó que la *willful blindness* equivalía al conocimiento actual a los ojos de la ley.

En una decisión del año 1982⁵⁰⁶, se estableció nuevamente la diferencia existente entre el concepto de conocimiento constructivo y la *willful blindness*, indicándose que, en este último

E. Okechuku v. United States of America. Petition for a writ of certiorari for the 5th Circuit U.S. Court of Appeals. pp. 21-22

⁵⁰⁴ *Supra* Cap II. Secc I. 2 nota 14

⁵⁰⁵ 2 TLR 284 (K.B.) 1951

⁵⁰⁶ *English and Scottish Mercantile Investment Co v. Brunton*, 2 QB 700, CA (1982), extraída de CARNEY, JOSEPH. “*Willful Blindness*” p. 3, Disponible en web: http://clients.squareeye.net/uploads/3sb/events/081009_carney.pdf (última consulta: 2 de junio 2018).

caso, lo que se infiere es el conocimiento actual y no así el conocimiento constructivo que se desprende del conocimiento actual de un hecho primario. Es decir, en materia contractual, por ejemplo, de la prueba del conocimiento de la existencia de un determinado documento la ley generalmente presume o infiere el conocimiento de su contenido, empero, en materia penal no es el conocimiento posterior lo que se va a inferir con la *willful blindness* sino, precisamente, este conocimiento primario sobre el hecho. En esencia, esta parece ser la distinción operante entre el conocimiento constructivo y la *willful blindness*.

Por otro lado, en la descripción de los elementos mentales del delito el Informe de la Comisión de Derecho del Reino Unido de 1978⁵⁰⁷ (*UK Law Commission Report*) se estableció que el conocimiento podría ser inferido del hecho de que el imputado fue voluntariamente ciego a lo obvio. Sobre esto, la Comisión estableció que:

*“En general, hemos llegado a la conclusión de que el conocimiento debe tratarse de manera similar a la intención y por razones sustancialmente similares. Con respecto a la posición de la persona que se muestra que deliberadamente ha cerrado los ojos a la existencia de las circunstancias relevantes de la ofensa, y afirma que no sabía realmente de su existencia, consideramos que un jurado o tribunal generalmente inferiría, y así lo encuentra como un hecho, que no tenía ninguna duda sustancial de que esas circunstancias existían”*⁵⁰⁸.

De esta cita se deduce que el enfoque con el cual se trataba a la *willful blindness* consistía utilizar el concepto como un elemento que permitía inferir el conocimiento del imputado. Sin embargo, en una decisión de la Cámara de los Lores del año 2002 se puede observar cómo el enfoque varía, procediéndose a equiparar la *willful blindness* con el conocimiento actual. En la decisión *Twinsectra Limited v Yardley and Others*, la Cámara de los Lores estatuyó lo siguiente:

“Es deshonesto para un hombre cerrar los ojos a hechos que preferiría no conocer. Si lo hace, se reputa que tiene conocimiento real de los

⁵⁰⁷ La Comisión de Derecho (*UK Law Commission*) es el órgano legal independiente creado por la Ley de Comisiones de 1965 (*Law Commission Act 1965*) para mantener la ley de Inglaterra y Gales bajo revisión mediante recomendaciones sobre reformas en donde se entienda necesario. El objetivo de la Comisión es mantener la modernidad de la ley y garantizar que ésta sea justa. Para más información sobre su funcionamiento se puede visitar a <https://www.lawcom.gov.uk/> (última consulta: 2 de junio de 2018) .

⁵⁰⁸ “*Report on the Mental Element in Crime.*” The UK Law Commission No. 89. UK. 1978. “*On the whole, we have come to the conclusion that knowledge should be treated in a similar way to intention and for substantially similar reasons. With regard to the position of the person who is shown deliberately to have shut his eyes to the existence of the relevant circumstances of the offence, and claims that he did not actually know of their existence, we consider that a jury or court would generally infer, and so find as a fact, that he had no substantial doubt that those circumstances exist.*”

*hechos a los cuales cerró los ojos. Tal conocimiento ha sido descrito como ‘conocimiento Nelsoniano’, es decir conocimiento que se atribuye a una persona como consecuencia de su ‘ceguera intencional’ o (como lo describen los abogados estadounidenses) ‘ignorancia artificial’”*⁵⁰⁹.

En la misma línea una sentencia civil del año 2003⁵¹⁰ agregaba que el *blind eye knowledge*⁵¹¹ se establece cuando el acusado tiene una firme sospecha fundada de que existen hechos específicos y relevantes y, como no quiere conocer los hechos, deliberadamente decide evitar la confirmación de los hechos en cuya existencia el acusado tiene una buena razón para creer.

En definitiva la connotación que adquiere la *willful blindness* en Inglaterra es la atribución de conocimiento al autor por su actitud deshonesta al momento de evitar confirmar los hechos de cuya existencia tiene una sospecha fundada y cuya falta de investigación o confirmación se da por su decisión de no investigar.

4.2 Singapur

No sólo Inglaterra se enfoca en la actitud deshonesto del autor al momento de hacer referencia a la *willful blindness*. En Singapur, la Corte de Apelación también le ha dado un tratamiento similar amparada, sin embargo, en los criterios establecidos por la Cámara de los Loes. En ese sentido, se ha entendido que la *willful blindness* es una forma de deshonestidad ya que el autor se involucra en la conducta intencional de cerrar los ojos a lo obvio y se puede inferir, de dicha conducta intencional, que el autor sabía que estaba siendo deshonesto, toda vez que el propósito de su no investigación es prevenir adquirir el conocimiento relevante⁵¹².

Asimismo la Corte de Apelación en el caso *Tam Kiam Peng v. PP*⁵¹³ identificó tres principios sustantivos relevantes para la definición de la *willful blindness*⁵¹⁴, sobre la base de estudio de casos anteriores⁵¹⁵. El primer principio establecido por la Corte es que la doctrina de la *willful*

⁵⁰⁹ UKHL12, 122. (2002)

⁵¹⁰ *Manifest Shipping v. Uni-Polaris Insurance* 1 AC 469, 24-26/112-116 (2003)

⁵¹¹ Término con el cual también se hace referencia a la *willful blindness* en Inglaterra.

⁵¹² YUNG CHEONG, TOH. “*Knowing, Not Knowing and Almost Knowing: Knowledge and the Doctrine of Mens Rea.*” Singapore Academy of Law Journal. Vol. 20. Singapore. 2008. p. 707.

⁵¹³ *Tam Kiam Peng v. Public Prosecution*, 1 SLR 1 (2008).

⁵¹⁴ Vid. YUNG CHEONG, TOH. Op Cit. p. 679, quien entiende que son cuatro los principios, al agregar uno de carácter procesal sobre el manejo de la presunción de la evidencia bajo la Ley de Abuso de Drogas.

⁵¹⁵ Relevante resulta el proceso de *Koo Pui Fong v. Public Prosecutor*, 2 SLR 266 (1996), en el cual se estatuyó que cuando existe evidencia que apunta a que el imputado deliberadamente cerró los ojos a lo que era obvio, producto de su indiferencia hacia el resultado, se puede decir que ha sido voluntariamente ciego hacia la verdad.

blindness es tratada, en derecho, como un equivalente del conocimiento actual. En este sentido estatuyó la Corte:

*“De hecho, somos de la opinión de que, dado que tanto el conocimiento real como la ceguera intencional son, a menudo, inferidos de los hechos y circunstancias del caso, la línea, en la práctica, entre los dos es fina y puede, en ocasiones al menos, ser borrosa. Sin embargo, vale la pena repetir que la ceguera voluntaria no se opone al conocimiento real”*⁵¹⁶.

En este caso la Corte varió el criterio que había utilizado en *Koo Pui Fong v. Public Prosecutor*, en el sentido de que en aquel momento había indicado que si bien el conocimiento actual podía ser inferido de los hechos de que el imputado se había cegado voluntariamente a lo obvio, no se podía indicar que esto significara que la *willful blindness* y el conocimiento deberían ser equiparados⁵¹⁷.

El segundo principio establecido por la Corte de Apelación en la decisión hace referencia al estado mental. Al hacer referencia a esto la Corte indicó:

*“El segundo principio central es que la sospecha es legalmente suficiente para fundar un hallazgo de ceguera voluntaria, siempre que la matriz de hechos relevantes justifique tal hallazgo y el acusado deliberadamente haya tornado ciego un ojo”*⁵¹⁸.

De esta manera, la Corte parece exigir como mínimo una sospecha, no obstante el nivel de sospecha requerido debe estar firmemente fundamentado y dirigido a hechos específicos, por lo que una sospecha especulativa sería insuficiente. De esta forma, YUNG CHEONG reconoce que la sospecha debe ser de un nivel suficiente como para concluir que la razón por la cual el imputado no hizo averiguaciones fue porque deliberadamente cerraba los ojos ante lo obvio⁵¹⁹.

Finalmente, el tercer principio sustantivo reconocido por la Corte de Apelación de Singapur es que la *willful blindness* es distinta de la *recklessness* en la medida en que esta último, al menos

⁵¹⁶ *Tam Kiam Peng v. Public Prosecution*, 1 SLR 1 (2008) at 123. “Indeed, we are of the view that, given that both actual knowledge as well as willful blindness are, more often than not, inferred from the facts and circumstances of the case, the line, in practice, between the two is a fine one and may, on occasion at least, even be blurred. However, it bears repeating that willful blindness is not opposed to actual knowledge.”

⁵¹⁷ Sobre esto vid. YUNG CHEONG, TOH. Op. Cit. p. 680

⁵¹⁸ *Tam Kiam Peng v. Public Prosecution*, 1 SLR 1 (2008) at 125. “The second central principle is that suspicion is legally sufficient to ground a finding of willful blindness provided the relevant factual matrix warrants such a finding and the accused deliberately decides to turn a blind eye.”

⁵¹⁹ YUNG CHEONG, TOH. Op. Cit. p. 684

teóricamente, no alcanza el conocimiento real. Para la Corte la principal diferencia entre la *willful blindness* y la *recklessness* es que la primera envuelve una acción deliberada de decidir no realizar posteriores investigaciones en orden de evitar confirmar la situación en la que el autor se encuentra, por lo que con relación a la *recklessness* es probable que el autor tampoco haya hecho investigaciones posteriores, sin embargo, su falla al hacerlo no se puede caracterizar como deliberada⁵²⁰.

Al reconocer estos principios, la Corte equipara la *willful blindness* al conocimiento actual, pero desdibuja sus líneas entre la *recklessness* y el *knowledge*, de manera similar a la tesis desarrollada por CHARLOW. Asimismo, reconoce que el autor que actúa con *willful blindness* y el autor que actúa con *recklessness* realizan el mismo tipo de acción frente a la no investigación de los hechos, sólo que en el primer caso esta acción es realizada de manera intencional y deliberada, mientras que en el segundo caso el tribunal deberá evaluar si el autor debió haber continuado con su acción a pesar de la misma ser realizada de manera riesgosa. En esencia, todo autor que actúa con *willful blindness* es un autor desconsiderado (*reckless*).

4.3 Canadá

Habíamos indicado, en una parte anterior de este trabajo, que la primera vez que la SCC dio por consagrada la doctrina de la *willful blindness*, fue en el caso de *R v. Sault Ste Marie*⁵²¹, en dicha ocasión el debate se centró más en el establecimiento de las diferencias operantes entre los delitos de responsabilidad estricta y los delitos de *mens rea*, aunque se daba por sentado que en aquellos casos criminales la Corona debía establecer un estado mental, pudiendo ser –uno de ellos- el conocimiento de los hechos constitutivos del delito o la ceguera voluntaria hacia éstos.

Por demás, un estudio de un proceso posterior llevaría a la SCC a establecer un criterio sobre la *willful blindness* que tendría repercusión general en los tribunales canadienses. En el año 1985 la SCC tuvo la oportunidad de dilucidar a fondo la cuestión de la *willful blindness* en el proceso conocido como *R v. Sansregret*⁵²².

⁵²⁰ *Tam Kiam Peng v. Public Prosecution*, 1 SLR 1 (2008) at 127, vid. *Ibidem*. p. 686, quien realiza una explicación profunda sobre el concepto de la *recklessness* y su diferencia con la *willful blindness*.

⁵²¹ 2 SCR 1299 (1978). Vid. *Supra* Cap. II. Secc. I. 4.2

⁵²² 1 SCR 570 (1985).

Los hechos del caso se entablan en la relación de John Henry Sansregret y su exnovia. Ambos habían estado juntos pero su relación era bastante violenta. El 23 de septiembre de 1982 la exnovia de Sansregret terminó su relación. Unos días después Sansregret atacó a su exnovia con un objeto puntiagudo. La exnovia logró calmarlo al tener esperanza de algún tipo de reconciliación y relaciones sexuales. La exnovia denunció el incidente a la policía, pero el oficial de libertad condicional de Sansregret la alentó de no presentar cargos porque interferiría con su libertad condicional. En la mañana del 15 de octubre de 1982, Sansregret irrumpió en la casa de su exnovia amenazándola con un cuchillo de carnicero, golpeándola hasta sangrar y forzándola a desnudarse en aras de que no abandonara la casa. La exnovia, temerosa por su vida, volvió a intentar calmarlo fingiendo que había alguna esperanza de reconciliación. Poco después, se entablaron relaciones sexuales, pero la exnovia afirmó que mantuvo las relaciones sexuales solo para evitar más violencia. Más tarde presentó cargos contra el apelante por violación. Poco después, Sansregret fue arrestado y acusado de agresión sexual, asalto y otros delitos⁵²³.

En el juicio, el único problema importante con respecto a los cargos de agresión sexual era si la Corona podía probar que Sansregret había sabido que el consentimiento de la víctima había sido otorgado bajo la extorsión por amenaza o el temor de daño corporal. Sansregret fue absuelto por el tribunal de juicio a pesar de que el juez concluyó que el consentimiento real no había sido otorgado por la exnovia y que nadie en su sano juicio habría creído que el consentimiento existió. Sin embargo, el juez encontró que Sansregret había creído erróneamente que su exnovia había dado su consentimiento y bajo el dictamen de *Pappajohn*, sintió que no tuvo más remedio que mantener el *stare decisis*. El Tribunal de Apelación anuló esa decisión al dictaminar que no hubo una creencia errónea en el consentimiento, y Sansregret apeló a la SCC. Ante una decisión unánime, la Alta Corte mantuvo la condena de Sansregret.

La cuestión debatida por la Alta Corte era si la *willful blindness* era relevante frente a un error de hecho en el consentimiento en un cargo de agresión sexual. De esta forma se contraponía en competición el concepto de error de hecho (*mistake of fact*) frente al concepto de *willful blindness*, debiendo la SCC establecer los límites entre ambos. Finalmente, la SCC estatuyó en el sentido de que la *willful blindness* negaba al error de hecho por creencia de buena fe (*mistake*

⁵²³ Los hechos están extraídos de la sentencia.

*of fact for honest belief*⁵²⁴) como defensa en los delitos de agresión sexual⁵²⁵. En este sentido, la Corte creó un concepto de *willful blindness* mediante el siguiente razonamiento:

*“Cuando el acusado es deliberadamente ignorante como resultado de cegarse a la realidad, la ley presupone el conocimiento de la naturaleza del consentimiento. En estas circunstancias, la defensa del error de hecho con respecto al consentimiento no está disponible porque la creencia honesta (honest belief) no está presente. En casos de willful blindness, la ley presume que el acusado sabía que la querellante no estaba dando su consentimiento, porque el acusado no tenía una creencia subjetiva de buena fe en el consentimiento. El acusado no tomó medidas razonables, en las circunstancias conocidas por él en ese momento, para determinar si la querellante estaba consintiendo. La willful blindness es distinta de la recklessness porque, aunque la recklessness implica el conocimiento de un peligro o riesgo y la persistencia en un curso de conducta que crea un riesgo de que se produzca el resultado prohibido, la willful blindness surge cuando una persona que ha tomado conciencia de la necesidad de la investigación se niega a hacer la investigación porque no desea saber la verdad. La culpabilidad en la recklessness se justifica por la conciencia del riesgo y el proceder en consecuencia, mientras que en la willful blindness se justifica por la falta del acusado de no consultar deliberadamente cuando sabe que hay un motivo para indagar”*⁵²⁶.

⁵²⁴ Traducimos el término *honest belief* por el de creencia de buena fe para darle una connotación más directa con el idioma castellano. Sin embargo, una traducción literal del concepto se traduce como creencia honesta. En el derecho del *common law* la doctrina de la *honest belief* (creencia honesta) hace referencia a una defensa utilizada en los casos de error de hecho (*mistake of fact*). Es una defensa que se utiliza en diversos estatutos y la carga de la prueba recae sobre el imputado que la invoca. En esencia, se trata de establecer que el acusado incurrió en un error razonable sobre los hechos y por ende no puede serle imputado el delito pues tenía motivos serios u honestos para creer en que su conducta no era criminal. En los delitos de violación sexual (*statutory rape*) un imputado es condenado si comete el acto de penetración sin el consentimiento de la víctima o sabe o es desconsiderado sobre si la víctima ha otorgado su consentimiento. Ante esta situación una defensa común es indicar que el imputado tuvo una creencia honesta (*honest belief*) sobre el consentimiento de la víctima. En consecuencia, si se determinara que efectivamente existió una relación sexual no consentida, el imputado no sería condenado si logra probar que creyó honestamente en que la víctima estaba otorgando su consentimiento, independientemente de lo absurdo o irrazonable de éste. Por esto, no es lo mismo hablar de creencia razonable (*reasonable belief*) que de creencia honesta (*honest belief*), pues un imputado puede tener una creencia que no sea razonable y se considere honesta. Sin embargo, en este tipo de escenarios un jurado pudiera alegar que la creencia invocada por el imputado era tan irrazonable que no fue sostenida por éste de manera honesta. En este punto corresponderá a la acusación probar la irrazonabilidad excesiva de la creencia sostenida por el imputado, dando lugar a una nueva variación de la carga de la prueba. En algunos Estados de EE.UU., se eliminó la defensa del *honest belief*, por lo que los imputados acusados de violación no podrían alegar esta doctrina como defensa. Sobre la defensa del *honest belief* en el delito de violación sexual vid. CHARLOW, ROBIN. “*Bad Acts in Search of a Mens Rea: Anatomy of a Rape*”. *Fordham Law Review*. Vol. 71. No. 2. USA. 2002. pp. 263-327; VANDERHORT, LUCINDA. “Honest Beliefs, Credible Lies, and Culpable, Awareness: Rhetoric, Inequality, and Mens Rea in Sexual Assault” *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 42 No. 4. Article 5. Canada. 2004. pp. 625-660.

⁵²⁵ “*Where wilful blindness is shown, mistaken for honest belief in consent is not a defense to sexual assault.*”

⁵²⁶ Radio y razonamiento extraídos de la decisión con adaptaciones idiomáticas.

Del razonamiento de esta decisión se desprende que la *willful blindness* se utiliza como un recurso para satisfacer un *mens rea* requerido por un determinado delito⁵²⁷. En adición, se estableció que la *willful blindness* constituía un estado mental diferente de la *recklessness* y mayor que ella, por lo que también esta decisión vendría a desdibujar la línea de responsabilidad entre la *recklessness* y el *knowledge*. Por otro lado, la SCC insistió en la importancia del autor de no tomar las medidas razonables para determinar el consentimiento de la víctima, haciendo una separación con la *recklessness* ya que en este último caso no se trata de un conocimiento sobre el riesgo que envolvía la conducta del autor sino en la representación por parte del autor de una determinada circunstancia de la cual no quiso indagar con la finalidad de no conocer la verdad frente a la que se encontraba.

En una decisión posterior, la SCC aclararía la doctrina y establecería un criterio similar al que luego vendría a consagrar la SCJ de EE.UU., en el caso de *Global-Tech*. En el año 2010, es decir, un año antes de *Global-Tech*, la SCC en el proceso conocido como *R v. Briscoe*⁵²⁸ realizó una serie de observaciones importantes sobre la doctrina.

Los hechos del caso se reducen a que Courtepatte, una niña de trece años, y un joven amigo fueron engañados en un automóvil con la falsa promesa de ser llevados a una fiesta. Briscoe condujo al grupo (Laboucan y tres jóvenes) a un campo de golf apartado. Laboucan había dicho antes que le gustaría encontrar a alguien a quien matar y Courtepatte fue elegida como la víctima. A su llegada, Briscoe abrió el maletero y, a petición de Laboucan, le entregó unos alicates. Briscoe se quedó en el auto mientras los demás entraban al campo de golf con el pretexto de buscar la fiesta. Briscoe se reincorporó al grupo en el momento en que uno de los jóvenes golpeó a Courtepatte desde atrás con una llave inglesa. Por un momento, Briscoe se aferró a Courtepatte y enojado le dijo que se callara o que se callara. Briscoe entonces se paró y vio como Courtepatte fue brutalmente violada y asesinada. Las cinco personas involucradas fueron acusadas de secuestro, asalto agravado y asesinato en primer grado y los dos adultos, Briscoe y Laboucan, fueron juzgados conjuntamente por un solo juez. Briscoe fue absuelto. El juez de primera instancia determinó que el *actus reus* fue probado, pero no así el *mens rea* porque Briscoe no tenía el conocimiento requerido de que Laboucan tenía la intención de cometer los crímenes. El Tribunal de Apelación anuló la absolución y ordenó un nuevo juicio,

⁵²⁷ En el caso de especie, frente al delito de agresión sexual, el aspecto relativo al conocimiento sobre el consentimiento de parte de la víctima.

⁵²⁸ *R v. Briscoe*, 2010 SCC 13, 1 S.C.R. 411. (2010)

sosteniendo que el juez de primera instancia cometió un error de ley al no considerar la *willful blindness*⁵²⁹. En ese sentido, se basó en R v. Sansregret para dar por sentada la doctrina. Briscoe recurrió ante la SCC.

El problema planteado ante la SCC era si la *willful blindness* podía usarse para determinar que una persona que estuvo presente durante la planificación y ejecución de un asesinato tenía la intención o los conocimientos necesarios para ser condenado por el mismo delito.

La SCC inició indicando que la *willful blindness* envuelve un estado que ha sido descrito como ‘ignorancia deliberada’ y que conlleva un proceso actual de supresión de sospecha. No envuelve una falta de investigar, sino una decisión activa de no investigar en aras de no lograr el conocimiento⁵³⁰.

Además, la corte estatuyó lo siguiente:

“La willful blindness no define un mens rea requerido para ofensas particulares. Más bien, puede sustituir el conocimiento real siempre que el conocimiento sea un componente del mens rea. La doctrina de la willful blindness imputa conocimiento a un acusado cuya sospecha se despierta hasta el punto en que ve la necesidad de nuevas investigaciones, pero deliberadamente elige no hacer esas preguntas ... Como Sopinka J. lo expresó sucintamente en Jorgensen ... "un hallazgo de willful blindness implica una respuesta afirmativa a la pregunta: ¿El acusado cerró los ojos porque sabía o sospechaba firmemente que investigando alcanzaría el conocimiento?”

La SCC continuó con su argumentación y, en apoyándose en una cita de WILLIAMS, estatuyó lo siguiente:

“Un tribunal puede encontrar willful blindness solo cuando casi se puede decir que el acusado realmente sabía. El acusado sospechó el hecho; se dio cuenta de su probabilidad; pero se abstuvo de obtener la confirmación final porque quería en el evento poder negar el conocimiento. Esto, y solo esto, es willful blindness. Requiere en efecto una conclusión de que el acusado intentó engañar a la administración de justicia.”⁵³¹

⁵²⁹ Hechos extraídos de la decisión con variaciones idiomáticas.

⁵³⁰ R v. Briscoe, 2010 SCC 13, 1 S.C.R. 411, at. 24, citando a STUART, DON. “Canadian Criminal Law: A Treatise”. 5th Ed. 2007. p. 241.

⁵³¹ Ibid, at 23, citando a WILLIAMS, GLANVILLE. “Criminal Law: The General Part”. London: Stevens & Sons. 2d. Ed. UK. 1961. p. 159

De esta decisión resaltan algunas características fundamentales para la justificación de un concepto de la *willful blindness*. En primer lugar se establece la diferencia entre la doctrina como un nuevo *mens rea* o como un sustituto de un *mens rea* y se determina que la utilización de la misma adquiere relevancia únicamente para sustituir el estado mental del conocimiento, por lo que no se encuentra como una categoría subjetiva propia de la culpabilidad sino como una herramienta para poder imputar una categoría preexistente. Por otro lado, al igual como lo reconocería la SCJ de EE.UU., la *willful blindness* requiere de un esfuerzo activo para su materialización, es decir, una supresión activa del conocimiento que será llevada a cabo mediante la evitación deliberada de la investigación que debe ser realizada una vez el autor sospecha sobre la presencia de la circunstancia concurrente. En tercer lugar aparece por primera vez una pregunta hipotética que serviría para determinar la presencia de la *willful blindness*, por lo que mediante la respuesta afirmativa a esta pregunta hipotética de si la intención del autor en no proceder con los medios necesarios para dar con el conocimiento se debió única y exclusivamente a una estrategia creada por el sujeto pues en su fuero interno ya reconocería la existencia del supuesto incriminatorio en caso de procediera con la investigación adicional.

Estos motivos son los que llevan a la SCC a establecer mediante su apoyo en WILLIAMS que la *willful blindness* es utilizable únicamente en aquellos supuestos en los que se puede establecer casi con certeza plena que el acusado sabía que estaba involucrado en la conducta criminal.

5. Valoración

El paso por el tratamiento de la doctrina de la *willful blindness* deja una serie de impresiones que debemos sacar a relucir. La búsqueda de un criterio que permita fundamentar la utilización de la doctrina no ha sido una tarea fácil. A día de hoy no se puede decir que se encuentre pacífica la doctrina jurisprudencial con relación a los requisitos que deben operar para dar al traste con un concepto unitario de la *willful blindness*.

Los tribunales, no obstante, han hecho un esfuerzo agudo para intentar dar claridad al concepto pues han reconocido en él una herramienta que permite que los imputados se salgan con la suya al momento de llevar a cabo una actividad criminal cuyo estatuto que la prohíbe exige el conocimiento como estado mental.

La exigencia del conocimiento es bastante alta, por lo que los tribunales han tenido que amañárselas para relajar un poco la exigencia del estado mental y dar entrada en dicho estado mental de conductas que son moralmente reprochables por causar un daño a bienes sociales que deben ser protegidos por el Estado. Sin embargo, hemos podido observar las consecuencias desastrosas a las que puede dar lugar una utilización errónea de la figura.

Permitir que un jurado, amparado en la confusión que crea una utilización errónea la doctrina no puede encontrar sustento en un Estado de Derecho. De esta forma, somos de la opinión que debería integrarse una limitación de aplicación general que tienda a restringir la aplicación de la doctrina frente a supuestos muy limitados, sobre todo a aquellos en los que el refugio ante una fuente de ignorancia se deba a la creación de un ardid que tienda a buscar una defensa del sujeto frente a su propia concepción de la realidad como justificación de su conducta.

De esta forma, procede la realización de un análisis de aquellos supuestos en los que procedería la aplicación de la *willful blindness* como herramienta para poder obtener el estado mental de conocimiento por ser dicho recurso una estrategia del autor para llevar a cabo la actividad criminal, lo que de entrada parece entrañar un mayor juicio de reproche pues no es más que actitud deshonesta por parte del sujeto que pretende inmiscuirse en la ilegalidad y escapar de la manos de la justicia. En definitiva, de lo que se trata es de encontrar un concepto que nos permita identificar cuáles son estas situaciones a través de lo que se ha denominado la Tesis de la Equiparación Culpable (*Equal Culpability Thesis*), que trataremos a continuación.

Sección II: La estructura de la *willful blindness*

Introducción

La propuesta de una estructuración de la *willful blindness* requiere reparar en los aportes que sobre la misma ha realizado la doctrina mediante el análisis de los procesos judiciales en los que se ha debatido esta figura.

A pesar de que muchos autores han criticado a la *willful blindness*, no existen muchos trabajos en la literatura penal que ofrezcan una explicación minuciosa sobre los elementos que caracterizan las situaciones en las que un sujeto que, habiendo sospechado sobre la presencia

de una determinada proposición incriminatoria, decide cegar sus fuentes de conocimiento sobre dicha proposición, con alguna finalidad culpable.

Sin embargo, todos los autores parecen estar de acuerdo en que la regla de la *willful blindness* como un sustituto del conocimiento es problemática, toda vez que lo que hace es expandir el tradicional concepto de conocimiento que, en principio, requiere la conciencia actual de la existencia de un hecho particular. Además, reconocen también que el enfoque que se otorga sobre la misma, tanto en las instrucciones al jurado como en el propio MPC, no es convincente.

Como solución a las críticas que ha recibido la *willful blindness*, no sólo los tribunales han intentado limitar la utilización de la doctrina mediante la imposición de reglas procesales sino que los académicos también han intentado reivindicar la doctrina mediante una reconstrucción conceptual de la misma, exigiendo diversos requisitos para su materialización o mediante el cuestionamiento de la equivalencia moral y jurídica de la *willful blindness* en su equiparación con el conocimiento.

La doctrina tiende a construir un estado mental mayor que el que un autor pueda haber tenido, mediante la justificación de que el comportamiento que este despliega por su acción deliberada de evitación de la confirmación de sus sospechas (o posibilidad previamente realizada) sobre la circunstancia concurrente, constituye una carga moral culpable equiparable al conocimiento. Las circunstancias irregulares en las que se encuentra el autor son las que generan la sospecha de que la actividad en la que se pretende involucrar puede producir un resultado contrario a lo establecido por las normas legales y, por ende, si el autor procede con la implementación del plan o ejecución del mismo sin indagar en la irregularidad de la circunstancia en la que se encuentra, la ley le imputa el conocimiento que hubiera adquirido en caso de no haber ignorando voluntariamente el hecho. De esta manera, le está prohibido a una persona ‘cerrar los ojos’ frente a las circunstancias concurrentes que resultan obvias y sobre las cuales el autor sospecha.

El primer análisis académico dirigido a equiparar la *willful blindness* al conocimiento lo realizó WILLIAMS cuando concluyó que la *willful blindness* requiere de sospecha, realización de la probabilidad y evitación de la confirmación, y de donde deduce que un tribunal sólo puede encontrar correctamente la *willful blindness* cuando se puede decir que el autor prácticamente sabía, es decir, que en esencia sospechó del hecho, se dio cuenta de su probabilidad pero, sin

embargo, optó por no obtener la confirmación final para que en la eventualidad de su captura, pudiera alegar un desconocimiento⁵³².

Como vimos en la sección anterior, muchos tribunales del *common law* se han hecho eco de esta posición de WILLIAMS y entienden que la *willful blindness* sólo es aplicable cuando se puede indicar que el imputado prácticamente sabía o conocía estar en presencia de la circunstancia concurrente.

Remontándonos al caso de *Jewell*, el Noveno Circuito adoptó la posición de que la justificación sustantiva de la regla era que la *willful blindness* y el conocimiento positivo eran igualmente culpables. Citando a WILLIAMS la Corte estatuyó que la regla de que la *willful blindness* es equivalente al conocimiento es esencial y se encuentra en todo el derecho penal y que su justificación textual es que el entendimiento común sugería que uno “conoce” sobre hechos de los que están menos que absolutamente seguro, por lo que el conocimiento positivo no es necesario cuando el autor actúa con conciencia de la alta probabilidad de la existencia del hecho crítico.

Este planteamiento ha sido acogido por la totalidad de los tribunales del *common law* y cuando la SCJ tocó el tema con el caso *Global-Tech* reiteró la fundamentación sustantiva de la *willful blindness*. Sobre esta base se construye la denominada teoría de la equiparación culpable que ha sido analizada y tratada por la doctrina académica norteamericana.

1. La Tesis de la Equiparación Culpable (*Equal Culpability Thesis*)

La pregunta que surge con la tesis de la equiparación culpable (en lo adelante TEC) es si la *willful blindness* puede ser equiparada al conocimiento en todos los supuestos de hecho en los que un imputado permanece en un estado de ignorancia o solamente en aquellos en los que hacerlo envuelve un comportamiento más grave en términos de culpabilidad. Para ello, es preciso atender a lo que se entiende por culpabilidad para poder entonces someternos al análisis de la TEC.

⁵³² WILLIAMS, GLANVILLE. Op. Cit. p. 159

En *criminal law* el concepto de culpabilidad se enfoca desde dos acepciones principales, una amplia y una estricta. Desde la concepción amplia la culpabilidad viene a ser sinónimo del concepto de reprochabilidad (*blameworthiness*). En este sentido, un comportamiento es considerado “culpable” cuando el sujeto que lo realiza tiene la conciencia suficiente de la naturaleza de su conducta y de la importancia de lo que está haciendo para poder decidir conscientemente si evita o no dicho comportamiento, es decir, culpabilidad se presenta en ocasión de la elección moral consciente del autor⁵³³.

De esta forma, se considera que un acto es culpable cuando su realización manifiesta una insuficiente preocupación o consideración frente a los intereses de los demás y el mismo ha sido llevado a cabo de manera consciente por el autor. Sin embargo, esta acepción no abarca aquellos supuestos en los que el autor debió haber sido consciente pero, en realidad, no lo fue, es decir, los casos de negligencia. La particularidad que presenta este denominado estado cuasi mental es, precisamente, la ausencia de conciencia en el autor al momento de desplegar la acción. Lo que ocurre es que se le atribuye la culpabilidad al autor por la gravedad que conlleva su falta de atención frente a lo que una persona responsable hubiera podido observar en la posición del autor.

Ahora bien, esta responsabilidad por falta de atención no conlleva un merecimiento de pena sustancial, sino que se considera como el nivel menor de culpabilidad. Así las cosas, se deduce que mientras más conciencia tiene el autor sobre su conducta ilegal, más responsabilidad le será atribuida por la comisión del hecho y más merecimiento de pena tendrá. De esta forma, la culpabilidad admite diferentes grados.

Como el principio de proporcionalidad exige que la imposición de la pena sea correlativa al nivel de reproche que presenta la conducta, debe existir un mecanismo de atribución de culpabilidad que mida los niveles de reproche de los cuales es merecedor el autor. Esto nos lleva al concepto estricto de culpabilidad. En un sentido estricto, la culpabilidad hará referencia a la categoría de los elementos subjetivos o estados mentales establecidos por el MPC, es decir, el propósito (*purpose*), conocimiento (*knowledge*), desconsideración (*recklessness*) y

⁵³³ CHARLOW, ROBIN. “*Willful Ignorance*”. Op. Cit. p. 1391; Vid. MOORE, MICHAEL S. “*Placing...*” Op. Cit. p. 403 y ss, quien fundamenta la culpabilidad bajo la noción de elección (*choice*)

negligencia (*negligence*). En el *common law*, en sentido estricto la culpabilidad haría referencia al principio de *mens rea* o mente culpable.

Es sabido que el MPC constituye uno de los textos más avanzados del *common law* en cuanto al aspecto subjetivo se refiere, ya que vino a restringir los innumerables términos que hacían referencia a los estados mentales de los individuos en una reducción categórica de cuatro conceptos (*purpose, knowledge, recklessness, negligence*) que se presentan en un espectro continuo de responsabilidad, en el cual un autor irá ascendiendo desde menos culpable a más culpable dependiendo de si el hecho ha sido cometido con diferente grado de culpabilidad⁵³⁴.

De esta manera, un autor que realiza el *actus reus* de un delito a propósito merecerá más reproche que uno que haya realizado el acto con conocimiento (*knowingly*) quien, a su vez, será más culpable que quien haya realizado el acto desconsideradamente (*recklessly*), y este a su vez será más culpable que aquel que realice el acto de manera negligente (*negligently*)

No obstante, muchos autores han criticado la forma que el MPC da tratamiento a los elementos de la culpabilidad, pues han entendido que no siempre que se comete un determinado *actus reus* con un elemento mental menor se encuentra uno en presencia de un merecimiento de pena menor. Por ejemplo, se ha entendido que no necesariamente alguien que cometa un *actus reus* a propósito sea más merecedor de pena que alguien que lo haya cometido a sabiendas. Asimismo, una conducta desplegada de manera desconsiderada (*recklessly*) puede conllevar un mayor juicio de reproche que una conducta realizada a sabiendas, al menos, en cuanto a resultado dañoso se refiere.

Por otro lado se critica el hecho de que el MPC utilice estados mentales adicionales a los cuatro establecidos, como es el caso de la *willful blindness*. Como se ha indicado antes la §2.02(7) del MPC establece que la conciencia de la alta probabilidad del hecho satisface el conocimiento y que esta sección fue creada para tratar los casos de *willful blindness*. Independientemente de que en esencia dicha sección se corresponda o no con la *willful blindness*, esto haría asumir que la figura se constituye en una subespecie de conocimiento. Sin embargo, ha sido aceptado por los académicos, en su totalidad, que la doctrina de la *willful blindness* no se consagra como

⁵³⁴ HUSAK, DOUGLAS. “*Broad Culpability and the Retributivist Dream*”. Ohio State Law Journal. Vol. 9. USA. 2012 p. 454

conocimiento toda vez que éste último requiere de una alta certeza subjetiva además de la verdad de la proposición sobre la cual se cree su presencia. Así, como fuera reconocido por HUSAK Y CALLENDER, uno puede ser voluntariamente ignorante a pesar de no tener un alto nivel de confianza frente a la proposición inculpatoria⁵³⁵.

Frente a esta situación, lo que plantea la TEC es la búsqueda de los requisitos o elementos que permitan equiparar al conocimiento únicamente aquellos casos más graves de *willful blindness*, es decir, aquellos casos en los que se pueda decir que el autor prácticamente era conocedor de la proposición inculpatoria o circunstancia concurrente, haciendo que su conducta sea perfectamente equiparada al conocimiento por conllevar un alto nivel de reprochabilidad.

En definitiva, la TEC lo que busca son aquellos elementos limitadores del radio expansivo que presentan los diversos casos en los que se da una situación de ignorancia por parte del sujeto frente a la circunstancia concurrente en la que éste se encuentra inmerso. De esta manera, la búsqueda de un concepto que permita identificar y separar únicamente aquellos casos en los que la situación de ignorancia creada por el autor conlleva un reproche moral equiparable al conocimiento, debe tomar en cuenta los elementos que han sido reconocidos hasta la fecha como característicos de la figura.

2. Elementos reconocidos de la *willful blindness*

A día de hoy, existe un acuerdo amplio en que para que un autor actúe con *willful blindness* frente a una determinada circunstancia de hecho o proposición inculpatoria debe: (i) Tener suficiente sospecha o creencia subjetiva de la presencia de la proposición inculpatoria o su verdad y, (ii) deliberadamente realizar esfuerzos activos o tomar pasos para evitar el conocimiento concreto de la verdad de la proposición inculpatoria o de la presencia de la circunstancia.

Enseguida, se reconoce una tercera característica frente a la cual se debate si debe ser integrada a los elementos anteriormente indicados para formar parte del criterio generalizador de *willful blindness* que permita equipararlo al conocimiento. Este elemento ha sido impulso de división en los diversos Circuitos de Apelación en el sistema norteamericano y hace referencia a que las

⁵³⁵ HUSAK, DOUGLAS N. / CALLENDER, CRAIG A. Op. Cit.

razones o motivos por los cuales el autor evite la investigación de sus sospechas, sea para preservar su estado de ignorancia en caso de una eventual persecución penal⁵³⁶. A este elemento se le ha denominado, elemento motivacional.

2.1 El motivo como elemento determinante de la TEC

El elemento motivacional ha estado siempre sujeto a debate. Desde la aparición de la doctrina el motivo ha aparecido en innumerables decisiones como elemento característico de la *willful blindness*, mientras que otros tribunales simplemente no lo utilizan, requiriendo únicamente dos elementos para dar por satisfecha la regla. En los EE.UU., la decisión de Jewell hizo referencia al motivo culpable como característica de la *willful blindness*, pero luego el Noveno Circuito terminó rechazando dicho elemento en el caso de *Heredia v. United States*⁵³⁷, estableciendo que el motivo no era un elemento de la regla. Por su parte, la SCJ no se pronunció sobre la exigencia del elemento motivacional en la decisión de *Global-Tech*, requiriendo únicamente los dos primeros elementos descritos.

Por otro lado, en la academia algunos autores consideran que el elemento de la motivación otorga un plus de desvalor a la actitud del autor frente a la circunstancia concurrente. Quien reconoció por primera vez el elemento motivacional en la *willful blindness* fue WILLIAMS cuando estableció que la doctrina requería que el motivo por el cual autor mantuviera su ignorancia fuera con la intención de burlar la administración de justicia⁵³⁸. Otros autores han establecido el motivo como elemento determinante que permite equiparar los casos de *willful blindness* al conocimiento.

2.1.1 La propuesta de CHARLOW

En el aspecto académico, en los EE.UU., el primer acercamiento al elemento motivacional como parte de los requisitos de la *willful blindness* fue realizado por CHARLOW. Para ella, la *willful blindness* en su forma más culpable sugiere que: (i) el autor esté consciente de una buena información sobre la presencia del hecho, (ii) que casi crea que la misma existe; (iii) que intencional o deliberadamente evite confirmar o aprender sobre la existencia del hecho y, (iv)

⁵³⁶ SARCH, ALEXANDER. “*Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law*”. Op. Cit. p. 1039.

⁵³⁷ 483 F. 3d 913, 9th Cir. (*en banc*) 2007.

⁵³⁸ WILLIAMS, GLANVILLE. “*Criminal Law...*” Op. Cit. p. 169

con el propósito consciente de evitar la responsabilidad penal que resultaría en el caso de que ella supiera el hecho⁵³⁹.

Sin embargo, el intento de CHARLOW de sistematizar la doctrina de la *willful blindness* mediante la limitación de aquellos casos que ella considera se asemejan al conocimiento descansa sobre este último elemento. En esencia, deseamos castigar a aquellos autores que tienen una muy buena información acerca de la existencia de un hecho que hace que su conducta sea ilegal; que crean sobre su existencia e intencionalmente eviten comprobar la misma, todo por un motivo malévolo, peligroso o por alguna otra razón o propósito que evidencie un especial y alto nivel de insensibilidad criminal⁵⁴⁰.

Así, CHARLOW sugiere que el propósito de inmunizarse frente a la responsabilidad criminal es el único factor utilizado comúnmente para satisfacer este cuarto elemento. De esta forma, la idea de la *willful blindness* descansa sobre la premisa de que el autor voluntariamente ignorante es aquel que decide evitar el conocimiento por un motivo corrupto⁵⁴¹. En este sentido, únicamente el cuarto elemento, es decir, el motivo corrupto es el que marca la diferencia, ya que los tres primeros elementos no son suficientes para equiparar la culpabilidad del autor voluntariamente ignorante con el autor que actúa con conocimiento.

El argumento de CHARLOW para dar tanta importancia al elemento motivacional se fundamenta en que tener información sobre la existencia del hecho y buenas razones para creer en ello, sugieren que el autor se encuentra en la línea del conocimiento. Sin embargo, estos dos elementos no son suficientes, se requiere la evitación del autor sobre la confirmación del hecho para agregar un poco más de culpabilidad, a pesar de que todavía no se esté en presencia de una insensibilidad criminal como la demostrada por el autor que actúa con conocimiento cierto.

Para ello, es necesario agregar un motivo o un mal propósito. Este propósito consistirá en el intento de actuar mientras el sujeto se inmuniza frente a la responsabilidad penal, ya que ello implicará que el individuo tuvo la intención de cometer un crimen -aun no estando seguro de estar cometiéndolo- y que, al evitar deliberadamente obtener un conocimiento específico de los

⁵³⁹ A estas conclusiones llega CHARLOW en su trabajo sobre la *willful blindness*, vid. CHARLOW, ROBIN. “*Willful Ignorance...*” Op. Cit. p. 1429

⁵⁴⁰ *Ibíd.* p. 1415

⁵⁴¹ *Ibíd.* p. 1417; sobre esto vid. SARCH, ALEXANDER. “*Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law*” Op. Cit. p. 1054.

hechos para poder establecer una defensa contra la denegación del delito, si bien es posible que el autor no haya sabido con certeza que tiene un aspecto criminal que negar, sí se puede determinar con certeza que había considerado las consecuencias penales de su acción y estaba dispuesto a actuar en consecuencia.

De esta manera, la autora concluye estableciendo que con la presencia de la evidencia de estos elementos sugeridos, parecería razonable sostener que el autor voluntariamente ignorante será igual de malévolo que el autor que actúa con conocimiento. Por lo tanto, si la ignorancia intencional se define de la manera sugerida, podría ser apropiado aplicar las mismas consecuencias penales a un autor voluntariamente ignorante que a un autor que actúa con conocimiento concreto⁵⁴².

Por otro lado, importante es el acercamiento que realizan HUSAK & CALLENDER sobre los elementos limitadores de la *willful blindness* que permiten realizar su equiparación al conocimiento. De hecho, estos autores son los que dan nombre a la TEC mediante una explicación exhaustiva en las que dividen aquellos casos en los que el autor puede ser voluntariamente ignorante sin poseer una conciencia de la alta probabilidad de la existencia del hecho y aquellos en los que la actitud del autor es tan reprochable que requiere su equiparación al conocimiento.

2.1.2 La propuesta de HUSAK & CALLENDER

A pesar de las críticas que estos autores realizan al tratamiento de la doctrina de la *willful blindness*⁵⁴³, estos establecen tres requisitos o elementos que permiten distinguir los casos de *willful blindness* que deben ser equiparados al conocimiento, de aquellos en los que el agente actúa únicamente con una mera sospecha de la concurrencia de un elemento material del delito.

Para ellos, no todos los casos en los que un acusado pareciera estar actuando con *willful blindness* suponen una “conciencia de la alta probabilidad de la existencia de un hecho particular” de conformidad con lo que establece la §2.02(7) del MPC. Tampoco entienden como esencial la estimación de la probabilidad de la verdad de una proposición ni la creencia de la

⁵⁴² *Ibíd.* p. 1418

⁵⁴³ *Vid. Supra (Cap. II. Secc. II. 4.1).*

existencia del hecho material como componentes esenciales de la *willful blindness*, por lo que reconocen que “la relación potencialmente compleja entre la creencia y la probabilidad es algo tangencial al análisis de la *willful blindness*”⁵⁴⁴.

Sin embargo, estos autores reconocen que el hecho de que no exista en el estado de ánimo del autor una alta probabilidad de que su conducta es criminal no es una razón suficiente para hablar de la totalidad de su inocencia, ya que si el autor ha tenido buenas razones para sospechar que su conducta es ilegal, su estado de ánimo se erige en más culpable que inocente toda vez que la culpabilidad va disminuyendo a medida que la sospecha disminuye, pero sólo se alcanza la inocencia cuando el autor carece totalmente de sospechas con respecto al hecho⁵⁴⁵.

Partiendo de lo anterior, HUSAK & CALLENDER construyen las tres condiciones (no mentales) que deben darse para poder diferenciar entre el autor voluntariamente ignorante y el agente meramente sospechoso, a saber:

(i) La condición de sospecha justificada (*Warranted Suspicion Condition*)

El autor debe sospechar del hecho particularmente relevante y sus sospechas deben estar justificadas. En ese sentido, es la propia circunstancia de hecho la que debe levantar las sospechas del autor, por lo que una vez despertadas dichas sospechas, el autor debe recopilar las pruebas o evidencias que permitan identificar la presencia o no de la circunstancia concurrente. Así las cosas, ambos entienden que la *willful blindness* no debe extenderse a las personas que posean una sospecha infundada, como serían aquellas personas que sufren de paranoia u otros delirios, siendo exigida una restricción de la sospecha a aquellos que tengan motivos o razones objetivas para sospechar⁵⁴⁶.

(ii) La condición de disponibilidad (*Availability Condition*)

El autor debe ser capaz de confirmar o disipar fácilmente sus sospechas. Esto significa que el autor debe contar con los medios para conocer la verdad o recopilar las pruebas relativas a su comportamiento y debe tener conciencia de la existencia de dichos medios. De esta forma, si el

⁵⁴⁴ HUSAK, DOUGLAS N. / CALLENDER, CRAIG A. Op. Cit. p. 39

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ *Ibid.* p. 40

autor tiene disponibles los medios para conocer la verdad o para recopilar más pruebas y es consciente de dichos medios, su incapacidad para actuar sobre estas sospechas es un signo evidente de *willful blindness*⁵⁴⁷.

Sin embargo, muchas veces el que actúa con *willful blindness* ha omitido evaluar toda la evidencia de la circunstancia del hecho que una persona razonable habría evaluado en su lugar. En este sentido, estos autores opinan que los autores voluntariamente ignorantes son personas que no aplican medidas fiables, rápidas y ordinarias para descubrir los hechos. En consecuencia, si bien es cierto que estos hechos deben estar al alcance de cualquier persona dispuesta a descubrirlo, el autor voluntariamente ignorante no puede dejar de buscar los medios que consideren pocos fiables, extraordinarios o que les consuman mucho tiempo⁵⁴⁸.

Estos autores parten de que en la mayoría (aunque no en todas), de las situaciones donde se actúa con *willful blindness*, existirá información altamente relevante para la determinación del autor acerca de la verdad sobre la proposición inculpatória que está siendo ignorada voluntariamente por el sujeto.

(iii) La condición de motivación (*motivational condition*)

Finalmente, el autor de actuar con un motivo particular, es decir, su decisión de no investigar o no recopilar las evidencias que le permitan salir de su situación de ignorancia deben estar motivadas por el deseo de evitar la culpabilidad o la responsabilidad de sus acciones. Así, para ellos, el que actúa con *willful blindness* debe tener un motivo determinado de permanecer lejos del conocimiento de la verdad, conservando así una defensa o excusa para ser utilizada en el caso en que sea descubierto. Esto tiene como consecuencia que la ausencia de la recopilación de las evidencias o de la adquisición de la verdad o información disponible no puede deberse a una mera pereza mental, estupidez o falta de curiosidad. La misma debe estar fundamentada en un motivo culpable.

A partir del establecimiento de estos requisitos, HUSAK & CALLENDER establecen que aquellas concepciones alternativas a la *willful blindness* que no incluyan estas tres condiciones, parecen ser inferiores a la caracterización actual de la doctrina. A raíz de la implementación de estos

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ *Ibidem*

requisitos lo que se intenta es eliminar las consecuencias aparentemente incompatibles con el fenómeno de la *willful blindness*, es decir, aquellos casos en los que imputados que no hayan actuado con la debida sospecha, o simplemente hayan actuado de manera imprudente o desconsiderada.

De esta forma, estos requisitos se constituyen como esenciales para evitar los abusos en la aplicación de la doctrina, ya que, si no se plantea el requisito de la sospecha justificada, una persona que actúe con un grado extremadamente bajo de confianza en la proposición inculpatoria o que haya sido engañada respecto de dicha proposición pudiera ser considerada como un ignorante voluntario de la proposición inculpatoria. Por otro lado, si no se exige la condición de disponibilidad, una persona que carece de los medios para adquirir la verdad acerca de la proposición inculpatoria podría ser considerada un ignorante voluntario. Finalmente, si no es postulada la condición motivacional, una persona que no actúa bajo una sospecha acerca de la proposición inculpatoria sino que lo hace por pereza o falta de curiosidad podría ser considerada como un ignorante voluntario⁵⁴⁹.

Una vez establecido lo anterior, los autores proponen una definición de la *willful blindness* en el entendido de que “un imputado es intencionalmente ignorante de una proposición inculpatoria cuando sospecha que dicha proposición es verdadera, tiene buenas razones para pensar que es verdadera, no toma medidas confiables, rápidas y ordinarias que le permitan aprender la verdad sobre la indicada proposición y, finalmente, tiene un deseo consciente de permanecer ignorante frente a la proposición para evitar la responsabilidad penal en caso de que sea descubierto⁵⁵⁰.

Lo cierto es que HUSAK & CALLENDER, lo que hacen es recopilar las instrucciones que han sido brindadas al jurado por parte de los jueces en los casos de drogas. Partiendo de lo establecido en *Jewell* y a raíz de la implementación de las instrucciones al jurado basadas en él, HUSAK & CALLENDER analizan la mayoría de los casos de drogas y sobre ellos van construyendo un concepto que incluya las características que estos entienden se asemejan al paradigma de la *willful blindness*, es decir, al caso en el que se podría decir que el autor prácticamente sabía y

⁵⁴⁹ *Ibidem*. p. 41

⁵⁵⁰ *Ibidem*. pp. 41-42

conocía estar en presencia de una proposición inculpatoria, y en los cuales el autor siempre tendrá la motivación de alegar en su defensa el desconocimiento en caso de ser capturado.

2.1.3 La propuesta de LUBAN

Otro autor que ha intentado brindar una estructura limitada a la *willful blindness* a través de la defensa de una posición similar a las TEC es el profesor LUBAN⁵⁵¹, quien propone una construcción de la doctrina partiendo de la idea de que la motivación del autor para cegar las fuentes del conocimiento sobre la verdad de una proposición incriminatoria es el requisito más importante para su constatación. Para ello, utiliza un ejemplo bastante gráfico entre avestruces y zorros, en el que el primero (avestruz) no es más que un débil moral que intenta negarse a sí mismo cuando se encuentra ante la presencia de una encrucijada de carácter moral y que por ello su ceguera voluntaria no parecería ser tan grave como aquel que posee un conocimiento real.

Sin embargo, el segundo (zorro) es alguien que aparece firmemente decidido a llevar a cabo una conducta criminal y se urde en la ignorancia sólo como una medida de precaución para el caso en que sea descubierto poder evadir su responsabilidad penal⁵⁵². Para LUBAN, en este último caso la *willful blindness* aparecería incluso con un grado mayor de culpabilidad que aquel que posee un conocimiento cierto, ya que añade un elemento de cálculo impenitente a su conducta.

No obstante, este autor reconoce la complejidad que implica el tratamiento de los casos de *willful blindness* toda vez que para poder comprobar si la actuación del autor es como la de un zorro o la de un avestruz deberíamos colocarnos en lugar del sujeto y pensar en lo que hubiera hecho de haber preferido dejar los ojos abiertos en lugar de cerrarlos, es decir, de haber conocido aquello que no quiso conocer. En el caso del zorro no habría diferencia y que su comportamiento sería más culpable que el conocimiento, pero en el caso del avestruz habría que comprobar si en caso de que hubiera conocido se habría retractado de su actuar o habría continuado con la misma.

⁵⁵¹ LUBAN, DAVID. “*Contrived Ignorance.*” *Georgetown Law Review.* Vol. 87. USA. 1999. pp. 957-980

⁵⁵² *Ibíd.* p. 968

De esta forma, LUBAN realiza una división tripartita de la *willful blindness* a raíz de tres prototipos de casos distintos, a los cuales le corresponde un nivel diferente de culpabilidad. Así, en lugar más grave se tendrá al zorro y, por otro lado, se tendrá al avestruz, el cual a su vez se dividirá en avestruz injusto (*unrighteous ostrich*) y avestruz medio justo (*half-righteous ostrich*). En este sentido, el zorro se corresponderá con el autor que actúa a propósito (*purposely actor*), el avestruz injusto se asemejaría a la culpabilidad del autor que actúa a sabiendas (*knowingly actor*), y el avestruz medio justo sería tan culpable como el autor desconsiderado (*reckless actor*).

A partir de esto, si se analiza la situación del zorro y del avestruz, en el primer caso no sería difícil determinar que quienes actúan como tal deben ser considerados como autores que actúan intencionalmente. Empero, en el segundo supuesto, la culpabilidad sería más propia de la *recklessness*, ya que si el autor hubiera querido actuar, de entrada, correctamente, no se le habría ingeniado para ocultarse o evitar adquirir el conocimiento. Finalmente, en caso de que existieran motivos serios para pensar que el autor actuaría del mismo modo en caso de haber adquirido el conocimiento, entonces esta actuación puede ser equiparada con las de aquellos sujetos que actúan con pleno conocimiento de las circunstancias. Esta división tendrá una repercusión directa en el desarrollo de la tesis de la igualdad culpable, la cual veremos más adelante.

Dicho esto, LUBAN, plantea que la dificultad de decidir qué tan culpable es la *willful blindness* radica en la confusión que existe entre los tres prototipos de casos. Así, a raíz de un enfoque propuesto por SMITH⁵⁵³, aunque apartándose de ella en sus conclusiones, construye una estructura de la *willful blindness* basándose en las motivaciones del sujeto y estableciendo tres niveles diferentes de motivaciones, a la cual le correspondería un nivel de culpabilidad diferente. Uno menos culpable que el conocimiento, uno igual de culpable que el conocimiento y uno más culpable que el conocimiento. En definitiva, para LUBAN la motivación del sujeto es lo que marca la diferencia. Para ello, diferencia dos conjuntos de acciones en la estructura de la *willful blindness*, a saber:

⁵⁵³ SMITH, HOLLY. “*Culpable Ignorance*.” *The Philosophical Review*. Vol. XCII. No. 4. USA. 1983. pp. 543-571, quien entiende que la ley debe centrarse más en el análisis de qué tan deliberado fue el individuo al establecer los mecanismos de protección u ocultación para evitar los conocimientos necesarios, indicando que los tribunales deben enfocarse más en el estado de ánimo del autor al momento de protegerse de la adquisición del conocimiento en lugar del estado de ánimo al momento de realizar la acción. Vid. ROIPHE, REBECCA. “*The Ethics of Willful Ignorance*”. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. Vol. 24. Issue 1. USA. 2011. pp. 187-224, quien realiza un breve resumen de estos aspectos.

- (i) La denominada acción de ocultación (*screening actions*), que consiste en aquellas acciones u omisiones en las que el autor se escuda o se protege a sí mismo para evitar adquirir los conocimientos no deseados.

- (ii) La acción antijurídica inconsciente (*unwitting misdeeds*⁵⁵⁴), que consiste en aquellas acciones ilícitas con relación a las que el autor podría haberse considerado inocente, sí y sólo si, hubiera actuado en una situación de ignorancia legítima.

LUBAN critica el hecho de que solamente se le preste atención al primer conjunto de acciones, es decir, a la equiparación de la ceguera voluntaria con el conocimiento solamente cuando alguien ha procurado beneficiarse de su causa de exoneración provocada y considera que lo que MPC castiga es la conducta realizada en el segundo conjunto de acciones, es decir, no la situación de ceguera intencionada sino la acción llevada a cabo una vez se ha provocado dicha ceguera. Como consecuencia de esto, el autor propone refundir ambos conjuntos de acciones y tratarlos como una única acción, es decir, en palabras de LUBAN “*we must reunite them like a single complex...by regarding it as an unitary action*”, que iniciaría con la acción de ocultación, en donde se analizaría cuál era la situación psíquica del autor al momento de optar por su estado de ignorancia⁵⁵⁵.

En esencia, la propuesta de LUBAN, luego de definir las acciones del sujeto a partir de sus motivaciones, consiste en ampliar el marco de tiempo (*time-framing*) en el que se consideran las acciones antijurídicas inconscientes (*unwitting misdeeds*) –que vendrían a ser el *actus reus* de la infracción- y considerarlo como una acción unitaria unida que iniciará cuando el autor realice las acciones de ocultación (*screening actions*), que vendrían a ser el *mens rea* de la infracción, pues es en este momento donde el sujeto es consciente de estar en presencia de una circunstancia concurrente.

⁵⁵⁴ LUBAN toma prestado de SMITH ambos términos y los sustituye por conceptos que él entiende más claros. SMITH utiliza el término *benighting acts* (actos benignos) para hacer referencia a las *screening actions* y el término *unwitting wrongful acts* (actos ilícitos inconscientes) para hacer referencia a la *unwitting misdeeds*. Por nuestra parte preferimos utilizar la variación idiomática de acciones antijurídicas inconscientes para dar un mejor sentido a la traducción.

⁵⁵⁵ LUBAN, DAVID. Op. Cit. p. 973

Este planteamiento de LUBAN es cónsono con lo que vimos en nuestro primer capítulo⁵⁵⁶, al tratar el elemento de la concurrencia entre el *mens rea* y el *actus reus*, es decir, acerca de la conexión que debe existir entre la realización del delito y el estado mental. Al plantearlo de esta forma, LUBAN sugiere una ampliación del *time-framing* para poder utilizar el *mens rea* existente al momento previo a la ceguera, es decir, al momento exacto en que el autor decide cegar las fuentes del conocimiento y luego proceder con la realización de la acción⁵⁵⁷.

Esto se comprueba a través de lo que considera LUBAN como pregunta relevante en este escenario, es decir, con la pregunta acerca de cuál era el estado mental del autor al momento de optar por la ignorancia frente a la realización los actos antijurídicos inconscientes. En ese sentido, el profesor de la universidad de Georgetown sostiene que el estado mental anterior a la realización de la conducta antijurídica inconsciente puede en efecto serle imputado al autor.

Ahora bien, el fundamento de esta propuesta de LUBAN surge a partir del caso prototípico del avestruz injusto, es decir, de aquel sujeto que hubiera llevado a cabo la acción en caso de que hubiera tomado conocimiento cierto de la circunstancia. El problema que presenta este argumento es que parte de la base de una asunción que en la práctica es difícilmente comprobable, ya que establecer que un autor hubiera tenido un estado mental específico en una determinada circunstancia, no puede equipararse a establecer que efectivamente el autor actuó con dicho estado mental. Acoger esta tesis sería reconocer de igual forma que podemos imputar un estado mental a un imputado que efectivamente no tuvo. En definitiva, la búsqueda por una solución al problema de la equiparación de la *willful blindness* con el conocimiento, resultaría ser en este caso, una tautología.

3. Limitaciones doctrinales mediante la reconstrucción conceptual

En otro escenario se encuentran autores que han intentado rehabilitar la doctrina de la *willful blindness*, mediante su reconstrucción conceptual. Un acercamiento interesante lo realiza MICHAELS mediante el desarrollo de un concepto que viene a denominarse como ‘aceptación’.

⁵⁵⁶ Vid. Supra Cap. I. Secc. II. 2.3.

⁵⁵⁷ Este planteamiento parecería guardar una cierta relación con la doctrina de la *Actio Libera In Causa*, sólo que en este caso se realizaría en una circunstancia diferente y no sobre la base de la acción, sino sobre la base de la concurrencia (*concurrence*) entre *mens rea* y *actus reus* como requisito, a veces menospreciado, del derecho penal del *common law*.

3.1 La propuesta de MICHAELS

MICHAELS⁵⁵⁸ propone la inclusión, a la lista de estados mentales que consagra el MPC, de un estado mental denominado “aceptación”. El autor “aceptante” es aquel que, consciente de un riesgo sustancial acerca de la presencia de una circunstancia particular o de la producción de un determinado resultado, está tan determinado a actuar que lo haría incluso si tuviera conocimiento pleno sobre la presencia de la circunstancia o de la producción del resultado⁵⁵⁹.

Este estado mental define un particular nivel de indiferencia frente al resultado o a la circunstancia concurrente, por lo que el autor que actúa con aceptación presenta este particular nivel de indiferencia, es decir, reconoce la posibilidad de realización del resultado o la presencia de la circunstancia pero no le importa. Además, este nivel de indiferencia que define la aceptación compara la actitud del autor frente a su conducta y frente al resultado o la circunstancia prohibida por la ley. Si el autor está dispuesto a soportar el resultado o la circunstancia que constituye un complemento de su conducta, entonces el autor “acepta” dicho resultado o la circunstancia. En su defecto, si el resultado o la circunstancia es demasiada como para ser soportada por el autor, entonces el autor no “acepta”⁵⁶⁰.

Así las cosas, el elemento crítico de la aceptación es, por un lado, la relación que existe entre la actitud del autor hacia el resultado o la circunstancia prohibida por la ley y, por el otro, la conducta del autor. En este sentido, la indiferencia o actitud del autor frente al daño sólo constituirá aceptación si la causación del daño previamente prevista por el autor no le impide que este se abstenga de realizar la conducta.

Para MICHAELS, cuando un estatuto penal establece una línea de responsabilidad entre la *recklessness* y el *knowledge*, el estatuto generalmente castigará los casos de aceptación y excluirá los casos en los que falta la aceptación⁵⁶¹. De esta manera, los casos de aceptación se equiparán a los casos de conocimiento. Así, todo el que actúa con conocimiento actuará con aceptación, pero no todo el que actúa con aceptación actuará con conocimiento.

⁵⁵⁸ MICHAELS, ALAN. “Acceptance: The Missing Mental State.” Southern California Law Review. Vol. 71. USA. 1998. pp. 953-1035

⁵⁵⁹ *Ibíd.* p. 957

⁵⁶⁰ *Ibíd.* p. 962

⁵⁶¹ *Ibíd.* p. 957

Si bien el planteamiento de MICHAELS intenta dar respuesta a aquellos casos en los que el derecho penal establece una línea de responsabilidad que se desdibuja entre los casos de *knowledge* y *recklessness*, se reconoce que una de estas situaciones se presenta cuando el delito exige que el imputado tenga conocimiento de una circunstancia concurrente. Esta situación se presentará, a menudo, en el derecho federal y, a pesar de que el código penal federal no adoptó las disposiciones del MPC, en muchos de los delitos que se consagran tanto en el código penal federal como en leyes federales especiales, la responsabilidad se fundamentará en el conocimiento que haya tenido un autor frente a la circunstancia concurrente o resultado particular, es decir, si el imputado conocía el hecho material, entonces será culpable, si el imputado simplemente fue desconsiderado frente al hecho material, entonces será inocente.

En este aspecto, la doctrina que utiliza el derecho federal para dar un tratamiento a los casos que se desdibujan entre el *knowledge* y la *recklessness* resulta insatisfactoria. De esta forma, MICHAELS entiende que la aceptación es un mejor concepto para hacer frente a los casos que son tratados con la *willful blindness*. Según entiende el autor, la idea es incluir dentro del conocimiento (*knowledge*) ciertas situaciones en las que el imputado no está realmente al tanto de los hechos o circunstancias relevantes, para pasar ciertos casos desde la línea de responsabilidad que establece la *recklessness* hacia la línea de la responsabilidad establecida por el *knowledge*.

Así las cosas la propuesta de MICHAELS consiste, en definitiva, en argumentar que se debería sustituir el estado mental del conocimiento a través del enfoque de la *willful blindness*, por el estado mental de aceptación, ya que este último capta mejor nuestras intuiciones morales sobre qué es lo que hace que la acción sea moralmente culpable. El autor expresa que “si el conocimiento de una circunstancia concurrente es particularmente culpable porque muestra la disposición del actor para participar en la conducta relevante, a pesar de la certeza general de que existe tal circunstancia concurrente, la misma culpabilidad particular existiría cuando, y solo cuando, la voluntad de participar en la conducta relevante, a pesar de la presencia de la circunstancia correspondiente, también esté presente. Esa es la definición misma de aceptación”⁵⁶².

⁵⁶² *Ibíd.* p. 966

3.2 La propuesta de HELLMAN

Para HELLMAN, el concepto de *willful blindness* puede utilizarse de dos maneras distintas. En un primer sentido, el término puede hacer referencia al estado mental (cualquiera que sea) que existe en los casos en que se está seguro de que el autor es culpable. A este sentido la autora denomina ceguera culpable (*culpable blindness*). En un segundo sentido, más laxo o menos intuitivo, la *willful blindness* puede hacer referencia a un aspecto de ignorancia más general, en el cual entonces habría que preguntarse si ser voluntariamente ignorante es reprochable. A este sentido la autora lo denomina ignorancia artificial (*contrived ignorance*). A raíz del establecimiento de estas dos formas de entender la *willful blindness* HELLMAN se pregunta cuándo la ignorancia artificial se puede constituir en ceguera culpable⁵⁶³.

La respuesta a la interrogante de HELLMAN parte por responder al problema de fondo de la doctrina, es decir, al aspecto de que si el estatuto requiere del conocimiento como estado mental para la atribución de responsabilidad, la única forma de que sea posible condenar a un imputado a pesar de no contar con el conocimiento concreto es si la ignorancia artificial es una forma de conocimiento. Sin embargo, como bien reconoce la autora, la ignorancia artificial no es conocimiento, por lo que entonces cuando se permite a un tribunal instruir al jurado acerca de que la ignorancia artificial puede sustituir al conocimiento es porque el autor que actúa en esta circunstancia es igualmente culpable al autor que actúa con conocimiento⁵⁶⁴.

Así las cosas, HELLMAN parte del análisis de las posturas de HUSAK & CALLENDER, MICHAELS y de aquella tesis que considera que la *willful blindness* es una forma de *recklessness*⁵⁶⁵. En contraste, la autora termina separándose de la propuesta de estos autores sugiriendo en consecuencia que en vez de atender a los motivos por los que el autor eligió permanecer en la ignorancia, debería atenderse a preguntar si existieron buenos motivos para elegir la ignorancia.

⁵⁶³ HELLMAN, DEBORAH. “*Willfully Blind for a Good Reason.*” *Criminal Law & Philosophy*. Vol. 3. USA. 2009. pp. 301-302

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ Como por ejemplo lo establecen ALEXANDER, LARRY/FERZAN, KIMBERLY. “*Crime and Culpability*”. Op. Cit. p. 34, cuando indican que el prototipo del autor voluntariamente ignorante es desconsiderado (*reckless*) [“*The prototypical willfully ignorant actor is, of course, reckless.*”]

Para fundamentar sus argumentos HELLMAN utiliza dos ejemplos hipotéticos: el abogado penalista que se abstiene de investigar la historia de su cliente⁵⁶⁶ y un médico que trata con drogas a un paciente que dice estar sufriendo, aunque no padece de cáncer terminal⁵⁶⁷.

En el primer supuesto, si el abogado sabe que el testimonio de su cliente es falso, presenta un dilema ético frente a las reglas que prohíben la utilización de evidencias falsas por un lado, y frente a la confidencialidad del cliente, por el otro. Por estos motivos muchos abogados prefieren permanecer en la ignorancia con la finalidad de poder llevar a cabo la representación legal sin la presión de tener que enfrentarse a estos dilemas éticos. En efecto, si un determinado abogado tiene sospechas de que su cliente no está siendo sincero, el abogado tiene buenas razones para no investigar, incluso si obtener la información correcta no le representara ningún esfuerzo⁵⁶⁸.

Por otro lado, se encuentra el doctor que pudiendo sospechar de que un determinado paciente esté desviando la droga decide no investigar en el entendido de que debería existir una relación de confianza entre el médico y el paciente en los casos de tratamiento de dolor crónico debería mostrar confianza o que, simplemente, el deber de investigación no le corresponde al doctor, o ya cualesquiera otro motivos⁵⁶⁹.

En ese sentido, la autora propone que la ignorancia artificial constituye ceguera culpable cuando la decisión de permanecer en ignorancia no está justificada. Así las cosas, el abogado defensor no es culpablemente ciego (*culpable blind*) porque sus obligaciones profesionales de confidencialidad y lealtad hacia su cliente justifican su decisión de optar por la ceguera sobre si la historia de su cliente es verdadera. Asimismo, el médico que trata a un paciente con dolor

⁵⁶⁶ Las reglas de ética del profesional del derecho en EE.UU., prohíben al abogado ofrecer evidencias falsas a sabiendas y poner a declarar al imputado a sabiendas de que el testimonio es falso. *ABA Model Rules of Professional Conduct* 3.3 (a) (3) “*A lawyer shall not knowingly offer evidence that the lawyer knows to be false.*” Vid. *Ibidem*. p. 305

⁵⁶⁷ El auge en el crecimiento de pacientes con dolores crónicos no cancerosos ha llegado a muchos médicos en los EE.UU., a tratar a dichos pacientes con narcóticos basados en opiáceos que son seguros y efectivos, incluso en altas dosis. Dichos pacientes a menudo no tienen otro síntoma significativo que no sea el dolor y por lo tanto carecen de la capacidad de demostrarles a los médicos tanto el dolor significativo como la gravedad de los síntomas. El abuso y la reventa de estos medicamentos (“desvío de drogas”) también es un problema creciente en los EE.UU. Como resultado, los fiscales persiguen cada vez más a los médicos con ocasión a las prácticas de prescripción como parte de la “guerra contra las drogas”, toda vez que la ley federal prohíbe a cualquier persona distribuir a sabiendas una sustancia controlada de forma no autorizada. Sin embargo, los médicos están autorizados a prescribir estas drogas siempre que sea para propósitos médicos legítimos. Vid. *Ibidem*. 309

⁵⁶⁸ *Ibid.* p. 305

⁵⁶⁹ *Ibid.* p. 309

crónico no es culpablemente ciego porque su obligación de confiar en su paciente justifica su decisión de no cuestionar o investigar a su paciente⁵⁷⁰.

Si bien no compartimos los ejemplos que propone HELLMAN para fundamentar su posición, si reconocemos que existen situaciones en las que un sujeto tendrá una justificación para permanecer en un estado de ignorancia no podrá ser reconocido como ignorante voluntario.

De hecho, un planteamiento certero de la regla es que debe existir capacidad para confirmar las sospechas. Así lo reconoció el Noveno Circuito en el proceso de Heredia cuando estatuyó, al rechazar el argumento de ésta del porqué de su evitación de investigar, que una decisión de no investigar influenciada por coacción, circunstancias exigentes o falta de una elección significativa es, forzosamente, no deliberada⁵⁷¹. Además, también la doctrina ha reconocido la capacidad de investigación como un elemento clave para poder atribuir al sujeto un comportamiento de ignorante artificial. Así, la condición de disponibilidad propuesta por HUSAK & CALLENDER se erige en este sentido.

De esta forma, es correcto en su esencia el planteamiento de HELLMAN de que en estas ocasiones el autor deliberadamente ignorante no podrá ser equiparado al autor que actúa con conocimiento, pues su conducta no alcanzará un nivel de culpabilidad que permita realizar la equiparación con el autor que actúa con conocimiento cierto. Sin embargo, habrá ocasiones en que la conducta no esté justificada y como quiera el autor no tendrá el nivel de culpabilidad requerido para ser equiparado con el conocimiento. Piénsese en un típico ejemplo de desconsideración (*recklessness*). El autor que consciente de la probabilidad de que su conducta representa un riesgo de que producirá el resultado, si evita dar pasos para investigar la presencia de dicho riesgo y lleva a cabo su conducta produciéndose el resultado, podría ser catalogado como ignorante voluntario, a pesar de que la injustificación de su conducta no alcanza el nivel requerido para ser equiparado con el conocimiento. En definitiva, la propuesta de HELLMAN no permite identificar claramente los casos más culpables de *willful blindness*, es decir, aquellos en los que la actitud del autor se puede equiparar al conocimiento por conllevar el mismo o similar grado de culpabilidad en el autor.

⁵⁷⁰ *Ibíd.* p. 312.

⁵⁷¹ *United States v. Heredia*, 483 F.3d at 920, 9th Cir. (2007)

3.3 La propuesta de SARCH⁵⁷²

Mediante el reconocimiento expreso de que el núcleo de la problemática de la *willful blindness* se encuentra en la TEC, SARCH intenta limitar la tesis mediante el planteamiento de una propuesta diferente, consistente en el deber de investigación razonable. Previo a defender su posición, el autor se toma la libertad de explicar por qué las demás TEC fracasan.

Partiendo de una división diferente a la que aquí se sostiene, SARCH realiza una agrupación tripartita de restricciones de la TEC, en la que agrupa las distintas limitaciones que han realizado los académicos en su búsqueda de equiparar los casos de *willful blindness* con aquellos en los que el sujeto actúa con conocimiento concreto⁵⁷³.

El punto de partida de SARCH para su propuesta consiste en analizar la TEC a partir de los elementos reconocidos por la SCJ en el caso de *Global-Tech*, que consiste en entender la *willful blindness* mediante el doble requisito de que (i) el autor subjetivamente crea que existe una alta probabilidad de la existencia de un hecho y (ii) que el autor realice acciones deliberadas (esfuerzos activos) para evitar el aprendizaje del hecho.

El autor plantea que debido al amplio acuerdo existente entre estos dos requisitos, su punto de partida será reconocer la *willful blindness* mediante la siguiente modalidad básica:

- “Ignorancia voluntaria básica: Para ser voluntariamente ignorante de una proposición inculpatória p (de la cual se supone que es verdadera), uno debe:*
- (i) tener suficiente y serias sospechas de que p es verdadera (por ejemplo, creer que existe una alta probabilidad de que p es verdadera), y*

⁵⁷² Si existe un autor que ha tocado a fondo la doctrina de la *willful blindness* es ALEXANDER SARCH. Prueba de ellos son los diversos trabajos que sobre el tema ha publicado. En este sentido, un entendimiento profundo de la figura requiere reparar en los trabajos publicados por Sarch desde el año 2015 a la fecha. Así, sobre Sarch, vid. SARCH, ALEXANDER. “*Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law.*” Op. Cit. pp. 1023-1101; -“*Beyond Willful Ignorance.*” University of Colorado Law Review. Vol. 88. No. 1. USA. 2016. pp. 97-178; -“*Equal Culpability and the Scope of the Willful Ignorance Doctrine.*” Cambridge University Press. Legal Theory. Vol. 22. UK. 2016. pp. 276-311; -“*Ignorance Lost: A Reply to Yaffe on the Culpability of Willful Ignorance.*” Criminal Law & Philosophy. Vol.12, Issue 1. UK. 2117. pp. 107-124; -“*Willful Ignorance in Law and Morality.*” Philosophy Compass. Vol. 13. No. 5. UK. 2018. pp. 1-11.

⁵⁷³ Si bien en un primer momento la división realizada consistía en establecer únicamente dos restricciones concretas, Vid. SARCH, ALEXANDER. “*Willful Ignorance, Culpability...*” Op. Cit. p. 1053 y ss.

- (ii) *deliberadamente (en oposición a la negligencia o desconsideración [recklessness]), fallar en tomar pasos razonables disponibles para aprender con mayor certeza si p es realmente verdadera*”⁵⁷⁴.

Inmediatamente se puede observar una variación en el planteamiento inicial de SARCH al momento de entender su modalidad básica de la *willful blindness*, ya que a pesar de reconocer lo dispuesto por la SCJ en cuanto al segundo elemento de la figura, utiliza aquel lenguaje propio de las Cortes de Apelación en el sentido de entender la *evitación deliberada de tomar pasos razonables*, en vez de la cláusula *tomar esfuerzos deliberados*, de conformidad a lo establecido por la SCJ.

Independientemente de esto que, como veremos, tendrá consecuencias con ocasión a la posición que aquí acogemos, SARCH inicia con el estudio de las restricciones de la TEC. A la modalidad básica de *willful blindness* la denomina TREC (Tesis sin Restricción de Equiparación Culpable⁵⁷⁵). Para él, el planteamiento básico es demasiado amplio y sobre-inclusivo pues permite la entrada de conductas que no necesariamente puedan ser equiparadas al conocimiento culpable, pues el individuo en muchas situaciones parecerá menos culpable que aquel que actúa con conocimiento concreto.

Para fundamentar su posición, SARCH parte de la premisa de que en *criminal law* se incorpora la idea de que cuanto más confianza se tiene en la verdad de la proposición inculpatória, todo lo demás es igual, más culpable es cuando se hace el *actus reus*⁵⁷⁶. De esta forma, se establece que el autor voluntariamente ignorante siempre tendrá un grado menos de culpabilidad que el autor que actúa con conocimiento concreto, pues este último tendrá más confianza en la verdad de la proposición. Pero, por otro lado, si la situación fuera siempre la misma en ambos casos, una instrucción de *willful blindness* nunca sería necesaria. Así las cosas, la búsqueda de un elemento que permita en todos y cada uno de los casos de *willful blindness* encontrar que el autor actuó con el mismo nivel de culpabilidad que aquel que realizó el *actus reus* con conocimiento concreto, tiene como consecuencia la restricción de la modalidad básica de la *willful blindness*.

⁵⁷⁴ Ibid. “*Equal Culpability...*” Op. Cit. p. 281. Traducción libre con modificaciones idiomáticas. (“**Basic Willful Ignorance:** *To be willfully ignorant of an inculpatory proposition p (which let us suppose happens to be true), one must (1) have sufficiently serious suspicions that p is true (i.e., believe that there is a sufficiently high probability that p is true), and (2) deliberately (as opposed to negligently or recklessly) fail to take reasonable available steps to learn with greater certainty whether p actually is true*”).

⁵⁷⁵ UECT, por sus siglas en inglés “*Unrestricted Equal Culpability Thesis*”.

⁵⁷⁶ Vid. SARCH, ALEXANDER. “*Equal Culpability...*” Op. Cit. p. 282

En consecuencia, la primera restricción que somete a análisis es la propuesta de HUSAK & CALLENDER, la cual entiende sub-inclusiva y muy restrictiva en el entendido de que atender a los motivos del autor dejaría fuera casos de *willful blindness* en los que el sujeto puede actuar con el mismo grado de culpabilidad que el autor con conocimiento concreto. En ese sentido, uno puede tener diversos motivos para permanecer en un estado de ignorancia o para decidir no investigar y éste no puede limitarse únicamente a la evitación de la responsabilidad penal. Dentro de este grupo, SARCH incluye los Circuitos de Apelación que exigen el motivo como el tercer elemento característico de la *willful blindness*. A esta restricción la denomina RTEC1 (o RECT1 por sus siglas en inglés)⁵⁷⁷. En esencia, la RTEC1 establece que en la suposición de que A1 y A2 realizan el mismo *actus reus* con la diferencia de que A1 lo hace con conocimiento concreto y A2 con un estado de ignorancia voluntaria en el cual el motivo para dicho estado fue evadir la responsabilidad penal en caso de persecución. En este aspecto A1 y A2 son igualmente culpables.

En un segundo lugar, el autor agrupa las propuestas de LUBAN y MICHAELS dentro de lo que denomina RTEC2 (o RECT2, por sus siglas en inglés), bajo el entendido de que ambos autores plantean una postura contrafáctica de la *willful blindness*. En este sentido, la RTEC2 estatuiría acerca de la suposición de que A1 y A2 realicen el mismo *actus reus* con la diferencia de que A1 lo hace con conocimiento concreto y A2 con un estado de ignorancia voluntaria respecto de *p*, y A2 es tal que si se le proporcionara un conocimiento concreto de *p*, todavía llevaría a cabo su conducta y realizaría el *actus reus*. Bajo esta suposición, A2 es (al menos) tan culpable por su acción como A1 es por la suya”⁵⁷⁸.

En esta restricción, SARCH agrupa a LUBAN y a MICHAELS, en el entendido de que en ambas posturas se plantea que el autor voluntariamente ignorante actuaría de la misma forma si tuviera

⁵⁷⁷ “Restricted Equal Culpability Thesis 1 (RECT1): Suppose A1 and A2 each perform the *actus reus* of a crime requiring knowledge of an inculpatory proposition, *p*. A1 and A2, and their respective actions, are identical in every respect except for one: while A1’s action is performed with knowledge of *p*, A2’s action is performed in a state of willful ignorance the motive for which was to avoid liability in the event of prosecution. On these suppositions, A2 is (at least) as culpable for her action as A1 is for his.”

⁵⁷⁸ Ibíd. p. 291. Traducción libre con modificaciones idiomáticas. “Restricted Equal Culpability Thesis 2 (RECT2): Suppose A1 and A2 each perform the *actus reus* of a crime requiring knowledge of an inculpatory proposition, *p*. A1 and A2, and their respective actions, are identical in every respect except that A1’s action is performed with actual knowledge of *p*, while A2’s action is performed in a state of willful ignorance, and A2 is such that if she were given actual knowledge of *p*, she would still perform the *actus reus*. On these suppositions, A2 is (at least) as culpable for her action as A1 is for his.”

el conocimiento concreto⁵⁷⁹, es decir, el autor reconoce que en el concepto de aceptación creado por MICHAELS y el ejemplo del avestruz injusto (*unrighteous ostrich*) de LUBAN, el autor realizaría la misma conducta si contara con el conocimiento concreto. Esto lleva a SARCH a apoyarse en la crítica que realiza SIMMONS sobre el concepto de MICHAELS y lo utiliza para ambos supuestos. Así, se rechaza esta restricción por presentar un choque frente a los principios legales del derecho penal. Si se parte del entendimiento general de que el derecho penal condena conductas y no estados de carácter, no podría defenderse una tesis en la cual la culpabilidad recaiga sobre lo que el autor hubiera hecho de haber tenido determinado estado mental⁵⁸⁰.

Así las cosas, la RTEC2 se ve afectada porque nos permite tomar a los imputados voluntariamente ignorantes que carecen de conocimiento cierto como si fueran tan culpables como aquellos autores que actúan con conocimiento concreto sobre la base de cómo los primeros se habrían comportado en circunstancias no reales. Por lo tanto, esta restricción pretende atar la culpabilidad del imputado voluntariamente ignorante no al estado mental con el que realmente actuó, sino a un estado mental con el que simplemente estaba dispuesto a actuar⁵⁸¹.

Para finalizar su división de restricciones, SARCH aparta el planteamiento de HELLMAN y, estando de acuerdo con ella, en parte, termina rechazando su posición por encontrarla sobre inclusiva y amplia. En esencia, el denominado RTEC3 (o RECT3, por sus siglas en inglés) establece que si suponemos que A1 y A2 realizan el mismo *actus reus* con la única diferencia de que A1 lo hace con conocimiento concreto y A2 con un estado de ignorancia voluntaria respecto de p, y la decisión de A2 de permanecer en este estado de ignorancia es injustificada, entonces A2, en esta suposición es igual de culpable por su acción que A1 por la suya⁵⁸².

⁵⁷⁹ El problema es que para esta agrupación, SARCH parte de un punto del planteamiento de LUBAN y no de la idea general, como se realiza en este trabajo. De nuestra parte, sometemos a LUBAN al grupo de aquellos autores que entienden que el motivo es determinante para la *willful blindness*, en primer lugar por el reconocimiento expreso que dicho autor hace sobre ello y, en segundo lugar, porque sus conceptos parten de este presupuesto motivacional. Contrario a SARCH que se basa en uno de los ejemplos ofrecidos por Luban para entonces colocarlo en el grupo de RECT2.

⁵⁸⁰ Como bien lo apunta SIMMONS, KENNETH W. “Does Punishment for ‘Culpable Indifference’ Simply Punish for ‘Bad Character’? Examining the Requisite Connection Between *Mens Rea* and *Actus Reus*”. Buffalo Criminal Law Review. Vol. 6. USA. 2002. pp. 267-275

⁵⁸¹ Vid. SARCH, ALEXANDER. “Equal Culpability...” Op. Cit. p. 292

⁵⁸² Ibid. p. 295

Utilizando un argumento similar al ofrecido de nuestra parte para criticar la posición de HELLMAN, SARCH reconoce que, si bien es plausible que cualquier instancia de ignorancia artificial injustificada sea de alguna manera culpable, no hay garantía de que siempre proporcione la suficiente culpabilidad adicional para llevar al autor voluntariamente ignorante al nivel de culpabilidad del autor que actúa con conocimiento concreto. El mero hecho de que la decisión de permanecer en la ignorancia no esté justificada no siempre es suficiente para hacer que su acción sea tan culpable como la mala conducta correspondiente⁵⁸³.

Consciente de todo esto, SARCH procede a presentar su propuesta de restricción de la TEC, fundamentada en el deber de investigación razonable.

3.3.1 El deber de investigación razonable (*Duty of Reasonable Investigation*)

La problemática de la *willful blindness* y, en concreto, de la TEC, radica en la búsqueda de los criterios que permitan, en todas y cada una de las situaciones, equiparar el comportamiento de un autor voluntariamente ignorante con aquel que actúa con conocimiento concreto. Para ello, se intenta delimitar los elementos establecidos respecto de la regla para limitar los supuestos a aquellos que representen el mismo nivel de culpabilidad entre una conducta y otra. Para SARCH, los criterios limitativos de la TEC resultan ser insuficientes por ser en algunos casos sobre inclusivos y amplios y, en otros sub-inclusivos y estrictos. Frente a la insatisfacción que presentan las restricciones planteadas SARCH propone una visión diferente que entiende que puede llenar los vacíos y casos límite que plantean las demás tesis. En esencia, el fundamento de la nueva propuesta de SARCH consiste en que la ignorancia voluntaria implica el quebrantamiento de un deber de una razonable investigación por lo que la conducta de un ignorante voluntario es tan culpable como la de su análogo que actúa con conocimiento cuando este deber se incumple en gran medida⁵⁸⁴.

En consecuencia, se propone la RTEC4 (o RECT4, por sus siglas en inglés), que consiste en que si suponemos que A1 y A2 realizan el mismo *actus reus* con la única diferencia de que A1 lo hace con conocimiento concreto y A2 con un estado de ignorancia voluntaria respecto de p,

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ *Ibid.* p. 297. Este mismo planteamiento se encuentra en SARCH, ALEXANDER. “*Willful ignorance...*” *Op. cit.* p. 1078 y ss., el mismo “*Beyond Willful...*” *Op. Cit.* Pp. 126 y ss., el mismo “*Willful Ignorance in Law...*” *Op. Cit.* p. 6 y ss.

que envuelve una violación suficientemente culpable del deber de investigación, por lo que entonces A2, en esta suposición, es igual de culpable por su acción que A1 por la suya⁵⁸⁵.

La defensa de la restricción de la TEC propuesta por SARCH entiende que la violación del existente deber de investigación hace que la conducta del autor sea más culpable que si ésta investigación no hubiera sido posible ser realizada. Además, esta culpabilidad adicional parecerá bastar para la equiparación de la conducta del autor voluntariamente ignorante con aquella análoga de quien actúa con conocimiento cierto. De aquí se desprende que en todos los casos de *willful blindness* existirá un deber de investigación cuyo incumplimiento sentará las bases para la culpabilidad que le será atribuida al autor.

Así se reconoce: (i) la existencia de un deber de investigación; (ii) cuyo incumplimiento hace que la conducta del autor sea más reprochable que si no hubiera sido posible realizar la investigación; (iii) cuya culpabilidad añadida sea a veces suficiente para hacer de la conducta tan culpable como la de quien actúa con conocimiento⁵⁸⁶.

El primer elemento reconocido por SARCH, relativo a la existencia de un deber de investigación, nos lleva a buscar una respuesta sobre el origen de este deber, su naturaleza y causas.

El deber o la obligación de conocer, de informarse o conseguir información por parte de los ciudadanos ha sido un tema de intenso debate, debido a que muchos autores consideran que al atribuirle esta carga al ciudadano se desconocen las limitaciones cognitivas del ser humano y sus capacidades para procesar determinado tipo de información⁵⁸⁷. Estas limitaciones surgen de la propia incapacidad del individuo de responder o hacerle frente a todo llamado de acción.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem*. “*Defending RECT4 requires three main claims: (1) there is a duty of investigation, (2) breaching it makes one’s conduct more culpable than if no investigation had been feasible, and (3) this added culpability can sometimes suffice to make one’s conduct as culpable as the analogous knowing misconduct*”

⁵⁸⁷ Vid. VANDERHEIDEN, STEVE. “*The Obligation to Know: Information and the Burden of Citizenship*”. *Ethic Theory and Moral Practice*. Vol. 19. Issue 2. 2016. pp. 297-311. Disponible en web: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10677-015-9618-0#citeas> (última consulta: 12 de junio 2018); ARPLAY, NOMY/SCHROEDER, TIM. “*In Praise of Desire*”. Oxford University Press. USA. 2014. p. 237; quien establece que a pesar de que resulta tentador indicar que nuestras erradas creencias son malas porque son el resultado de una ignorancia culpable y que tenemos un epistémico deber de “hacer nuestra tarea” para informarnos sobre los asuntos relevantes, de verificar nuestras creencias morales y cerciorarnos de que sean verdaderas, lo cierto es que este deber existe únicamente en limitadas situaciones, por lo que este deber no puede ser un modelo para la mayoría de nuestras vidas ya que, en general, no podemos saber cuál de nuestras creencias necesita ser revisada. Vid. SARCH, ALEXANDER. “*Equal Culpability...*” *Op. Cit.* p. 298, quien corrobora estos planteamientos y sobre ello defiende una tesis limitada del deber de investigar.

La cantidad de información que recibimos en el desarrollo de nuestras actividades cotidianas no nos permite estar pendientes sobre la totalidad de aquellos llamados a los que deberíamos responder, pero tampoco nos permite que los ignoremos. Entonces, si partimos de la base reconocida de que los ciudadanos son responsables, única y exclusivamente, por los daños ocasionados por las acciones que éstos hayan podido prever⁵⁸⁸, entonces sería identificable la limitación de este deber de procurar información frente a la presencia de este determinado tipo de acciones. De esta forma, el deber de información es un deber limitado.

Sobre esta base, entonces, SARCH limita el deber de investigación razonable frente a las situaciones en las que el sujeto es consciente de que su conducta intencional crearía un riesgo de daño o ilegalidad⁵⁸⁹. En este supuesto surgiría un deber de investigación razonable sobre las circunstancias en las que se encuentra el autor y el incumplimiento de este deber sentaría las bases para la atribución del conocimiento al sujeto en caso de que continúe con la realización de la conducta ante una aparente ignorancia. Ahora bien, este deber –reconoce el autor- es un deber secundario, ya que el primer deber que tiene el sujeto es el de abandonar la situación de riesgo en la que se encuentra, es decir, que para el sujeto surge primero un deber de abandonar la situación de riesgo apercibido por él y luego, entonces, surgiría el deber de investigación si el autor decide continuar con su conducta. También, este deber secundario de investigación surgiría para el autor de manera anticipada a la continuación de la realización de la conducta, pero después del surgimiento del primer deber, es decir, el deber de no realizar la acción.

Así las cosas, una vez el autor tiene la sospecha de que se encuentra frente a una proposición o circunstancia inculpatória, el primer deber que le surge es el de abandonar dicha situación. Entonces, sólo una vez el autor ignora este deber y decide realizar la acción, entonces surgiría el deber secundario de confirmar sus sospechas antes de la realización de la misma.

En conclusión, el deber de investigación propuesto por SARCH, es un deber condicionado que el autor resume de la siguiente manera:

“Deber de Investigación Razonable (en lo adelante, DIR): Si (i) uno tiene la intención o planea la realización del actus reus de un delito, (ii) uno

⁵⁸⁸ Aunque esto deja abierta la cuestión de aquellos supuestos en los que no hemos podido realmente prever pero deberíamos haber previsto, es decir, la cuestión de la negligencia.

⁵⁸⁹ Vid. SMITH, HOLLY. “*Culpable...*” Op. Cit. pp. 543-546, quien plantea un deber similar al propuesto por SARCH frente a situaciones dañosas.

*posee una confianza sustancial (sin conocimiento) de que la proposición inculpatoria asociada a p, es verdadera (pero carece de razón para pensar que el riesgo de la verdad sobre la proposición p está de alguna manera justificado), y (iii) uno cree o razonablemente o debería creer que hay formas disponibles para investigar si p no son excesivamente gravosas, entonces uno tiene una obligación pro tanto y condicionada, de detener la realización de la intención relevante, de (o al menos intentar) adquirir más información, de manera razonablemente y disponible (si las hay), sobre si p es verdadero o falso antes de realizar el actus reus.*⁵⁹⁰

Este deber resulta condicionado, pues únicamente surgirá frente a la consecución del autor en la realización de la conducta, una vez haya ignorado el primer deber de desistir la acción ante la sospecha del riesgo apercibido. En este sentido, si el autor desiste de la conducta una vez apercibido el riesgo, entonces este deber secundario no simplemente no surgirá. Por otro lado este deber es *pro tanto* en el sentido de que, en principio, puede ser superado por otras consideraciones, por ejemplo, si cumplir con el deber de investigación haría imposible cumplir con el deber principal de no realizar el *actus reus* o si la investigación resultaría dañina o costosa para la integridad del sujeto⁵⁹¹. En esencia, se trata de la capacidad y posibilidad de investigar. El sujeto debe poder investigar sin comprometer su integridad o correr peligro. Finalmente, el deber de investigar, por supuesto, abarca no solo la adquisición activa de nueva información (cuando corresponda), sino también el evitar bloquear la información que de otro modo no se hubiera recibido. Después de todo, el deber de investigar implica que uno no debe actuar de manera que evite el conocer⁵⁹².

Finalmente, el autor plantea una culpabilidad agregada sobre aquel que incumple el DIR frente a aquel que no ha tenido la posibilidad de investigar, en el entendido de que llevar a cabo la acción riesgosa incumpliendo el DIR implica la pérdida de dos posibilidades de uno asegurarse de que su conducta no ocasionará un resultado dañoso, mientras que realizar la acción riesgosa

⁵⁹⁰ Traducción libre con variaciones idiomáticas. Vid. SARCH, ALEXANDER. “*Equal Culpability...*” Op. Cit. p. 300. “*Duty of Reasonable Investigation (DRI): If (i) one is intending or planning to perform the actus reus of a crime, (ii) one possesses substantial confidence (short of knowledge) that the associated inculpatory proposition, p, is true (but lacks reason to think the risk of p’s truth is somehow justified), and (iii) one believes or reasonably should believe that there are available ways to investigate whether p that are not unduly burdensome, then one has a pro tanto obligation, conditional on continuing to hold the relevant intention, to (at least try to) acquire more information, in reasonably available ways (if any), about whether p is true or false before performing the actus reus*”.

⁵⁹¹ *Ibíd.* p. 301.

⁵⁹² *Ibíd.*

cuando la investigación no es posible simplemente implica la pérdida de una sola posibilidad, la de desistir de la acción.

3.3.2 Crítica a la propuesta de SARCH

Desde nuestro punto de vista, la propuesta de SARCH sobre la restricción a la TEC se enfrenta a una serie de objeciones que hacen que su posición no sea del todo convincente⁵⁹³. Estas objeciones guardan relación con el contenido del DIR. Ya vimos cómo el propio SARCH indica que el deber de investigar es un deber bastante limitado, que surgirá de manera condicionada y secundaria frente al incumplimiento de un deber primario que consistirá en la no realización de la acción una vez el autor ha tenido sospecha sobre la situación de riesgo.

Lo que no se entiende, entonces, es la necesidad de este deber secundario. Como bien lo planteó YAFFE en su momento⁵⁹⁴, si uno está exigido de evitar la realización de la conducta frente a la presencia de un riesgo advertido, no hay ninguna diferencia en que el autor investigue antes de continuar con la realización de la misma, pues ya habrá incumplido un deber que hará que su conducta sea reprochable.

A esto se le puede agregar que la *willful blindness*, al menos como la entendemos aquí, es una conducta puramente intencional cuyo plus de desvalor se caracteriza, precisamente, porque el autor evitará optar por el conocimiento necesario como una forma de satisfacer su deseo de llevar a cabo la acción. Hacer depender de un DIR la equiparación culpable entre el autor voluntariamente ignorante y aquel que actúa con conocimiento no permite distinguir entre aquel autor voluntariamente ignorante y aquel autor desconsiderado (*reckless*), pues no se explica la diferencia entre aquel que incumple el DIR porque está decidido a llevar a cabo la conducta y aquel que simplemente lo obvia o desatiende por indiferencia, motivos atendibles, descuido o negligencia. De hecho, el planteamiento de SARCH cae en el espiral que ha rodeado la doctrina desde sus inicios y cuya crítica se constituye en fundamental frente a una errónea aplicación de la misma, es decir, la capacidad que tiene la *willful blindness* de hacer pasar por intencionales comportamientos que son meramente desconsiderados y negligentes.

⁵⁹³ Estas son independientes de aquellas que el propio autor reconoce e intenta salvar en sus trabajos. Vid. Ibid. “*Willful Ignorance...*” Op. Cit. p. 1090 y ss; el mismo “*Equal Culpability...*” Op. Cit. p. 308 y ss.

⁵⁹⁴ Vid. Ibid. “*Willful Ignorance...*” Op. Cit. p. 1092 con especial referencia a la nota 192.

Si bien SARCH intenta replicar que en las situaciones en las que el autor es negligente en la investigación e incumple así su deber, el autor no debería ser catalogado como voluntariamente ignorante. Sin embargo, no se puede perder de vista que el *criminal law* únicamente castiga las omisiones cuando la ley le otorga un deber de actuar al autor. En ausencia de este deber de actuar, la línea que divide la omisión de investigar producto de una negligencia y aquella omisión producto de una intencionalidad en el autor es prácticamente indiferenciable en el proceso penal.

Por otro lado, la omisión o incumplimiento del deber de investigar debe ser la causa eficiente (*causation*) del daño y en la *willful blindness* esto no se cumple. En efecto, al autor lo que se le debería reprochar es no haber desistido de su conducta a pesar del riesgo apercebido y no así, fundamentar su culpabilidad en un fallo del deber de investigar. Es decir, no debe desconocerse la existencia de un deber ético o moral (o un deber primario) de evitar acciones que puedan causar daño o peligro de lesión para terceros. Pero una vez incumplido este deber, entendemos que exigirle al autor otro deber no sólo es innecesario sino que, además, carece de fundamento, ya que el incumplimiento del primer deber será necesario para atribuirle al autor una conducta reprochable por el *wrongdoing*.

Ahora bien, debemos reconocer que en algunas ocasiones la omisión del deber de investigar será suficiente para la consagración de la *willful blindness*, pero estos serán casos en los que el autor se encuentra en cierta posición que exija deber. Tal es el caso de *Spurr v. United States*⁵⁹⁵, en el cual se condenó a un oficial bancario de violar un estatuto federal por haber certificado un cheque a sabiendas de que la cuenta no tenía fondos. En este supuesto, *Spurr* tenía un deber de investigar que deliberadamente omitió a pesar del riesgo reconocido. En esta situación un fallo del deber de investigación razonable será suficiente para dar por satisfecha la *willful blindness*. Sin embargo, estos no son la mayoría de los supuestos, es decir, este caso forma parte de aquellos limitados escenarios en los que el autor tiene un DIR.

Si partimos de que lo determinante es que el autor una vez haya tenido suficientes sospechas de estar frente a una conducta riesgosa e incumpla su deber de investigar, debe darse por sentado que existe un deber de investigar, pero ya hemos visto que esto sólo sucede en algunos casos.

⁵⁹⁵ 174 U.S. 728, 19 S. Ct. 812, 43 L. Ed. 1150, 1899

Entonces, ¿qué ocurrirá en aquellos casos en los que el autor, a pesar de tener una sospecha suficiente de estar en presencia de una circunstancia concurrente (o conducta riesgosa), omite investigar para confirmar dichas sospechas, pero no tenga un deber de hacerlo?

3.4 La propuesta de YAFFE

Mediante un razonamiento propio de las ciencias económicas, YAFFE ofrece una nueva versión de la culpabilidad de las conductas criminales, basadas en un modelo matemático de utilidad sobre lo que se puede esperar de las motivaciones criminales⁵⁹⁶. Para YAFFE, la culpabilidad depende de la fuerza de la preferencia del autor para promover sus propios intereses en comparación con los intereses de los demás. Así lo reconoce cuando establece que las acciones del agente manifiestan el peso evaluativo que le da a sus propios intereses en comparación con los intereses de las otras personas. Cuando una tendencia del autor de colocarse en primer lugar -en un mayor grado de lo que es aceptable- se manifieste en su conducta, el autor será penalmente responsable por dicha conducta.

A este comportamiento se le denomina “la preferencia social del autor” y con él se intenta englobar al menos tres hechos distintos sobre un agente. En primer lugar, un agente que se preocupa menos por los demás de lo que debería preocuparse, toma en cuenta el hecho de que su acción causará un daño a otro pero este hecho no le da una razón para abstenerse de su conducta. En esto consiste la falla en reconocer adecuadamente los motivos legales para su acción. En segundo lugar, el agente puede reconocer que este hecho le proporciona una razón para abstenerse de su conducta, pero entonces otorga menos peso a la razón del que debería tomarle. A esto se denomina un error de peso. Finalmente, si el agente le otorga el peso adecuado al hecho de que su acción causará un daño a otro, podría no responder a esto en sus deliberaciones como debería, lo que constituiría una falla en la respuesta⁵⁹⁷. En esencia, la denominada preferencia social del autor lo que hará es tomar en un balance relativo los propios intereses del autor frente a los intereses de los demás.

En este sentido, para YAFFE la culpabilidad no se fundamenta en la preferencia social que el autor subjetivamente posee, sino que lo que importará para la culpabilidad es la preferencia

⁵⁹⁶ YAFFE, GIDEON. “*The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance*”. Criminal Law and Philosophy. UK. 2016.

⁵⁹⁷ *Ibíd.* p. 6

social que el autor manifieste o que pueda inferirse de las acciones que él realice y del estado mental con el cual las realice. Sin embargo, para poder realizar estas inferencias sobre las preferencias sociales del autor, debemos partir de unas presunciones obligatorias que consistirán en la racionalidad del agente, por un lado, y en el principio de favorabilidad (regla de *lenity* o *rule of lenity*), por el otro. Sobre este último, se exige que se interprete el comportamiento del autor en la manifestación de su preferencia social partiendo de un baremo de preferencia social reconocido como aceptable, es decir, de alguien que se preocupa por los demás tanto como se debería. En definitiva, encontraremos penalmente culpable al autor cuando su conducta manifieste una inaceptable preferencia social⁵⁹⁸.

Así, YAFFE desarrolla un modelo formal mediante una fórmula matemática basada en una ecuación de valor que se puede utilizar para hacer inferencias sobre el nivel de respeto del autor hacia los demás en casos particulares, incluidos aquellos casos de *willful blindness*. En esencia, su planteamiento consiste en la búsqueda de una teoría general sobre la importancia de los estados mentales para la responsabilidad penal y es en esta búsqueda en la que ofrece una justificación para los casos de *willful blindness*. Así, el autor se propone a demostrar que, al menos en algunos casos, se puede estar seguros de que quien actúa con *willful blindness* es tan culpable como quien actúa con conocimiento cierto de la situación.

YAFFE justifica la utilización de la *willful blindness* como un elemento pasible de ser aplicado en virtud del principio de sustitución del *mens rea* (en este caso del *mens rea* de conocimiento). En ese sentido, indica que cuando las condiciones para la sustitución están presentes, debe existir el mismo fundamento en la asignación de la responsabilidad penal de la misma forma en que el estatuto criminal lo exige, por lo que si la *willful blindness* servirá como sustituto del conocimiento, quien actúe de esa forma debe hacerlo con la misma intensidad con la que lo haría quien actúa con conocimiento cierto de las circunstancias.

En consecuencia, se entiende que el principio de la *willful blindness* se sostiene sobre la base de la omisión de investigar. Sin embargo, él mismo reconoce que hará falta algo más que la simple imposibilidad de investigar. Si un acusado ignoró los hechos cuando realizó su acción, y su ignorancia fue el resultado de su fracaso en investigar en un momento anterior si el hecho

⁵⁹⁸ *Ibíd.* p. 8

estaría presente en el momento de la acción, entonces se le debe otorgar el mismo tratamiento legal que se le otorgaría a alguien que conoció el hecho al momento de la acción⁵⁹⁹.

Ahora bien, ¿cómo relaciona YAFFE la culpabilidad del autor voluntariamente ignorante con aquel que posee un conocimiento concreto de la circunstancia de hecho? Para dar respuesta a esta interrogante, procedemos a presentar algunas explicaciones sobre la fórmula que utiliza. YAFFE parte de lo que denomina los casos nucleares o centrales, es decir, aquellos en los que actuar con *willful blindness* se constituyen en equiparables a aquellos en los que el autor actúa con conocimiento. Para fundamentar su planteamiento, hay que dividir la acción en dos tiempos. El primer tiempo se denominará t1 y el segundo tiempo t2. La circunstancia de hecho se denomina X y la acción la denomina A. El beneficio que obtendría el autor se representa con la letra B y el daño que podría causar su conducta con la letra H. A la condición que se presenta en el t2 la denomina p. Finalmente, al autor lo llama D.

De esta forma, se asume que en el tiempo 2 (t2), el imputado, D, realiza el acto (A) que le promete, con certeza, un beneficio (B). En un tiempo anterior (t1), D sospecha de la probabilidad de que la condición X se presente en t2 para constituirse en p. Esto resulta importante porque si X se encuentra presente cuando D actúe en t2, entonces A promete causar un daño (H) a otro. En efecto, X se encontró presente en t2 y H se materializó, producto de la acción de D. En t2, es decir, al tiempo en que D actuó, D no sabía que X estaba presente. Sin embargo, en t1, cuando D estuvo consciente de la probabilidad de que X fuera p, pudo haber investigado y alcanzado la conclusión de que la probabilidad de X fuera 1, o de que fuera 0. D pudo haber resuelto la cuestión mediante una indagación, empero, D no indagó ni en t1 ni en ningún tiempo previo a su acción en t2⁶⁰⁰.

En esencia, lo que pretende YAFFE con este confuso planteamiento es indicar que en una fase previa a la acción el autor es consciente de la probabilidad de la existencia del hecho, sin embargo evita confirmar sus sospechas y, al momento de llevar a cabo la acción, no toma en cuenta la presencia de la circunstancia del hecho ignorando. El autor realiza su acción sin la confirmación de sus sospechas y luego se le atribuye el conocimiento por su actuación.

⁵⁹⁹ Ibid. p. 2. “*The willful ignorance principle: If a defendant was ignorant of a fact when he acted, and his ignorance was a result of his failure to inquire at an earlier time about whether the fact would be present at the time of action, the he is to be given the same legal treatment as someone who knew the fact at the time of action.*”

⁶⁰⁰ Ibid. p. 4. Traducción con variaciones idiomáticas. Se preservan las letras utilizadas en inglés por el autor para evitar mayores confusiones en el planteamiento.

Además, la complicación en el planteamiento de YAFFE se agrava al intentar equiparar esta omisión de investigar con el conocimiento del autor amparándose sobre una Ecuación de Valor. Esta Ecuación de Valor tomará como base la utilidad que representa el beneficio que puede obtener el autor al realizar su conducta sin la correspondiente investigación, ya que si realiza la referida investigación -al ponderar la misma- se vería obligado a abandonar la acción por el coste que le representaría. Como se puede observar se trata de un planteamiento utilitario de costes y beneficios propio de las ciencias económicas. En definitiva, se trata de una ignorancia estratégica.

En esta ecuación se analizará el valor de no investigar como aquel que producirá mayores beneficios para el autor que el valor de investigar, pues se fundamentará en términos de la utilidad que representará para el autor la realización de la acción. Es decir, el peso de la probabilidad de los beneficios o el detrimento que representará para el autor y para los demás la realización de la acción por parte de éste. En resumen, el valor de A (acción) equivaldrá al valor neto esperado por el autor por la realización de A [abreviado como EVself (A)] más el valor neto esperado que A tendrá sobre los otros [abreviado como EVothers (A)]. En adición, este último término (EVothers) se ajusta por dos factores: (i) el grado por el cual el autor atiende a los efectos de A sobre los otros (abreviado “a”), y (ii) las preferencias sociales del autor, es decir, el grado con el cual el autor se preocupa por los efectos de su conducta sobre los otros en comparación con los efectos que esta tiene sobre sí mismo (abreviado “s”)⁶⁰¹.

Así, la ecuación se plantea: **Valor (A) = EVself (A)-a * s * EVothers (A)**

En este sentido *a* es el parámetro que mide la atención del autor sobre el impacto potencial que su acción tendrá sobre los demás. Si el autor no presta atención en absoluto a esto entonces *a*=0, ya que su evaluación sobre la acción no se encontrará influenciada por sus juicios concernientes al impacto que su conducta tendrá sobre los demás. Según YAFFE, cuando *a* = 0 no significa que el autor haya fallado en realizar un juicio sobre el efecto que su conducta tendrá sobre los demás, sino que el juicio que realiza no se manifiesta en su comportamiento⁶⁰². Por otro lado, si al autor no le importan para nada los otros, entonces *s*= 0, ya que el autor no otorgará peso al impacto que su acción tendrá sobre los otros en su evaluación sobre la acción, incluso si éste es

⁶⁰¹ *Ibíd.* p. 8. Vid. SARCH, ALEXANDER. “*Ignorance Lost: A Reply to Yaffe on the Culpability of Willful Blindness*”. Criminal Law and Philosophy. UK. 2017. p. 4; quien intenta hacer un resumen de estos aspectos.

⁶⁰² *Ibíd.* p. 8.

consciente de que impacto tendrá su conducta. En contraste, si el autor es equitativo en el peso del resultado que tendrá su acción sobre los intereses ajenos, entonces $s=1$, ya que el autor le dará el mismo valor a sus intereses que a los intereses ajenos. Finalmente, para encontrar el valor a se debe atender a la información sobre estado psicológico del agente al momento de la acción. En ese sentido YAFFE asume que su valor será 1, atendiendo al principio de *lenity* y partiendo de la base de que el agente era consciente del potencial daño que su acción causaría o que simplemente no era menos consciente de los beneficios que obtendría para sí mismo frente al daño que causaría su acción⁶⁰³.

Pues bien, como se asume que el autor realiza la acción, el valor general de A debe considerarse como un valor positivo. En este sentido, a partir de esta ecuación, en conjunto con los hechos de un determinado caso, se pueden hacer inferencias sobre las preferencias sociales del autor resolviendo la variante s , ya que esta será el valor que interese a los fines de atribuir la culpabilidad. En definitiva, el autor es culpable cuando $s < 1$ ⁶⁰⁴.

Para la aplicación de estos valores a la *willful blindness*, debemos suponer que el autor, al momento de t_1 , ve la investigación como una garantía de que no habrá daño a los demás mientras corre el riesgo de no recibir el beneficio de la acción; y considera que la ausencia de investigación asegura la percepción del beneficio, por lo que se arriesga a realizar la acción a pesar de que ésta pueda ocasionar daño a otros. Es decir, se le otorga un mayor valor a no investigar que a investigar, por lo que la fórmula se resume en la siguiente:

$$\text{Valor (no investigar)} > \text{Valor (investigar)}^{605}.$$

En adición, YAFFE plantea la siguiente fórmula:

$$B * 1 - 1 * s * H * p > (B * (1-p) - 1 * s * H * 0)$$

De esta fórmula se desprende que la decisión de no investigar por parte del autor parte de la asunción de éste de que es seguro que obtendrá un beneficio por la realización de su acción, pudiendo o no causar el daño con ocasión de la realización de la misma. A esta decisión se le otorga un mayor valor que a aquella en la cual el autor pueda o no obtener un beneficio producto

⁶⁰³ *Ibíd.* p. 9

⁶⁰⁴ *Ibíd.*

⁶⁰⁵ *Ibíd.* p. 11

de su acción, pero entonces evite el daño. De esta forma, la fórmula se simplifica a $\mathbf{B} - s * \mathbf{H} * p > \mathbf{B} (1-p)$, de donde una solución de s haría que la fórmula se resumiera en $s < \mathbf{B}/\mathbf{H}$, siendo (B) el beneficio obtenido entre el daño (H) a ser ocasionado con la acción. En ese sentido, si B es de menor magnitud que H se obtiene, de la decisión del imputado (D) de no investigar, que este tiene menos preocupación sobre los demás que la que tiene sobre sí mismo.

Pues bien, este mismo razonamiento se obtiene a raíz de la interpretación de que el autor en el tiempo t_2 realizó la acción después de haber omitido la investigación acerca de si X se obtendría en t_2 , siendo consciente (teniendo conocimiento) de la probabilidad de que X conllevaría a p , es decir, de que la circunstancia de hecho estuviera presente. Así, asumiendo entonces que en t_2 $a=1$ y que $EV_{others}(\text{acción}) = H * p$, se otorgaría mayor valor a actuar que a abstenerse de la realización de la acción. En este sentido, el autor siendo consciente en t_2 de que la acción producirá el daño, de igual manera procede con la realización de la acción para obtener los beneficios que su conducta le representará. De esta forma, YAFFE llega a la misma conclusión de que $s < \mathbf{B}/\mathbf{H}$, de donde deduce entonces que tanto en uno como en otro caso, o sea, tanto en el caso de que el autor actúa con *willful blindness* como aquel en el que actúa con conocimiento, s se encontrará por debajo de los beneficios obtenidos frente al daño ocasionado, por lo que en ambos escenarios el autor actúa con el mismo grado de culpabilidad.

3.4.1 Críticas al planteamiento de YAFFE

A la TEC planteada se le pueden oponer varias objeciones. En primer lugar, el planteamiento de YAFFE no se distingue de las tesis propuestas por aquellos autores que buscan la condicionalidad de la aplicación de la *willful blindness* en los motivos del autor para permanecer en la ignorancia. Se puede observar como el planteamiento de las preferencias sociales conllevan un alto componente motivacional, es decir, el beneficio que obtendría el autor por la realización de su conducta, a pesar de que con ella se cause un daño a terceros. A pesar de que YAFFE hace recaer la gravedad de la culpabilidad en la omisión de investigar, vemos como dicha decisión de no investigar se encuentra motivada por un beneficio ulterior por cual el autor asume el riesgo.

Por otro lado, YAFFE entiende que lo más importante para la aplicación de la *willful blindness* en los casos nucleares es la creencia del autor en el tiempo t_1 de que el conocimiento impediría la acción en el tiempo t_2 , independientemente de que su creencia resulte o no ser cierta, siempre

y cuando la misma esté fundamentada en las razones que el autor cree que se encuentran presentes⁶⁰⁶.

De nuestra parte, creemos que este razonamiento no es consistente. De hecho, una de las objeciones más fuerte a las que se enfrentaría la propuesta de YAFFE es precisamente que asume que si el sujeto tomara conocimiento concreto de su accionar o de la circunstancia concurrente, desistiría de la realización de la acción. Este argumento no puede trascender, pues parte de un presupuesto hipotético que no es demostrable en la realidad, máxime cuando estamos en presencia de una ignorancia que es producto de la intencionalidad del autor. Con todo, haciendo utilización del mismo razonamiento, debería entenderse entonces que el autor realizaría la acción independientemente si tomara conocimiento concreto del hecho o no. No podemos perder de vista que la *willful blindness*, al menos como la entendemos, está cargada de un componente intencional y voluntario por parte del autor, es decir, el autor tiene la intención de estar en este estado de ignorancia, de forjar su ignorancia y de permanecer en ella, pero ello no se debe a que si saliera de dicho estado desistiera de la acción, sino a que la misma es un ardid creado por él para llevar a cabo su actividad criminal de manera más satisfactoria a sus intereses, independientemente de cuáles sean estos. Es decir, es posible que sus motivos sean la obtención de los beneficios que le generaría la acción, pero también puede ser contar con una excusa que le impida un juicio de reproche o, simplemente, atender a otros intereses.

Por otra parte, YAFFE reconoce la existencia de un deber ético que puede presentarse, en algunos casos, en un deber de investigar y, en otros, como en un deber de no investigar, sin embargo, entiende que este deber no debería ser relevante para sostener el mismo grado de culpabilidad entre un autor voluntariamente ignorante y un autor que actúa con conocimiento concreto. Un caso puede ser nuclear sin que exista un deber de investigación por parte del autor, es decir, para YAFFE la omisión de investigar puede explicarse en el entendido de que el autor obtendrá un beneficio de su acción riesgosa sin que exista en él un deber de investigación.

En este punto pudiéramos estar de acuerdo con YAFFE en la existencia de un deber ético, moral o primario de evitar la realización de acciones riesgosas para los intereses ajenos, pero este deber únicamente se podría traducir en un deber de investigar cuando la ley expresamente lo establezca, o exista por parte del sujeto una posición especial en la surja el mismo. En este sentido, si bien compartimos la idea de que el deber de investigar no puede servir como base

⁶⁰⁶ *Ibíd.* p. 14

para la equiparación culpable, las conclusiones a las que llega YAFFE no nos resultan convincentes.

Como hemos indicado, poner el énfasis en la omisión de investigar como hecho relevante para la TEC no se puede sostener, ya que defender esta postura sería reconocer que cualquier omisión en la investigación será relevante, independientemente de que ésta haya sido intencional o no. Sin embargo, para YAFFE, en estas situaciones lo relevante seguirá siendo el beneficio anticipado percibido por el autor y la posterior omisión de la investigación frente al daño y riesgo asumido⁶⁰⁷.

Ahora bien, él mismo reconoce que la culpabilidad no se atribuye por la omisión de investigar, sino únicamente por la omisión de investigar en t1 y llevar a cabo la acción en t2, siempre que la preferencia social del autor se manifieste de la misma manera que el autor que actúa con conocimiento. El problema de esta asunción es que puede darse el caso de que el autor haya sido negligente en la investigación en el tiempo t1 y para el momento en que se dé cuenta de su comportamiento (si es que lo hace) en el tiempo t2, ya sea tarde para detener su acción o ya haya realizado la misma en una situación de ignorancia, viéndose así compelido a ser tratado como un autor que actuó con conocimiento cierto de las circunstancias por haber omitido la investigación en t1.

Dividir la acción en dos tiempos es una propuesta interesante, si bien se ha establecido que la *willful blindness* debe aplicarse al momento concurrente de la realización de la acción, es decir, la aplicación de la doctrina tiene efectos sobre una circunstancia ante la cual el autor se encuentra presente y frente a la que prosigue en su accionar eliminando la curiosidad normal de un individuo razonable o ya mediante la creación de mecanismos alternos que tiendan a evitar el conocimiento que se encuentra accesible sin riesgos para él. Al separar espacio-temporalmente las acciones se pudiese dar la circunstancia de haber sido negligente en la primera acción e ignorante en la situación futura, lo que – a nuestro entender- haría inaplicable la doctrina. De hecho, quien propone esta separación espacio-temporal de la conducta es SMITH, al desarrollar la denominada ignorancia culpable, que como veremos más adelante, es un tipo de ignorancia que, a lo sumo, daría lugar a un comportamiento negligente, pero nunca a un comportamiento intencional.

⁶⁰⁷ *Ibíd.* p. 15

Con todo, esta última posición es salvable para YAFFE, pues si lo que éste intenta explicar mediante su división espacio-temporal es el proceso cognitivo del autor entre el surgimiento de la creencia, la decisión consciente de no investigar y la realización de la acción, entonces sí cabría establecer una separación espacio-temporal, aún sólo sea a efectos explicativos, ya que las decisiones mentales pueden ocurrir en fracciones de milésimas de segundos, producto de la complejidad del proceso de generación del pensamiento en el autor.

De hecho, YAFFE no es el único autor que aplica una división espacio-temporal para intentar explicar la doctrina de la *willful blindness*. LUBAN realiza el mismo tiempo de planteamiento sólo que, a diferencia de éste, para YAFFE la carga valorativa a efectos de la equiparación culpable recaerá en el autor por haber realizado la acción en el tiempo t_2 —y habiendo omitido la investigación en un tiempo t_1 , cuando el autor era consciente- fruto de los beneficios que generaría la misma y en contra de los intereses ajenos. En el caso de LUBAN, la relevancia recaerá sobre el estado mental del autor al momento de ser consciente y no sobre la acción realizada, mediante la unificación del *time-framing* entre el proceso de pensamiento y la realización de la acción.

Sin embargo, este planteamiento hace surgir una objeción que parece ser insalvable para YAFFE respecto de su TEC. Entendemos que la posición que éste asume en el desarrollo de su TEC no toma en cuenta aspectos del derecho penal sustantivo que resultan esenciales para poder imputar un determinado hecho al autor. En el ejemplo propuesto por él sobre la división temporal, éste reconoce que el autor no tiene conocimiento al momento de la realización de la acción, es decir, el autor realiza el hecho ilícito con ausencia de un estado mental. En ese sentido, hacer depender la equiparación culpable de esta última acción no encontraría sustento en el principio de concurrencia (*concurrency*) que exige el derecho penal respecto de *wrongdoing* y el *mens rea*. Y son, precisamente, estos motivos los que llevan a LUBAN a ampliar el *time-framing* entre el primer tiempo del autor en el cual éste es consciente de que se encuentra ante una circunstancia concurrente y aquel en el cual actúa, planteando como relevante el estado mental del autor en el primer tiempo a los fines de la equiparación culpable.

Finalmente, a la tesis de la cual parte YAFFE se le pueden oponer las mismas objeciones que se le oponen al pensamiento utilitarista Benthaniano desde el punto de vista criminológico, y es el hecho de que el delincuente no se encuentra calculando los costes y beneficios de su accionar al momento de realizar la acción. Por otro lado, ante una situación como ésta, la conciencia del

individuo será lo bastante elevada como para poder hablar de conocimiento concreto sin necesidad de hacer uso de una doctrina como la *willful blindness*. Es decir, aquel autor que se encuentre en la capacidad de realizar una determinada operación matemática en la que calcule los beneficios que generará la realización de su acción en una situación de ignorancia, frente a aquellos que obtendría mediante la abstención de la misma si decide investigar, es estar en presencia de un autor que ha tenido la conciencia suficiente de la verdad de la proposición inculpatória o circunstancia concurrente como para poder indicar que ha actuado con conocimiento cierto de la misma.

A pesar de todo, desde el punto de vista del análisis de la culpabilidad y de la importancia del *mens rea*, el planteamiento de YAFFE esboza una posición interesante y novedosa que merece la pena ser profundizada.

4. Valoración

Establecer un criterio que permita equiparar la *willful blindness* con el conocimiento no ha resultado en una tarea sencilla para la academia. Pero hemos visto que tampoco ha sido fácil para la jurisprudencia dar con un concepto satisfactorio de *willful blindness* que permita un tratamiento unitario en todas las situaciones en las que un sujeto, de manera consciente, crea su propia ignorancia o permanece en un estado de ignorancia frente a la presencia de una circunstancia concurrente o proposición inculpatória. El problema principal que surge del análisis de las posiciones doctrinarias que se han asumido es, precisamente, dar con ese elemento característico que sirva como baremo para establecer una equiparación en términos de culpabilidad de aquel autor que actúa con *willful blindness* frente a aquel que actúa con conocimiento concreto de la situación, es decir, encontrar un elemento que permita identificar cuándo se puede decir que la actitud del autor voluntariamente ignorante conlleva el mismo grado de culpabilidad de aquel que actúa con conocimiento.

Este fundamento teórico de equiparación culpable ha sido reconocido por todos los tribunales del *common law*, sin embargo, no existe un criterio unitario en éstos que permita distinguir un tratamiento único para todos los casos en los que se alega una *willful blindness*. Algunas jurisdicciones parecen exigir un motivo y, en otras, se observa que el motivo resulta ser irrelevante. En definitiva, a pesar de esta exigencia por algunas jurisdicciones, en los tribunales del *common law* aquel que actúa con *willful blindness* se considera que tiene un

comportamiento igual de reprochable que aquel que actúa con conocimiento, siempre que en el autor se pueda identificar una sospecha sobre la probabilidad de la existencia del hecho, con independencia de los motivos que haya tenido para ello.

Frente a este rechazo del motivo, también defendido por gran parte de la doctrina, se erigen tesis diversas que intentan fundamentar el comportamiento del autor ante aquellas situaciones en las que ha decidido no confirmar sus sospechas y proseguir con la realización de su actividad criminal. Sin embargo, a partir de lo que hemos visto hasta ahora se puede colegir que el concepto de la *willful blindness* contiene un espectro de tratamiento que da lugar a su utilización en un sinnúmero de situaciones diversas, es decir, la cantidad de comportamientos que se pueden realizar con *willful blindness* conllevarán por igual un sinnúmero de motivos de los cuales no todos tendrán un carácter reprochable en términos de culpabilidad legal, sino que algunos quedarán en la esfera de la desconsideración, la negligencia y la responsabilidad moral.

Esto nos lleva a un escenario en el que podremos desarrollar nuestra posición con respecto a la doctrina de la *willful blindness*, su utilización en el sistema del *common law* y cuándo la aplicación de ésta surte efectos en términos de culpabilidad, es decir, en cuáles ocasiones en las que un autor actúa con *willful blindness* se puede decir que su comportamiento conllevó el mismo grado de reprochabilidad que aquel que actúa con conocimiento cierto. En definitiva, nos dedicaremos en lo adelante a proponer nuestra defensa de un concepto de *willful blindness* como aquel que hace alusión a los casos de mayor culpabilidad desplegados por el autor y, en ese sentido, a proponer una defensa de la TEC.

Sección III: ¿Qué es, entonces, la *willful blindness*?

Introducción

La doctrina de la *willful blindness* surge en el pensamiento jurisprudencial para hacer frente a aquellos casos en los que un sujeto, a pesar de tener sospechas sobre la presencia de una proposición inculpatória, decide intencionalmente evitar la confirmación de sus sospechas procediendo con la continuación de su ilícito accionar.

De esta forma, en aquellos casos en los que un determinado estatuto exige el conocimiento (*knowledge*) como un elemento subjetivo del delito (*mens rea*), la *willful blindness* puede servir

como sustituto de dicho estado mental permitiendo al jurado encontrar culpable al imputado a pesar de no haber alcanzado el grado de conocimiento exigido por el estatuto.

El fundamento teórico de este planteamiento es que quien actúa con *willful blindness* presenta el mismo grado de culpabilidad que aquel que actúa con conocimiento cierto de las circunstancias, pues frente a la sospecha de estar realizando una actividad criminal, el hecho de que el autor no haya confirmado las mismas se debe, única y exclusivamente, a un propósito consciente del autor de permanecer en estado de ignorancia o de gestionar su situación de ignorancia.

En esencia, la *willful blindness* se constituye en un concepto técnico (*term of art*) que hasta hace poco no presentaba una aplicación de alcance general en las relaciones sociales, sino que se limitaba al campo jurídico. Sin embargo, se ha descubierto que la *willful blindness* es más común de lo que siempre se ha pensado. De hecho, todos los seres humanos han sido o son voluntariamente ignorantes en alguna que otra circunstancia en el desenvolvimiento de sus vidas.

La *willful blindness* puede encontrarse en los más diversos aspectos y escenarios de la cotidianidad del ser humano. Piénsese, por ejemplo, en aquellos individuos que a pesar de conocer las implicaciones morales que conlleva alimentarse de un animal -por el sufrimiento que éste padece y la forma en que la industria los trata-, decide no confirmar la veracidad de estas informaciones para no tener que enfrentarse al dilema moral de consumir un alimento que causa un sufrimiento de envergadura a otro ser vivo. Piénsese, por otro lado, en el calentamiento global, que a pesar de todos los estudios que establecen que la atmósfera está sufriendo -producto del denominado efecto invernadero-, seguimos utilizando productos que ponen en riesgo el medio ambiente sin desplegar esfuerzos en vías alternas que permitan la protección de nuestro mundo. También, y así ha sido reconocido por HEFFERNAN, la mayoría de los peores crímenes que ha padecido la humanidad no han sido cometidos en la oscuridad, sino a la vista de todos quienes simplemente han optado por no ver y no indagar⁶⁰⁸. Sólo basta mirar casos como el holocausto o el genocidio de Rwanda para confirmar esta premisa.

⁶⁰⁸ Esta es una cuestión interesante que plantea HEFFERNAN frente a la ignorancia intencional padecida por la Iglesia Católica, la SEC, la Alemania Nazi, la estructura de Madoff's, la refinería BP, la Guerra de Irak, Guantánamo hasta las hipotecas Sub-prime que llevaron a la crisis económica de 2008. Vid. HEFFERNAN, MARGARET. "Willful Blindness. Why we ignore the Obvious at Our Peril". Walker Brooks. UK. 2011. p. 48

En ese sentido, nos hacemos responsables frente aquellas situaciones en las que pudimos haber sabido y debimos haber sabido, y sin embargo decidimos no indagar o conocer. Es decir, en este tipo de circunstancias el conocimiento se encuentra accesible, la oportunidad de conocer está presente y hasta cierto punto existe una obligación moral de hacerlo, pero simplemente preferimos eludirla. Preferimos evitar enfrentarnos a este conocimiento latente que nos hará replantearnos nuestra comodidad de pensamiento ya que, en algún sentido, hacerle frente a la situación nos sacaría de nuestra zona de confort.

La amplitud de las circunstancias en las que el individuo se encuentra frente a situaciones de ignorancia que son creadas por él mismo hace que debamos sumergirnos en las causas que llevan a un individuo a ignorar de manera voluntaria o intencional determinada información disponible. Por otro lado, debemos encontrar un criterio que permita delimitar aquellos supuestos de *willful blindness* de los demás supuestos de ignorancia intencional, es decir, aquellos supuestos que generarán responsabilidad penal por conocimiento (*knowledge*) en virtud de la TEC y aquellos otros que sólo tendrían como consecuencia una responsabilidad por desconsideración, por negligencia o, simplemente, una responsabilidad moral en el individuo. Esto, de entrada, permite que se vislumbre nuestra posición al respecto, a saber: que los casos de *willful blindness* sólo deberían hacer referencia a los supuestos de ignorancia intencional que son producto de un ardid del autor y que prácticamente se puede decir que el autor conocía sobre la circunstancia de hecho concurrente, siendo pasible de reproche penal, por el grado de culpabilidad criminal que envuelve su conducta.

Ahora bien, reconocer una tesis de esta naturaleza es admitir que es posible estar en presencia de casos de ignorancia intencional en los que el sujeto no cuente con el grado de culpabilidad necesario para equiparlo al conocimiento. Esto ha sido ya reconocido por todos los autores que han trabajado la materia. Sin embargo, entendemos que la confusión que ha trascendido a nivel general en el tratamiento de la figura guarda mucha relación con la identificación y separación de criterios que permitan distinguir los casos más graves de ignorancia intencional –al cual llamamos *willful blindness*– de otros procesos mentales de ignorancia que no envuelven un grado de culpabilidad relevante en términos penales a los fines de ser equiparado con el conocimiento. Esto nos lleva a rechazar a efectos de responsabilidad penal por conocimiento (*knowledge*) una ignorancia desconsiderada (*reckless ignorance*) y una ignorancia negligente (*negligent ignorance*). En definitiva, debemos identificar cuáles de estas situaciones de

ignorancia intencional se asemejan al conocimiento y cuáles permanecen en grados de culpabilidad menores. De esta manera, se busca conceptualizar aquellas acciones que por la gravedad que conllevan pudieran ser equiparados al conocimiento (*knowledge*), dejando de lado, a efectos de responsabilidad penal con dicho estado mental, todas las otras que no alcancen un grado mayor que una mera negligencia o desconsideración. En definitiva, se tratará de defender conceptualmente el término haciendo referencia únicamente a las primeras y que abarque todos los casos graves de ignorancia intencional, para luego proponer una defensa de la TEC.

1. Deconstruyendo la *willful blindness*

La búsqueda de un criterio que nos permita identificar los casos más graves de ignorancia intencional requiere deconstruir el concepto de *willful blindness* y sumergirnos en el estudio de la ignorancia. Para ello, debemos adentrarnos un poco en la filosofía moral y en las ciencias del comportamiento, por lo que en lo adelante el lector notará que se hace referencia al concepto de *Willful Ignorance*, que es aquel utilizado por las ciencias del comportamiento y la filosofía moral. En realidad, se trata del mismo concepto, aunque nosotros preferimos utilizar el término de *willful blindness* para hacer referencia a aquel que se usa en las ciencias penales y que incluye aquellos casos en los que se podría decir que el autor actúa con el mismo nivel de reprochabilidad que aquel que realiza la acción con conocimiento concreto.

Con todo, se tratará de una aproximación, ya que someterse al escrutinio que dichos campos del conocimiento se necesitaría la dedicación exclusiva al tema y nos desvincularía de los fines aquí propuestos, a saber: la comprensión de la *willful blindness* como concepto y sus efectos en la adscripción de la responsabilidad. Así las cosas, una vez hayamos realizado un acercamiento al ámbito de la ignorancia, deberemos estar en capacidad de identificar en cuáles casos –si ocurre en alguna medida- la ignorancia excusa la conducta del autor. Para ello se analizarán los conceptos de ignorancia y error, y haremos un acercamiento al concepto de ignorancia culpable. Necesitaremos, además, hacer un breve repaso del comportamiento de los sujetos frente a las situaciones de ignorancia intencional que son parte de la cotidianidad humana, para luego establecer un paralelismo psicológico entre la actitud desplegada por el autor en estas situaciones y frente a aquellas de carácter relevante para el derecho penal en términos equiparables al conocimiento.

Una vez hayamos establecido los criterios delimitadores de estas situaciones estaremos en disposición de edificar una defensa del concepto de *willful blindness* mediante una construcción sistemática del mismo que permita englobar en su seno las situaciones más graves y reprochables de ignorancia intencional. Finalmente, y frente a estas situaciones, defenderemos su aplicabilidad judicial en el sistema del *common law* mediante la defensa de una propuesta de Tesis de Equiparación Culpable (TEC).

No obstante indicado anterior, creemos que se hace necesario, previamente, que refresquemos algunas consideraciones conceptuales con respecto a la atribución de responsabilidad.

1.1 Responsabilidad Penal vs. Responsabilidad Moral

En la sección anterior veíamos el enfoque que se le da al concepto de culpabilidad en *criminal law*⁶⁰⁹, y decíamos que el mismo –en su concepción amplia- hacía referencia al concepto de reprochabilidad moral. En el pensamiento retribucionista, la responsabilidad penal y, por ende, el castigo dependerá de la consideraciones que se hagan sobre los juicios de reproche y merecimiento⁶¹⁰. En ese sentido, se entiende que un sistema es justo cuando sus leyes penales imponen la responsabilidad penal sobre aquellos que son considerados culpables e inflige el castigo sobre aquellos que lo merecen en la debida proporción a su culpabilidad y merecimiento⁶¹¹. De esta forma se entiende que la atribución de responsabilidad penal a un sujeto presupone una responsabilidad moral del agente que hace que el mismo merezca la imposición del castigo. Así, sólo aquellos que sean verdaderamente culpables por sus acciones ilícitas deberían ser pasibles de condena penal⁶¹².

Entonces, si para que un sistema sea justo requiere que la condena e imposición del castigo recaiga sobre aquellos que verdaderamente lo merecen, los sujetos que no hayan tenido una

⁶⁰⁹ Vid. *Supra Cap. III Secc. II. 1.*

⁶¹⁰ HUSAK, DOUGLAS. “*Broad Culpability...*” Op. Cit. p. 449.

⁶¹¹ *Ibidem.*

⁶¹² Sobre esto Vid. DUFF, ANTHONY R. “*Legal and Moral Responsibility*”. *Philosophy Compass*. No. 4. Vol. 6 UK. 2009. p. 978-986; quien sostiene que la responsabilidad moral se analiza en términos de dos condiciones: control y conocimiento. Cfr. MOORE, MICHAEL S. “*Placing...*” Op. Cit. p. 189, quien la consagra en términos de decisión, es decir, la persona es responsable por sus decisiones. Vid. LEFKOWITZ, DAVID. “*Blame and the Criminal Law*”. *Jurisprudence*. Vol. 6 No. 3. USA. 2015. pp. 451-469; quien establece que el concepto de reprochabilidad utilizado por los retribucionistas es el mismo que se emplea por los ciudadanos en sus relaciones morales interpersonales, por lo que no existe una división terminológica entre la responsabilidad moral por las acciones del agente y la responsabilidad penal del agente por las realización de las acciones prohibidas.

responsabilidad moral por el daño ocasionado con su acción, por no contar con el debido control o conocimiento y, sobre todo, decisión sobre el ejercicio de la misma no pueden ser condenados ni castigados por los hechos. Sin embargo, el hecho de que la responsabilidad penal reconozca la responsabilidad moral no hace que un individuo que tenga un comportamiento moralmente reprochable se encuentre frente a una sanción de tipo penal. Se requerirá además, que realice una acción considerada antijurídica (*wrongdoing*) y que se encuentre tipificada en un estatuto criminal. En este sentido, para que alguien sea declarado culpable y se le pueda adscribir la responsabilidad penal, deberá haber realizado una acción objetivamente ilícita (*wrongdoing*) con el correspondiente estado mental o *mens rea*, es decir, debe haber actuado con la debida intención, conocimiento sobre su conducta o riesgo que conllevaba la misma, o bien debe haber realizado la misma en ausencia de conocimiento pero cuando debía haberlo tenido.

Ahora bien, en ocasiones un autor puede realizar una determinada acción en la que, a pesar de ser objetivamente ilícita, no sea considerado responsable por su realización. En estas ocasiones se dice que el comportamiento del autor está excusado, independientemente del daño que haya ocasionado con su accionar. Un ejemplo de estos casos es aquel en el que el sujeto actúa con un error sobre los hechos o con ignorancia sobre éstos⁶¹³.

1.2 Ignorancia y error sobre los hechos

En muchas ocasiones, la ignorancia y el error sobre los hechos permite que la conducta del autor sea excusada, por lo que ésta no es considerada culpable. Este planteamiento se resume en una máxima de antiguo cuño que consagra que la “*ignorantia juris non excusat, ignorantia facti excusat*”⁶¹⁴. A pesar de haberse reconocido que las palabras ignorancia y error no contienen el mismo significado, en *criminal law* se han englobado bajo un mismo concepto, tratándose en algunas ocasiones como términos intercambiables⁶¹⁵. Sin embargo, lo cierto es

⁶¹³ Dejamos de lado la discusión sobre la ignorancia y error de derecho, por no formar parte del presente planteamiento. Con todo, en el *common law* –en principio– la ignorancia de derecho nunca es una excusa (“*ignorantia legis neminem excusat*”).

⁶¹⁴ Vid. KEEDY, EDWIN ROULETTE. “*Ignorance and Mistake in the Criminal law*”. Harvard Law Review. Vol. 22. No. 2. USA. 1908. p. 76, con especial referencia a la nota 1 en la que se establece alguna variaciones en el lenguaje de la máxima: “*ignorantia legis neminem excusat*”; “*ignorantia eorum, quae quis scire tenetur, non excusat*”; “*ignorantia excusatur, non juris sed facti*”; “*ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat*”; el autor se dedica en el texto a discutir el origen y fundamento de la máxima en el *criminal law*.

⁶¹⁵ Ibídem. De hecho, el autor insiste en destacar las diferencias que existen entre ambos conceptos. Vid. PERKINS, ROLLIN M. “*Ignorance and Mistake in Criminal Law*”. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 88. No. 1. USA. 1939. pp. 35-70; quien establece que los tribunales han descartado esta diferenciación por entenderla “un refinamiento demasiado sutil para ser aplicado a los asuntos cotidianos de la vida” (“*a refinement too subtle to be*

que, en esencia, y a pesar de la confusión que en la práctica pueda presentar la diferenciación de estos conceptos, ambos encierran características y significados diferentes. La ignorancia, en su acepción más básica⁶¹⁶, implica una falta total de conocimiento, mientras que el error admite conocimiento pero, al ser este insuficiente, implicará una conclusión equivocada⁶¹⁷. En este sentido, el error implica la existencia de un hecho cierto pero cuyas impresiones sensoriales percibidas por el autor frente a ellos no se ajustan a la realidad, asumiéndose por un tiempo como verdaderos pero reconociéndose posteriormente como falsos, es decir, que el error sobre los hechos conllevará una opinión equivocada frente a la realidad de los hechos⁶¹⁸.

Desde una perspectiva epistemológica⁶¹⁹ se acepta que la ignorancia es más una cuestión de omisión, es decir, que se desenvuelve en el campo de las omisiones, al tratarse de la ausencia de conocimiento sobre un determinado hecho o cuestión. En contraste, el error se desenvolverá en el campo de las comisiones, ya que el autor desarrollará su actividad de una manera equivocada por haber contado con una opinión errónea sobre la realidad de los hechos⁶²⁰. Ahora bien, actuar bajo ignorancia en ocasiones conllevará la realización de una acción en un error absoluto, es decir, a la comisión de un error. Se entiende, además, que la comprensión del principio de que la ignorancia sobre los hechos excusa la conducta requiere de una comprensión de un principio ético de que la obligación moral no está determinada por los hechos reales sino por la opinión que se forma el autor con respecto a determinados hechos⁶²¹.

De aquí se infiere que los hechos concretos no determinan nuestros deberes, ya que de ser así nos encontraríamos ante deberes u obligaciones morales sin saberlo o sin poder incluso

applied to the every-day business of life"); p. 35, nota 2, donde el autor destaca a KEEDY como aquel que más esfuerzo ha realizado en enfatizar la distinción entre ambos conceptos.; HALL, JEROME. "Ignorance and Mistake in Criminal law". Indiana Law Journal. Vol. 33 No. 1. USA. 1957. p. 2, quien reconoce que la distinción no ha tenido efectos en términos de la ley.

⁶¹⁶ Decimos que en su acepción más básica, pues a pesar de ser reconocido ampliamente entre los círculos filosóficos que la ignorancia es la ausencia de conocimiento en los últimos tiempos se han planteado posturas que indican que la ignorancia puede definirse en términos de tres actitudes doxásticas diferentes y que no necesariamente implican una ausencia total de conocimiento. Vid. PEELS, RIK. "What is ignorance?" *Philosophia*. Vol. 38. No. 1. Netherlands. 2010. pp. 57-67; PEELS, RICK / BLAAUW, MARTIJN. "The Epistemic Dimensions of Ignorance". Cambridge University Press. UK. 2016.; PEELS, RICK (Ed.) "Perspectives of Ignorance from Moral and Social Philosophy". Routledge Studies. Taylor & Francis. USA. 2017. Con todo aquí asumimos el criterio general de amplia aceptación de que la ignorancia implica ausencia de conocimiento.

⁶¹⁷ Vid. KEEDY, EDWIN ROULETTE. Op. Cit. p. 76;

⁶¹⁸ Vid. HALL, JEROME. Op. Cit. p. 3

⁶¹⁹ PEELS, RICK / BLAAUW, MARTIJN. Op. Cit.; donde se brinda una perspectiva epistemológica de la ignorancia y PEELS, RICK (ED). "Perspectives..." Op. Cit.; para una visión de la ignorancia desde la filosofía social y moral.

⁶²⁰ Sobre esto vid. RESCHER, NICHOLAS. "Ignorance: On the wider Implications of Deficient Knowledge". University of Pittsburg Press. Project MUSE. USA. 2009. p. 1

⁶²¹ HALL, JEROME. Op. cit. p. 4

descubrirlo. En consecuencia, la moralidad de un determinado acto estará determinada en referencia a la opinión que el autor haya realizado sobre los hechos, incluyendo su creencia errónea⁶²².

Así las cosas, de lo que se trata es de una cuestión de creencias (*belief*), es decir, el autor cree que se encuentra frente a una circunstancia de hecho pero la opinión que se forma frente a la misma es una opinión errada, por lo que su acción estará motivada por dicha opinión (o creencia) y en consecuencia realizará su acción de manera errada. Sin embargo, esta creencia debe ser honesta y razonable, es decir, que debe estar basada en motivos atendibles y de tal naturaleza que la conducta habría sido legal si los hechos hubieran sido como razonablemente se suponía que eran⁶²³. De la misma manera, no resulta forzoso admitir que ante una situación como esta falta en el autor el determinado *mens rea*, y es esto lo que hace que el error sea relevante en términos de excusar la conducta. En definitiva, el error será una defensa sí, y sólo sí, debido a éste, falta el *mens rea*⁶²⁴.

En consecuencia, en los casos en los que el autor actúa en ignorancia, es decir, con ausencia de conocimiento, se obtiene el mismo resultado que en los casos de error sobre los hechos. Existe un vacío cognitivo en el autor al momento de la realización de los hechos en el cual faltará el *mens rea*. Esto es uno de los motivos que lleva a que la ignorancia sobre los hechos excuse la conducta del autor. En definitiva, conocimiento e ignorancia se constituyen en conceptos contrapuestos.

Ahora bien, no todos los casos de ignorancia excusarán la conducta del autor. Habrá casos donde la ignorancia de una persona será criticable por lo que debió haber atendido al momento de la realización de la acción. En el ámbito de la filosofía moral a estos casos se les han denominado Ignorancia Culpable, y pueden trascender al estadio legal, sobre todo en el ámbito de la negligencia (*negligence*).

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ De esto trata el concepto de *honest belief* que se utiliza para expresar que la creencia del autor para caer en el error es sincera y que lo que se hizo habría sido correcto si los hechos hubieran sido erróneamente se supone que es. Vid. PERKINS, ROLLIN M. Op. Cit. p. 55

⁶²⁴ Así lo reconoce KATZ, LEO. “*Bad Acts and Guilty Minds...*” Op. Cit. p. 174; cuando establece que el error no fuera relevante si no existiera un requisito de *mens rea*. “*Why does it matter that the defendant confused his victim with a monkey? Only because Murder consists of the intentional killing of a human being*” (¿Por qué importa que el imputado haya confundido a su víctima con un mono? Sólo porque el asesinato consiste en matar intencionalmente a un ser humano.

1.3 Ignorancia Culpable (*Culpable Ignorance*)

En la filosofía moral se ha entendido que un agente es culpable de un acto que se realiza desde la ignorancia fáctica, cuando dicha ignorancia es culpable en sí misma. En estos casos se habla de ignorancia culpable. Se debate, sin que a la fecha exista unanimidad todavía, sobre si estos casos de ignorancia culpable deberían o no excusar la actuación del autor⁶²⁵.

Se reconocen, sin embargo, al menos tres tipos de situaciones en los que es posible reconocer que una persona no debe ser excusada de su acción porque debió haber advertido la misma. Estos casos son: (i) casos de investigación deficiente, (ii) casos de inferencia ineficiente, y (iii) casos en los que el autor no previene un descubrimiento posterior⁶²⁶. Con respecto al primero, se trata de aquellos supuestos en los que un autor habría advertido que su acción era errónea si hubiera investigado con antelación la situación y debiendo haberlo hecho. En el segundo supuesto se trata de casos en los que el autor hubiera advertido que su accionar era errado si hubiese realizado una inferencia correcta. En estos supuestos se subsumen los casos de olvido, es decir, en los que el autor no realiza ningún tipo de inferencia. Finalmente, están los casos en los que el autor no previene un descubrimiento posterior, es decir, aquellos supuestos en los que el autor hubiera advertido sobre su creencia errónea si no hubiera sido por haber creado u omitido una condición anterior que hiciera imposible que al momento de la acción pudiera adquirir una creencia verdadera en cuanto a la naturaleza de la misma.

Todos estos casos tienen en común que el autor realiza una secuencia de actos separados en el tiempo. En el segundo acto el autor se encuentra en un estado de ignorancia que impide reconocer o advertir su conducta errónea o incorrecta. En el primer acto, el autor crea las condiciones (generalmente por omisión, aunque también por acción) o simplemente no mejora

⁶²⁵ Vid. RUDY-HILLER, FERNANDO. “*A Capacitarian Account of Culpable Ignorance.*” *Pacific Philosophical Quarterly*. Vol. 98. No. 1. USA. 2017. pp. 1-29; ZIMMERMAN, M. “*Ignorance as a Moral Excuse.*” in Rik Peels (ed.) *Perspectives on Ignorance from Moral and Social Philosophy*. Routledge Studies. USA. 2017. pp. 77-94; MASON, ELINOR. “*Moral Ignorance and Blameworthiness.*” *Philosophical Studies*. Vol. 172. No. 11. pp. 3037–3057; PEELS, RIK. “*Tracing Culpable Ignorance.*” *Logos & Episteme*. Vol. II. No. 4. Rumania. 2011. pp. 575-582; HARMAN, ELIZABETH. “*Does Moral Ignorance Exculpate?*” Blackwell Publishing Ltd. Vol. 24. No. 4. USA. 2011. pp.443-468; SMITH, HOLLY. “*Tracing Cases of Culpable Ignorance.*” in Rik Peels (Ed.) *Perspectives on Ignorance from Moral and Social Philosophy*. Routledge Studies. USA. 2017. pp. 95-119; SMITH, HOLLY. “*Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance*”. *Criminal Law and Philosophy* Vol. 5. No. 2 USA. 2011. pp. 115-146.; SMITH, HOLLY. “*Culpable Ignorance...*” *Op. Cit.*; MOODY-ADAMS, MICHELE M. “*Culture, Responsibility, and Affected Ignorance.*” *Ethics*. Vol. 104. No. 2. USA. 1994. pp. 291-309

⁶²⁶ Sobre esto vid. SMITH, HOLLY. “*Culpable Ignorance...*” *Op. Cit.* p. 544 y ss.

su posición cognitiva⁶²⁷. Además, la brecha o espacio temporal que puede mediar entre una acción y otra puede ser infinitesimal o estar separada en el espacio-tiempo. Finalmente, el primer acto debe consistir en una omisión, es decir, el autor debería haber investigado o adquirido la información correcta, pero incumplió esta obligación.

De aquí se desprende que la segunda conducta del autor desemboca en una acción incorrecta por parte de éste debido a la ignorancia creada por un acto (u omisión) anterior, por lo que la conducta final resultaría en una conducta negligente, pero la misma le puede ser atribuida como culpable al autor por no haberse dado cuenta de la situación producto de la creación de su propia ignorancia. Es decir, la ignorancia sería culpable porque surge de una actitud evaluativa moralmente reprobable por parte del autor que inmediatamente da lugar a que el mismo no se dé cuenta de su accionar⁶²⁸.

Sin embargo, no se puede derivar una *willful blindness* de supuestos en los que la acción del autor es producto de una ignorancia culpable, pues la acción u omisión del autor, a pesar de ser defectuosa, no es de la entidad suficiente para trascender los límites de la responsabilidad penal en el sentido de una equiparación culpable con el conocimiento. Se trata de un comportamiento involuntario producto de un fallo imputable a su autor. De hecho, esta conducta del autor de actuar bajo la ignorancia fruto de un acto anterior que impide que este advierta la conducta errada –a lo sumo– daría lugar a una negligencia, ya que se trata de la inadvertencia del autor de lo errado de su conducta, cuando debió haberla advertido.

La *willful blindness* (o *willful ignorance*)⁶²⁹ requiere algo más. Requiere que la conducta (u omisión) del autor sea voluntaria e intencional. Entonces, si la ignorancia debe ser una ignorancia voluntaria e intencional no bastará una ignorancia culpable, a pesar de que esta última pueda sentar las bases de una responsabilidad por negligencia.

⁶²⁷ Como lo reconoce SMITH. *Ibíd.* p. 547. Nótese que esta modalidad de división de la conducta del autor espacio-temporalmente es la que han utilizado autores como LUBAN y YAFFE para argumentar sus propuestas de equiparación culpable entre la *willful blindness* y el conocimiento. Como pudimos observar en la sección anterior, ambos dividen las acciones del sujeto en dos tiempos en el cual en el primer tiempo se realiza la omisión de investigar y en el segundo tiempo se realiza la acción. Este planteamiento de dividir la acción en dos momentos diferentes nos parece correcto.

⁶²⁸ SMITH, HOLLY. “*Non-Tracing Cases...*” *Op. Cit.* p. 117

⁶²⁹ Si bien ambos son sinónimos e intercambiables, preferimos utilizar el concepto de *willful blindness* para hacer referencia a aquel utilizado en la ciencia jurídico-penal y dejar el de *willful ignorance* para el utilizado en las ciencias epistemológicas y del comportamiento.

1.4 Ignorancia intencional (*willful ignorance*)

Siempre se ha dicho que desde los tiempos primitivos el hombre ha tenido la necesidad de conocer⁶³⁰. El conocimiento es valioso. El hombre siempre ha tenido la necesidad de satisfacer sus deseos de curiosidad y ha sido esta imperiosa necesidad de saber lo que ha hecho que el ser humano se haya podido desarrollar como sociedad en el tiempo. Por esto, la ignorancia o la resistencia al conocimiento no se ven como buenos hábitos, siendo en ocasiones moralmente reprochables y, en cierta medida, pudiendo ser legalmente reprochables. Sin embargo, el conocimiento se muestra como algo natural, como algo positivo. Así, la ignorancia contrasta con esta creencia general de que es preferible el conocimiento.

La ignorancia no había recibido atención por parte de las ciencias epistémicas, antropológicas ni psicológicas hasta tiempos prácticamente recientes. Lo cierto es que en los tiempos actuales se ha visto cómo el hombre ha rechazado esta necesidad imperiosa de conocer y en muchos aspectos de sus vidas ha optado por permanecer en un estado de ignorancia. Se desconoce si este ha sido un comportamiento natural del ser humano desde sus inicios o si se trata de un comportamiento asumido por las sociedades posteriores. De hecho, la idea de que un sujeto pueda ser capaz de construir su propia ignorancia parece ocasionar cierta confusión o extrañeza, pues si el conocimiento es lo que permite el desarrollo de los individuos, si lo natural en el hombre es el deseo por el conocimiento, asumir esta posición genera desconcierto. Sin embargo, se puede establecer con certeza que la ignorancia intencional forma parte del día a día de los individuos, que existen diversas situaciones en las que un individuo decide permanecer en ignorancia, en las que decide construir su propia ignorancia y, en múltiples ocasiones, obtener incluso una ventaja de su ignorancia construida. En definitiva, “el deseo por no saber no es una anomalía”⁶³¹.

En la filosofía, las ciencias epistemológicas y del comportamiento, se suele utilizar el concepto de *willful ignorance* para hacer referencia a los casos de ignorancia intencional. Como hemos indicado, esta ignorancia es aquella en la que un determinado sujeto de manera deliberada decide no conocer la respuesta a una pregunta de interés u obtener algún tipo de información

⁶³⁰ Ya lo decía Aristóteles al inicio de su *Metafísica* al indicar que “*Todos los hombres desean por naturaleza saber*”; vid. ARISTÓTELES. “*Metafísica*”. Editorial Planeta-De Agostini. España. 1999. p. 11.

⁶³¹ HERTWIG, RALPH/ENGEL, CHRISTOPH. “*Homo Ignorans: Deliberately Choosing Not to Know*”. *Perspectives on Psychological Science*. Vol. 11. No. 3. USA. pp. 359-372

relevante, incluso si el acceso a la información resulta gratuito o sin costo alguno en su obtención. Este concepto, sin embargo, engloba una cantidad innumerable de situaciones en las que un sujeto, a pesar de tener sospechas sobre un determinado hecho, evita realizar las indagaciones necesarias y disponibles para despejar sus dudas y confirmar sus sospechas porque prefiere permanecer en dicho estado de ignorancia. En esencia, el autor crea las fuentes de su propia ignorancia. El problema surge al momento de determinar qué es lo que lleva a un autor a realizar este tipo de comportamiento. Para ello, es importante atender a la psicología que envuelve esta actitud por parte del autor y la diversidad de estados de ignorancia –artificial– que se han reconocido.

1.4.1 Diversos tipos o estados de ignorancia intencional (*willful ignorance*)

La diversidad de situaciones de ignorancia intencional, artificial, construida o manipulada, va desde comportamientos que tienden a evitar determinados tipos de informaciones con respecto a cuestiones de la vida cotidiana (como por ejemplo evitar emociones negativas productos de eventos indeseados), estrategia para los negocios, realización de actos ilícitos, entre otros. En efecto, la diversidad de nombres que recibe esta conducta o estado mental (si es que es uno) del autor, se debe precisamente a la cantidad de escenarios en los que los individuos representan esta conducta. Términos como ignorancia afectada (*affected ignorance*), ignorancia estratégica (*strategic ignorance*), ignorancia táctica (*tactical ignorance*), ignorancia motivada (*motivated ignorance*), ignorancia voluntaria (*willful ignorance*) e ignorancia deliberada (*deliberate ignorance*)⁶³², son algunos de los que figuran en la filosofía, la epistemología y las ciencias sociales del comportamiento.

Si bien nuestro objetivo es establecer las situaciones de ignorancia intencional (a las que llamamos aquí *willful blindness*) que, en el campo de lo jurídico, son equiparables al conocimiento por la gravedad que presentan y el alto grado de reprochabilidad que demuestra la actitud del autor, no es posible pasar por alto los diferentes tipos de ignorancia intencional (*willful ignorance*) que se han reconocido o, mejor dicho, las formas que puede adquirir la ignorancia intencional, pues mucha de la incomprensión y debate que ha generado este denominado estado mental se debe a la confusión entre las diversas manifestaciones a las que

⁶³² Estos términos son independientes de aquellos que pueden encontrarse en la literatura jurídica.

da lugar esta conducta. Por ello, se hace necesario establecer los límites de cada una y las situaciones en las que tienden a manifestarse.

Es importante resaltar que los motivos del autor presentan un papel importante en la construcción de su ignorancia. El problema es que –como ya vimos– depender del motivo como elemento para establecer un paralelismo entre la conducta del autor que actúa en situación de *willful blindness* y aquel que actúa con conocimiento (*knowledge*) presenta problemas probatorios insalvables, si bien dentro del campo de la moral se pudieran identificar con facilidad.

Dicho esto, procedemos a identificar lo que, a nuestro entender, se corresponde con las clases o tipos de ignorancia intencional que, a los fines del presente trabajo, nos permitirán distinguir entre diversos estados en los que el autor construye su propia ignorancia y evita conocer o adquirir determinado tipo de información relevante⁶³³. Importante es saber que no existe acuerdo unánime sobre la categorización de las ignorancias, sino que, más bien, se trata de ir identificando situaciones y categorizándolas de acuerdo a un sistema que dependerá de la evidencia obtenida⁶³⁴. Así, dependiendo del autor (académico), se encontrarán diferentes divisiones que englobarán diversas situaciones o estados psicológicos. Sobre esta base, construimos una clasificación atendiendo a las manifestaciones que presenta la ignorancia intencional y que pueden ser útiles a los fines del presente trabajo. En ese sentido, procedemos a realizar una división bipartita que consistirá en la *willful ignorance* como ignorancia motivada o racional, por un lado, y la *willful ignorance* como ignorancia estratégica, por el otro. En cada grupo se pueden incluir diversas motivaciones del sujeto respecto a su estado de ignorancia o, mejor dicho, diversos motivos del autor para permanecer en dicho estado.

⁶³³ Se dejan de lado, en este escenario, tipos de ignorancia de carácter intencional como el secreto o el conocimiento prohibido, los cuales han sido reconocidos como tipos de ignorancia construida. Vid. DE NICOLA, DANIEL R. “*Understanding Ignorance. The Surprising Impact of What We Don’t Know*”. MIT Press. USA. 2017. p. 79 y ss.; si bien compartimos sus planteamientos en su generalidad, rechazamos la visión que tiene el autor sobre la diferencia entre la ignorancia estratégica (*strategic ignorance*) y la ignorancia voluntaria (*willful ignorance*). Desde nuestra posición, la *willful ignorance* incluye la *strategic ignorance*. De esta forma nos acercamos más –y en parte– al planteamiento de HERTWIG & ENGEL; vid. HERTWIG, RALPH/ENGEL, CHRISTOPH. Op. Cit. p. 361. También, resulta interesante la clasificación que establecen GIGERENZER, GERD/ GARCÍA-RETAMERO, Rocío. “*Cassandra’s Regret: The Psychology of Not Wanting to Know*”. Psychological Review. Vol. 124. No. 2. USA. 2017. p. 181.

⁶³⁴ Sobre esto vid. HERTWIG, RALPH/ENGEL, CHRISTOPH. Op. Cit. p. 360, quien establece una taxonomía de 6 escenarios o tipos de ignorancia intencional; GIGERENZER, GERD/ GARCÍA-RETAMERO, ROCÍO. Op. Cit. p. 181; quienes establecen una taxonomía de cuatro tipos basados en las motivaciones del autor; De Nicola, Daniel R. Op. Cit. p. 79 y ss; quien establece una taxonomía de cinco tipos diferentes.

1.4.1.1 La *willful ignorance* como ignorancia motivada o racional

La ignorancia motivada o racional es aquella en la que el sujeto decide de manera consciente que, al menos por el momento, no vale la pena adquirir un determinado tipo de información. Su nombre surge del campo de la economía y, en definitiva, se trata de que el sujeto entiende que la inversión del aprendizaje de determinado tipo de información superará el beneficio que se obtendrá por la adquisición de dicha información⁶³⁵. En ese sentido, el sujeto realiza un juicio comparativo en el cual ponderará la inversión (ya sea anímica o temporal) que requerirá adquirir la información o el conocimiento sobre el beneficio que obtendrá producto de dicha adquisición. De esta forma, determinados sujetos manipularán sus creencias mediante la selección de la información que elegirán tener o adquirir. Dentro de este grupo o clase de ignorancia pueden tener entrada diversos tipos de comportamientos psicológicos, es decir, el autor puede tener diversos motivos por racionalizar o motivar su ignorancia.

Uno de los motivos que pudiera tener el autor para decidir elegir no investigar es poder contar con un mecanismo de regulación de sus emociones. Por ejemplo, se puede dar el caso de un sujeto que, padeciendo una enfermedad terminal sin saberlo –pero sintiéndose fatal y sospechando la gravedad de su situación–, decide no asistir al médico para no tener que enfrentarse al disgusto que le causaría la información que le brinde el médico. O aquel adolescente que, habiendo accidentado el coche de su padre el día de su cumpleaños, decide no informar sobre el acontecimiento para no arruinar la celebración del evento. En efecto, se trata de situaciones en las que el sujeto anticipa la inconformidad mental o emocional que causará obtener determinado tipo de información y, en consecuencia, evita adquirirla para no enfrentarse a la realidad.

Por otro lado, en esta categoría, puede darse cabida también al motivo de maximización del suspenso. Por ejemplo, el caso de aquel sujeto que ante la divulgación de un nuevo episodio de su serie favorita evita entrar a la internet o a las redes sociales para no tener que enfrentarse a la posibilidad de encontrarse con los denominados *spoilers* y de esta forma, maximizar el suspenso o la sorpresa que traerá el referido episodio⁶³⁶, o aquel que se ha perdido el partido de

⁶³⁵ DE NICOLA, DANIEL R. Op. Cit. p. 80

⁶³⁶ Ejemplo -con modificaciones- de HERTWIG, RALPH/ENGEL, CHRISTOPH. Op. Cit. Pp. 361

fútbol y evita adquirir la información sobre el resultado para poder mantener el suspenso del mismo y poder disfrutarlo en otro momento.

En esencia, se trata de una ignorancia que es creada por el propio sujeto con la finalidad de poder manipular sus sensaciones, emociones o estados de ánimo. En este caso, el autor puede decidir permanecer en su estado de ignorancia por pura pereza mental o indiferencia ante los hechos, pero nunca será por descuido, ya que la ignorancia creada por el sujeto es consciente. El autor sabe que obtener la información puede resultar en un enfrentamiento con una situación incómoda (o que simplemente no le interesa) y, por ende, elige no dar con ella. Por ejemplo, cuando ojeamos una determinada revista aparecen una serie de artículos de los que sospechamos pudieran ofrecer una buena información, decidimos sencillamente no leerlos y enfocarnos en otro que nos llame más nuestra atención.

La cantidad de información que se nos bombardea día a día hace que debamos elegir entre aquello que queremos conocer y aquello que queremos ignorar dependiendo de nuestros gustos y deseos. Esto implica que en cada decisión que elijamos conocer existirán cuestiones que elegiremos ignorar, pues resulta imposible para el intelecto humano equiparar la totalidad de la información que nos rodea. Además, esta elección estará fundamentada en las cuestiones que para nosotros sean más atractivas, más familiares y más cómodas de poseer.

1.4.1.2 La *willful ignorance* como ignorancia estratégica

A los fines del presente trabajo, esta es la categoría que más nos interesa, pues es donde se desarrollan los casos que pueden tener relevancia en términos penales, sobre todo en el aspecto de la equiparación de estos supuestos y de aquellos casos en los que el autor actúa con un conocimiento concreto de la situación. Lo cierto es que dentro de este grupo se pueden destacar dos subgrupos de situaciones de ignorancia o motivos para la utilización de la ignorancia, a saber: la ignorancia como un mecanismo para obtener ventaja y la ignorancia como un mecanismo para evadir la responsabilidad. Dentro de esta última se pueden distinguir entre responsabilidad social o moral, por un lado, y responsabilidad legal, por el otro⁶³⁷.

⁶³⁷ Vid. HERTWIG, RALPH/ENGEL, CHRISTOPH. Op. Cit. p. 362, quienes reconocen dentro de este grupo de ignorancia estratégica, a la ignorancia como forma de autodisciplina, en la cual el sujeto evita adquirir cierta información que pueda afectar el cumplimiento de sus metas. Se utiliza el ejemplo del sujeto que ha dejado de fumar porque cree que los riesgos de padecer cáncer son altos y evita adquirir información sobre ello por temor a dar con un estudio que diga lo contrario y lo incite volver al mal hábito. Cfr. CARRILLO, JUAN D./ MARIOTTI, THOMAS.

El concepto de ignorancia estratégica ha sido trabajado en la Teoría de Juegos⁶³⁸ a partir del estudio realizado por SCHELLING⁶³⁹, en el cual desafió la opinión que a la fecha parecía dominante, acerca de que mientras más información se tiene en términos privilegiados (información privilegiada) mejor es la posición del individuo en la negociación. SCHELLING demostró que desconocer cierta información puede ser beneficiosa para una parte dentro de una negociación. A partir de ahí, se ha ido demostrando a través de la utilización de participantes negociadores en el juego del dictador, que los negociadores pueden beneficiarse de su ignorancia y que, además, un gran número de jugadores decide permanecer ignorante. Ahora bien, esta condición se cumple cuando los jugadores pueden ocultar su intención de permanecer ignorantes.

En el año 2012, en un trabajo publicado por MCGOEY⁶⁴⁰ se debatía el hecho de que existen formas en que la ignorancia sirve como un activo productivo, ayudando a las personas e instituciones a controlar los recursos, negar la responsabilidad después de alguna crisis y a afirmar su experiencia ante los resultados impredecibles. De esta forma la ignorancia termina siendo una forma beneficiosa de que el autor pueda realizar su acción, obtener una ventaja sobre la misma y evadir sus responsabilidades.

1.4.1.2.1 Ignorancia como herramienta para obtener una ventaja

La decisión deliberada de evadir la adquisición de cierta información relevante por parte de un sujeto parece indicar que permite al autor actuar de manera egoísta e interesada frente a los

“Strategic Ignorance as a self-disciplining device”. The Review of Economics Studies. Vol. 67. USA. 2000. pp. 529-544; quienes defienden esta posición. De nuestra parte, entendemos que –en todo caso- este sería un comportamiento típico de una ignorancia racional, es decir, el sujeto simplemente decide que tipo de información adquirir para preservar su decisión de haber dejado de fumar. Es una ignorancia motivada que, si bien puede consistir en un beneficio posterior al autor, no debería formar parte del grupo de la ignorancia estratégica. Con todo, hay que reconocer que al ser basadas ambas en modelos matemáticos, sus parecidos –en el sentido de la ponderación de costes y beneficios- podrían hacer que sus supuestos se confundan.

⁶³⁸ La teoría de juegos es un rama de la matemática aplicada en la cual se utilizan modelos (dentro de los que se encuentran el juego del dictador, juego del ultimátum y juego del prisionero) para estudiar las interacciones dentro de un grupo en individuos, donde las acciones de cada uno tienen un efecto en el resultado que es de interés para todos. En esencia, la teoría de juegos estudia las interacciones estratégicas por lo que los individuos que actúan deben ser conscientes de que sus acciones afectan a otros, es decir, parte de un presupuesto de que los individuos son racionales. Estos modelos han sido de gran utilidad en las ciencias del comportamiento para establecer la forma en que los individuos se comportan frente a la toma de decisiones. Sobre este tópico, vid. BINMORE, KEN. *“Game Theory. A Very Short Introduction.”* Oxford University Press. USA. 2007.

⁶³⁹ SCHELLING, THOMAS C. *“An Essay on Bargaining”*. The American Economic Review. Vol. 46. No. 3. USA. 1956. pp. 281-306

⁶⁴⁰ MCGOEY, LINSEY. *“The Logic of Strategic Ignorance.”* The British Journal of Sociology. Vol. 63. No. 3. UK. 2012. pp. 553-576

demás. El autor obtiene una ventaja a partir de su situación de ignorancia. De esta forma, la ignorancia se constituye en una herramienta que permite al autor alcanzar un objetivo o propósito más amplio sin que su actitud se demuestre egoísta.

En este estado de ignorancia el autor realiza un cálculo de costes y beneficios, en el cual identifica cuál es la ventaja que puede obtener a partir de su situación de ignorancia frente al coste de la adquisición de la información y su posterior actuación. Lo que impulsa la reacción del sujeto ante tales situaciones es la maximización de los beneficios. En ese sentido, la ignorancia intencional sirve como excusa para el comportamiento egoísta ya que, al ofuscar la señal sobre la preferencia social del autor, sirve para mantener la idea de que el mismo habría actuado virtuosamente si hubiera obtenido la información completa⁶⁴¹.

Esto nos lleva al planteamiento de YAFFE sobre la TEC que vimos en la sección anterior. En su modelo matemático, al parecer basado en la ignorancia estratégica, YAFFE intenta demostrar el grado de culpabilidad que conlleva una actitud de esta naturaleza. En el modelo de YAFFE el autor realiza también un cálculo de costes y beneficios eligiendo permanecer en la ignorancia para poder llevar a cabo la acción y obtener el beneficio que la misma le sugiere. Es obvio que el modelo de YAFFE se basa en las preferencias sociales del autor y en la actitud egoísta que el mismo practica con la finalidad de la búsqueda de los beneficios que le traería la realización de la acción en estado de ignorancia, siendo éste el motivo por el cual el autor decida no investigar.

Ahora bien, esto nos lleva a la realización de dos inferencias racionales sobre el ignorante intencional estratégico. Por un lado, el autor suele tener un indicio del contenido de la información que decide desconocer o rechazar⁶⁴². Pero, por el otro, se demuestra la importancia que tiene la autoimagen sobre la actuación de los sujetos. En las ocasiones en que el sujeto vislumbra que su situación de ignorancia intencional puede ser descubierta o que puede ser

⁶⁴¹ Esto ha sido demostrado a partir de experimentos con juegos dictatoriales en los que frecuentemente el sujeto evita aprender si su decisión ayudará o perjudicará al receptor y luego eligen la actuación egoísta amparados en la flexibilidad moral que le brinda su situación de ignorancia. Vid. GROSSMAN, ZACHARY. “*Strategic Ignorance and the Robustness of Social Preferences.*” *Management Science*. Vol. 60. No. 11. USA. 2014. pp. 2659-2665. Demostrando que la situación de ignorancia se va reduciendo a medida que el autor no puede mantenerla de manera pasiva. Cfr. WILLEM WIELAND, JAN. J. “*Responsibility for strategic ignorance*”. Synthese. Springer. 2016. Disponible en web: springerlink.com (última consulta: 20 de junio de 2018); quien para responder a la cuestión de si el agente ignorante estratégico que prevé lo injusto de su accionar puede ser culpable, entiende que la pregunta puede tener una respuesta desde diversos ángulos: en términos de la justificación para permanecer en estado de ignorance, en términos de los desconsiderado de su conducta y en términos de las motivaciones del sujeto.

⁶⁴² Esto lo reconoce DE NICOLA, DANIEL R. Op. Cit. p. 82

señalado por el conocimiento que posee, el autor tiende a elegir el comportamiento menos egoísta. Muchos estudios han señalado que un sentido de responsabilidad por el bienestar de los demás tiene un impacto en el comportamiento⁶⁴³. Esto puede llevar al sujeto a aliviar esa responsabilidad mediante su decisión de permanecer ignorante o mediante la delegación de la decisión en un intermediario⁶⁴⁴.

En consecuencia, surge el planteamiento que pueda tener la ignorancia sobre el efecto adverso de una determinada acción. Es decir, el autor se preocupa por la imagen que pueda ofrecer y sabe que su comportamiento será juzgado diferente si actúa desde la ignorancia que si actúa desde el conocimiento concreto. De esta forma, la ignorancia estratégica es vista como una evidencia de la preocupación del sujeto sobre su propia imagen, lo que lo lleva entonces a intentar aliviar la carga de responsabilidad que conllevaría actuar con el conocimiento concreto de la situación mediante su actuación “en ignorancia”.

1.4.1.2.2 Ignorancia como herramienta para evadir la responsabilidad

En virtud de lo indicado, la ignorancia intencional se erige –también– en un mecanismo de evasión de la responsabilidad. En este escenario el autor no persigue un beneficio último de su acción que lo haga evaluar los costes de la adquisición del conocimiento, sino que se plantea como un mecanismo de defensa frente al afrontamiento de una consecuencia futura. En este escenario, la ignorancia funciona como un dispositivo de evitación de la responsabilidad que conlleva el saber. Es la preservación de una excusa futura⁶⁴⁵.

Así las cosas, la ignorancia no se instituye en un rasgo de carácter del autor o en una fobia epistémica, sino en un proceso episódico y anticipatorio, dirigido a un problema de conocer algo en un contexto particular⁶⁴⁶. Sin embargo, las evasiones de responsabilidad que crea la ignorancia intencional permiten la neutralización de las exigencias de conciencia del individuo y le proporciona la excusa necesaria para un comportamiento egoísta⁶⁴⁷. Pero, además, no

⁶⁴³ Vid. GROSSMAN, ZACHARY/VAN DER WEELE, JOËL J. “*Self-Image and Willful Ignorance in Social Decisions*”. Forthcoming in the Journal of the European Economic Association. 2013. Disponible en web: <https://ssrn.com/abstract=2237496> (última consulta 20 de junio de 2018).

⁶⁴⁴ Se muestra de acuerdo GROSSMAN, ZACHARY. “*Strategic Ignorance...*” Op. Cit. p. 2663

⁶⁴⁵ Como lo expresa DE NICOLA, DANIEL R. Op. Cit. p. 83, “es como guardar una tarjeta de monopolio de ‘salga de la cárcel gratis’.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

⁶⁴⁷ Así lo terminan reconociendo GROSSMAN, ZACHARY/VAN DER WEELE, JOËL J. “*Self-Image*” Op. Cit. p. 34, producto de los experimentos practicados.

necesariamente se exigirá la búsqueda de un beneficio adicional del autor, sino que puede tratarse de la creación de un mecanismo de defensa que le permita al sujeto excusar su conducta en una eventual ocasión de que sea descubierta su acción.

En este escenario, la evasión de la responsabilidad del autor puede estudiarse desde varios ámbitos: como evasión de la responsabilidad moral, como evasión de la responsabilidad social o como evasión de la responsabilidad legal. El primer ámbito se corresponde con los motivos por los que un autor determinado elige ignorar información disponible sobre un ámbito de la moral humana (por ejemplo, el veganismo). Lo cierto es que evitar la responsabilidad moral ayuda a prevenir la denominada disonancia cognitiva, es decir, la evitación de la tensión que se crearía entre las ideas o creencias del autor y un determinado comportamiento que entre en conflicto con las mismas. Supóngase que el autor reconoce o sospecha de la existencia de un sinnúmero de información o evidencia sostenible de que los animales sienten y sufren igual que los humanos y, por ende, debería rechazar el consumo de los productos y servicios de origen animal por el sufrimiento al que son sometidos por las industrias explotadoras de dichos productos. Sin embargo, el autor pretende ignorar deliberadamente estos hechos para no verse enfrentado al dilema moral que representaría tener que modificar un comportamiento que ha adquirido culturalmente y que en su creencia se constituye en un comportamiento normal.

Por otro lado, se puede dar el caso de la creación de una ignorancia intencional estratégica para evadir una responsabilidad social determinada. Tal es el caso de las instituciones que fabrican medicamentos que, bajo la sospecha de que un determinado compuesto afecte gravemente la salud, eviten deliberadamente realizar las investigaciones que tiendan a dar con dichos resultados para poder alegar un desconocimiento de los efectos adversos que tenía ese medicamento, evadiendo así su responsabilidad social⁶⁴⁸. Se puede utilizar como ejemplo la crisis financiera del año 2008 ocurrida en EE.UU., en la cual aquellos que previeron la debacle alegaron ignorancia sobre la información relevante en aras de evadir la responsabilidad social que acarrearía frente a los demás el hecho de haber vislumbrado el abismo al que se dirigía la estabilidad financiera y no haberlo avisado⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Claro que este ejemplo puede traspasar una línea muy fina entre la responsabilidad que le correspondería por el riesgo de desarrollo (por ejemplo) en la fabricación de un producto defectuoso, sin perjuicio de la responsabilidad penal por los defectos en caso de graves daños a la salud. Pero el ejemplo se plantea desde el punto de vista del impacto social que tendría la marca por una actitud de tal naturaleza.

⁶⁴⁹ Vid. MCGOEY, LINSEY. Op. Cit. p. 560 y ss.; respecto al acercamiento que hace sobre la ignorancia intencional estratégica de las instituciones y al reconocimiento de que la magnificación de la percepción de la ignorancia del autor es a menudo más ventajosa que haber adquirido el conocimiento de las cosas por las cuáles uno habría podido

Finalmente, la ignorancia intencional estratégica juega un papel determinante en la evitación de la responsabilidad penal por las conductas antijurídicas. Ahora bien, un sujeto no asumiría una estrategia de esta naturaleza si entendiera que no puede extraer un beneficio de dicha situación. Hemos indicado que el beneficio no necesariamente debe ser económico, también puede ser un beneficio situacional, como evadir la responsabilidad de sus actos mediante la excusa del mismo. Sostener, además, este planteamiento es reconocer que esta situación de ignorancia permite excusar la actitud del autor. En este momento entonces surge una pregunta que requiere especial atención: ¿Puede la ignorancia intencional (*willful ignorance*) desviar el castigo? Un estudio empírico realizado por la Universidad de Zúrich intentó dar respuesta a esta interrogante a través del estudio de cómo la oportunidad de que un individuo se mantenga en una posición de ignorancia (de manera intencional), al evitar información sobre las consecuencias de sus acciones para los demás, afecta la forma en que los terceros castigan o responsabilizan a los individuos por las consecuencias de sus actos. Haciendo uso del juego del dictador se llevó a cabo un experimento en el cual algunos participantes podían elegir ignorar las consecuencias de sus acciones para los demás y otros participantes tenían la oportunidad de imponer castigos monetarios a raíz de los resultados y del comportamiento de los primeros.⁶⁵⁰ Los resultados deben destacarse.

En primer lugar, el estudio determinó que cuando los resultados son perjudiciales para el receptor, es decir, sobre quien recaen las consecuencias de las acciones del dictador, la ignorancia resulta ser efectiva para reducir el castigo. De esta manera, cuando se ejercita una acción que aumenta el bienestar del autor pero también resulta dañosa para los terceros, parece ser mejor haber evitado el conocimiento de que el daño podía ocurrir. Sin embargo, por otro lado, el estudio demostró que la ignorancia intencional se evaluaba negativamente independientemente de las consecuencias, es decir, evitar la adquisición del conocimiento incitaba al castigo incluso cuando los resultados beneficiaban tanto al dictador como al receptor.

ser penalizado. Al final, a los fines de la evitación de la responsabilidad importante resulta tanto la cantidad como la calidad de la ignorancia que se elige tener.

⁶⁵⁰ BARTLING, BJÖRN. / ENGL, FLORIAN / WEBER, ROBERTO A. “Does Willful Ignorance Deflect Punishment? An Experimental Study.” Department of Economics. University of Zurich. Working Paper No. 125. Switzerland. 2013. pp. 1-39. Para el experimento, un dictador participa en un juego de dictador binario en uno de los dos posibles estados del mundo. El estado del mundo es elegido por un dispositivo aleatorio que determina si una acción que beneficia personalmente al dictador beneficia o perjudica al receptor. El dictador puede elegir si aprende o no el verdadero estado y esta información la puede adquirir sin ningún costo. Ninguna de las posibilidades crea incertidumbre en los pagos del dictador por lo que el diseño brinda la oportunidad de permanecer ignorante con respecto a las consecuencias sociales de sus acciones. En adición, se agrega un tercero que observa las acciones del dictador y el resultado del juego y sobre esa base decide si castiga o no al dictador por su comportamiento.

Este resultado se obtuvo por la muestra de que el dictador, al permanecer ignorante muestra una indiferencia ante la posibilidad de que el receptor obtenga un pago bajo (lo que significaría un daño) siendo esto suficiente para inducir el castigo. Este resultado se fundamentó en lo arrojado por el modelo de equidad procesal, que indicó que las personas tomaron en cuenta no sólo los resultados obtenidos sino también los procedimientos que condujeron a los resultados⁶⁵¹. Bajo esta perspectiva resulta entonces que la ignorancia no produce un beneficio mayor que cuando se actúa egoístamente pero con conocimiento. Esto llevó a los autores del estudio a reconocer que la estrategia de utilización de la ignorancia resultaba ineficaz para obtener mayores ganancias. Ahora bien, como fue reconocido por éstos, la posibilidad de imputación de castigo y atribución de culpa generalmente se produce cuando existe un resultado negativo, por lo que en este sentido la ignorancia intencionada podría ser una buena estrategia en estos contextos⁶⁵².

A partir de estos resultados resultaría entendible que un determinado sujeto que se ve inmerso en una actividad criminal proceda a sesgar las fuentes del conocimiento y a evitar la adquisición de información relevante mientras persiste en su actividad delictiva. Siendo éste el tema central de este trabajo, debemos detenernos en una cuestión previa que merece ser analizada con detenimiento. Si la elección del autor de permanecer ignorante o evitar el conocimiento de la verdad sirve como una estrategia para evitar la responsabilidad, entonces es obvio que el autor reconoce que está evitando la adquisición del conocimiento de cierta información relevante sobre los hechos.

Esta actitud de rechazar la adquisición de cierta información sugiere en el autor una creencia de estar en presencia de una circunstancia concurrente, pues si el autor estuviera seguro de que la circunstancia concurrente no se encuentra presente, entonces no tendría la necesidad de evitar la adquisición de la información relevante.

En este sentido, parecería que estuviéramos en presencia de una actitud psicológica que ha sido denominada autoengaño (*self-deception*), ya que la no adquisición de una determinada

⁶⁵¹ *Ibíd.* p. 20.

⁶⁵² *Ibíd.* pp. 3-4 y 21-22. Los autores concluyen, sin embargo, que la tesis de la equiparación culpable parecería estar en contradicción con el sentido moral común de las personas, ya que estos castigan de manera menos grave al ignorante voluntario que a quien realiza el hecho con conocimiento. En adición, entienden que motivos disuasorios podrían llevar al sistema legal a actuar de esta manera. Si bien la disuasión de conductas futuras es una función de la ley penal, nosotros entendemos que el fundamento de la equiparación está no en la atribución que sobre la conducta del autor se haga, sino en el grado de culpabilidad que muestra el autor al realizar la conducta.

información relevante a sabiendas de que se evita la misma se instituye en un auto-engaño sobre el propio autor, pues su ignorancia –al ser intencional- no impide que el propio sujeto sepa (en realidad) que la conducta que se lleva a cabo es una conducta delictiva. Es decir, mediante la intención de crear el velo de su propia ignorancia, el sujeto termina engañándose a sí mismo. Con todo, algunas consideraciones se hacen necesarias, pues, en efecto, ambos conceptos, a pesar de ser muy similares, conllevan actitudes diferentes.

2. *Willful Ignorance* y *Self-Deception* (autoengaño)

La *willful ignorance* es un concepto utilizado para describir situaciones en las que un sujeto alega no haber sido consciente de una determinada situación en la cual se asumiría, objetiva y razonablemente, que uno podría haber sido consciente estando en dicha situación. El tratamiento que ha recibido este concepto de parte de las ciencias del comportamiento y la filosofía es prácticamente reciente, si bien en la jurisprudencia jurídico-penal se trata de un concepto asentado hace más de un siglo.

Sin embargo, cuando en dichas ciencias se hace referencia a este concepto se dice que se trata o bien de una forma de autoengaño o, sencillamente, que es lo mismo que el autoengaño (*self-deception*), un concepto que sí ha sido objeto de múltiples estudios por parte de la psicología y la filosofía desde hace ya algún tiempo⁶⁵³. A pesar de esto, el desarrollo del autoengaño no ha sido pacífico. En su esencia, se trataría de aquellos supuestos que hacen referencia a un conjunto de procesos, mayormente psicológicos, por el cual se puede decir que las personas se engañan a sí mismas acerca de algún aspecto del mundo. Se suele afirmar que el subconsciente de una persona mantiene intencionalmente las cosas fuera de la conciencia del sujeto de modo que la persona no reconoce, al menos por un tiempo, patrones o evidencia de su entorno que contradigan o desafíen la idea de que se han estado engañando a sí mismos⁶⁵⁴. Por ejemplo, el trabajo de ARENDT sobre la banalidad del mal⁶⁵⁵, constituye una de las más claras discusiones

⁶⁵³ TRIANDIS, H.C. “*Self-deception. An Introduction*”. UNAM Facultad de Psicología. Acta de Investigación Psicológica. Vol. 3. No. 2. México. 2013. pp. 1069-1078; quien reconoce que el primer trabajo de corte psicológico fue presentado en el año 1939 por Frenkel-Brunswik, y quien hace alusión de al menos 24 trabajos de filósofos y psicólogos que han examinado el concepto.

⁶⁵⁴ SHERBLUM, SPETHEN A. “*Self-Deception Enabling Immoral Behavior: Patterns of Other-Denigrating Bias*” Association for Moral Education Conference Proceedings. Vol 41. 2015. pp. 1-9; disponible en web: <http://www.fecilcam.br/revista/index.php/anaisame/article/view/1343> (última consulta: 28 de junio de 2018).

⁶⁵⁵ ARENDT, HANNAH. “*Eichmann y el Holocausto*.” Taurus. Santillana Ediciones Generales. España. 1999. Extracto y traducción a cargo de Carlos Ribalta, del Título original *Eichmann in Jerusalem*. ARENDT plantea uno de los mejores debates en donde demuestra que detrás de las monstruosidades cometidas por la humanidad

acerca de cómo una persona puede perder su sentido de responsabilidad personal engañándose a sí mismo frente a una creencia falsa a pesar de la evidencia contradictoria disponible.

Se trata, entonces, de un concepto que se vincula a los sesgos cognitivos que pueda tener un cierto individuo, pues se ha demostrado que las personas tienden a seleccionar activamente la información que les rodea, manteniendo en ocasiones, y de manera voluntaria, una visión parcial ante la evidencia de lo contrario.

La cantidad de situaciones en las que un sujeto puede asumir una actitud de esta naturaleza hacen que los problemas que presente un entendimiento unívoco de este concepto se tornen complicado. A la fecha, se han reconocido, al menos, tres grandes categorías dentro de las cuales se pueden agrupar las diferentes definiciones que han sido brindadas al respecto⁶⁵⁶. El primer grupo definitorio entiende que el autoengaño es simplemente una creencia falsa motivada que puede surgir de la búsqueda de información sesgada, la atención selectiva o el olvido. Para el segundo grupo, el autoengaño consiste en una creencia falsa motivada que persiste a pesar de la evidencia disconforme. En este escenario la búsqueda de información sesgada o parcializada no se presenta como autoengaño pues no se ha obtenido una información o evidencia disconforme a la creencia. Empero, el autoengaño podría surgir mediante la evitación de la adquisición del conocimiento de donde surgiría una evidencia disconforme que ha sido ignorada por el sujeto. Finalmente, para el tercer grupo el autoengaño constituye una creencia falsa motivada y consciente que se sostiene de manera simultánea y en conflicto con una creencia verdadera inconsciente. Este último constituye la denominada paradoja del

generalmente uno no encuentra sociópatas empedernidos, sino personas comunes y corrientes que simplemente han perdido su sentido de responsabilidad personal, aferrados a una creencia que ha sido generada en contra de la evidencia disponible que establece lo contrario. Vid. JENNI, KATHIE. “*Vices of Inattention*”. *Journal of Applied Philosophy*. Vol. 20. No. 3. USA. 2003. pp. 279-275; quien a partir del reconocimiento de esto plantea estas situaciones sobre el ciudadano común y frente a cuestiones de la vida diaria. JENNI desarrolla un concepto paralelo al self-deception pero de menor carga moral al que denomina Inatención (*Inattention*) y que consiste en la falla de atender a las cosas moralmente importantes de la vida. En esencia, el planteamiento se constituye en un concepto psicológico que puede ir desde la falta de atención involuntaria hasta la creación de un autoengaño voluntario.

⁶⁵⁶ CHANCE, ZOË. / NORTON, MICHAEL I. “*The What and Why of Self-deception*”. *Science Direct. Current Opinion in Psychology*. No. 6. USA. 2015. pp. 104-107. Disponible en web: www.sciencedirect.com (última consulta 28 de junio de 2018). Vid. ARCHER, SOPHIE. “*Nondoxasticism about Self-Deception*.” *Dialectica*. Vol. 67. No. 3. UK. 2013. pp. 265-282; quien ha denominado a esto, el problema doxástico del autoengaño y entiende que existen cuatro enfoques para dar respuesta al mismo a partir de las proposiciones *p* y *no-p*. (i) mantener que la persona auto-engañada cree tanto en la existencia de *p* (su creencia indeseada) como en la existencia de *no-p* (su creencia deseada); (ii) mantener que el auto-engañado cree en *p* (su creencia indeseada) pero no cree que *no-p* (su creencia deseada); (iii) mantener que el auto-engañado no cree que *p* (su creencia indeseada), pero si cree que *no p* (su creencia deseada) y, finalmente, un planteamiento no doxástico que consistirá en (iv) mantener que el auto-engañado ni cree que *p* (su creencia indeseada) ni cree que *no p* (su creencia deseada). En estos cuatro apartados, resume ARCHER las diferentes posiciones que han sido brindadas con respecto al autoengaño.

autoengaño y es la que ha llevado, incluso, a que algunos autores hayan establecido la imposibilidad del autoengaño⁶⁵⁷.

De lo anterior se puede inferir un elemento común entre todas las definiciones que han sido ofrecidas con ocasión a la identificación y descripción de este fenómeno. En efecto, en el autoengaño el sujeto se aferra una creencia que es falsa. Esta creencia falsa, también, parecería entrar en conflicto con una creencia verdadera que posea el sujeto y que, sin embargo, éste sostiene a pesar de la evidencia que demuestra lo contrario, ya sea mediante su confirmación a medias o mediante la evitación de la adquisición de dicha información.

Pues bien, en este último escenario es posible identificar similitudes entre el autoengaño (*self-deception*) y la ignorancia intencional (*willful ignorance*). Sin embargo, al momento de un acercamiento al análisis de estas situaciones surgen una serie de características en el autor – sobre todo doxásticas- que hacen suponer que la actitud del autor es diferente en uno y otro escenario. No obstante, no se debe desconocer que son conceptos que se han utilizado, incluso, de manera intercambiada por las semejanzas que presentan. De hecho, se puede comprobar que lo que algunos autores consideran como un comportamiento auto-engañoso (*self-deceived*), otros lo asumen como un comportamiento voluntariamente ignorante⁶⁵⁸. Esto nos lleva a detenernos brevemente en el análisis de la estructura del autoengaño, ya que a través de ella y del establecimiento de sus semejanzas y diferencias con la *willful blindness* podremos comprender a ésta última y, sobre todo, entender la actitud que presenta el autor cuando se envuelve en un comportamiento de estas características.

⁶⁵⁷ *Ibidem*. Con especial referencia a las notas 1-10.

⁶⁵⁸ Un típico ejemplo de este escenario es el caso de Albert Speer, el arquitecto de Hitler cuya devoción al III Reich lo llevó a ignorar la solución final. El caso de Albert Speer se ha convertido en el ejemplo paradigmático de la explicación tanto del auto-engaño como de la ignorancia intencional. Por mencionar algunos que entienden que el caso de Speer es un caso de *self-deception*, vid. BURRELL, DAVID. / HAUERWAS, STANLEY. “*Self-deception and Autobiography: Theological and Ethical Reflections on Speer’s ‘Inside the Third Reich’*.” *The Journal of Religious Ethics*. Vol. 2. No. 1. USA. 1974; THOMAS, DAVID H. “*Moral Responsibility in Holocaust: A Study in the Ethics of Character*.” Rowman & Littlefield Publishers, Inc. UK. 1999; p. 90 y ss.; TENBRUNSEL, ANN E. / MESSICK, DAVID M. “*Ethical Fading: The Role of Self-deception in Unethical Behavior*.” *Social Justice Research*. Vol. 17. No. 2. USA. 2004. pp. 223-236; KUBARYCH, THOMAS S. “*Self-deception and Peck’s Analysis of Evil*.” Johns Hopkins University Press. Vol. 12. No. 3. USA. 2005. pp. 247-255; JENNI, KATHIE. Op. Cit. pp. 282 y ss. En castellano se encuentra el trabajo de URIBE BOTERO, ÁNGELA. “*El lugar de la impostura en el autoengaño: sobre el arquitecto de Hitler*”. *Universitas Philosophica*. Vol. 63. No. 31. Colombia. 2004. pp. 167-180. Por otro lado, se encuentran los autores que entienden que el caso de Speer hace referencia a un supuesto de *willful blindness*. Cfr. LUBAN, DAVID. Op. Cit. p. 965 y ss.; LYNCH, KEVIN. “*Willful Ignorance and Self-Deception*”. *Philosophical Studies*. Vol. 173. No. 2. USA. 2016. pp. 505-523. En castellano, está la obra de RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN. “*La ignorancia deliberada en derecho penal*”. Atelier. España. 2007. p. 113 y ss., quien incluso desarrolla un concepto en base a este y otros ejemplos, al cual denomina ignorancia deliberada *strictu sensu*. Finalmente, nosotros entendemos también que el caso de *Speer* es un típico ejemplo de *willful blindness*.

2.1 La estructura del autoengaño (*self-deception*)

La dificultad de estructurar al autoengaño surge a partir de las infinitas y diversas situaciones en las que se puede dar este fenómeno y, en consecuencia, de las varias definiciones que sobre este concepto se han elaborado⁶⁵⁹. En ese sentido, estructurar el autoengaño sólo es posible si se parte de una construcción conceptual que envuelva únicamente los casos paradigmáticos de autoengaño⁶⁶⁰.

La construcción inicial del autoengaño (*self-deception*) parte de establecer el concepto a través del noción de engaño, o lo que MELE⁶⁶¹ identificó como el paradigma del engaño interpersonal. En este caso, el sujeto tiende a engañarse a sí mismo reuniendo así en su propio *Ser* las particularidades del otro tipo de engaño, es decir, de aquel en el que un sujeto engaña a otro (*other-deception*). De esta forma en el autoengaño el propio sujeto adquiere la característica de engañador y engañado. Supongamos que un sujeto encuentra una evidencia que le hace pensar que su mujer está teniendo una aventura. Supongamos que la esposa le es infiel. El sujeto empezará a comportarse de manera extraña deseando creer que su esposa no le es infiel, rechazando así cualquier tipo de evidencia que le permita comprobar lo contrario de sus creencias⁶⁶². Este supuesto identifica a un sujeto que se auto-engaña en mantener una creencia y fue denominado por MELE como un caso de autoengaño directo (*straight self-deception*)⁶⁶³, ya que envuelve el supuesto en el que una persona se auto-engaña en creer que algo que él desea que sea el caso, es el caso. Por otro lado, se encuentra el caso que concierne a un agente que se auto-engaña en creer que aquello que él no quiere que sea el caso, es el caso. A esto MELE lo denominó autoengaño retorcido (*twisted self-deception*)⁶⁶⁴. Así las cosas una construcción del autoengaño resultaría en la siguiente:

⁶⁵⁹ Todos los autores parecen estar de acuerdo en esto. Vid. ARCHER, SOPHIE. Op. Cit. p. 265; LYNCH, KEVIN. Op. Cit. Pp. 1; CHANCE, ZOË. /NORTON, MICHAEL I. Op. Cit. p. 104; VON HIPPEL, WILLIAM. /TRIVERS, ROBERT. “*The Evolution and Psychology of Self-Deception*”. Behavioral and Brain Sciences. Vol. 34. No. 1. USA. 2011. Pp. 1; NICHOLSON, ANNA. “*Cognitive Bias, Intentionality and Self-Deception*”. Teorema. Vol. 26 No. 3. 2007. p. 45-58. Disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/159809> (última consulta: 28 de junio de 2018); MELE, ALFRED R. “*Real Self-Deception*”. Behavioral and Brain Sciences. Vol. 20. USA. 1997. p. 91; BACH, KENT. “*An Analysis of Self-Deception*”. Philosophy and Phenomenological Research. Vol. 41. No. 3. USA. 1981. p. 351.

⁶⁶⁰ Vid. ARCHER, SOPHIE. Op. Cit. p. 269; quien reconoce que tampoco existe acuerdo en el establecimiento de cuáles son estos casos paradigmáticos o cómo deberían construirse éstos, debido a que cada autor matiza el punto de partida del caso en cuestión.

⁶⁶¹ MELE, ALFRED R. Op. Cit. p. 91.

⁶⁶² Este ejemplo es usado por MELE, ALFRED. Op. Cit. p. 95;

⁶⁶³ *Ibíd.* p. 95

⁶⁶⁴ *Ibíd.*

- (i) El sujeto debe sostener simultáneamente dos creencias contradictorias: una creencia verdadera de que p y una creencia falsa de que $no-p$.
- (ii) El sujeto intencionalmente se hace creer que $no-p$ a pesar de la abrumadora evidencia para creer que p .

Frente a estos escenarios MELE critica que se construya el concepto partiendo de la definición del engaño interpersonal paradigmático, por las dificultades que crearía aplicarlo al propio sujeto. Para él, estos casos producen dos paradojas que el denomina, por un lado, la paradoja estática (*static puzzle*) ante la cual el sujeto debe creer al mismo tiempo que la proposición y la no-proposición son el caso, es decir, que el autor debe creer que p y $no-p$ al mismo tiempo, y por otro lado, la denominada paradoja dinámica (*dynamic puzzle*), ante la cual el sujeto -para llegar a creer que p y $no-p$ al mismo tiempo-, debe crear una estrategia (intencional) mediante la cual, a pesar de creer en la presencia de p (sobre una base de evidencias obtenidas) se convence, en contra de toda la evidencia disponible, de que $no-p$.⁶⁶⁵

Sin embargo, MELE rechaza estos planteamientos por entender que pueden existir situaciones en las que el sujeto pueda ocasionarse un autoengaño sin que haya mediado intención. Partiendo del estereotipo del engaño, él entiende que uno puede hacer creer a otro que algo es falso tanto de manera intencional como no intencional. De esta forma, entonces, construye una propuesta en la que considera que la adquisición o el mantenimiento de una creencia falsa auto-engañosa puede ser el resultado de algún tipo de cognición sesgada motivacionalmente (pero no intencionalmente), generalmente desencadenada por la emoción o el deseo⁶⁶⁶.

En consecuencia, MELE propone cuatro situaciones que considera suficientes para que estemos en presencia de un autoengaño, salvado así las paradojas, a saber:

- (i) La creencia que adquiere el sujeto sobre p es falsa.
- (ii) El sujeto utiliza los datos relevantes o aparentemente relevantes al valor de verdad de p de una manera motivacionalmente sesgada.
- (iii) Este tratamiento sesgado es una causa no-desviada (*non-deviant cause*) de que el sujeto adquiera la creencia de que p .

⁶⁶⁵ *Ibíd.* p. 92

⁶⁶⁶ *Ibíd.* Sobre esto, además, vid. NICHOLSON, ANNA. *Op. Cit.* p. 48

- (iv) La cantidad de información que posee el sujeto en el momento le proporciona una mayor garantía de que *no-p* que de que *p*⁶⁶⁷.

Ahora bien, esta adulteración o manipulación de la evidencia por parte del sujeto se da a través de cuatro estrategias que han sido denominadas por MELE como (i) mala interpretación negativa (*negative misinterpretation*); (ii) mala interpretación positiva (*positive misinterpretation*); (iii) focalización/atención selectiva (*selective focusing/attending*); (iv) recopilación de evidencia selectiva (*selective evidence gathering*)⁶⁶⁸. En el primer caso, el deseo del sujeto de que *p* lo lleva a ignorar evidencia en contra de *p* que hubiera podido ser aceptada en la ausencia del deseo de que *p* sea verdadera. En el segundo caso, el deseo del sujeto de que *p* lo lleva a interpretar evidencias en apoyo de que *p* que hubieran podido contar como evidencias en contra de que *p*, en ausencia del deseo del sujeto en que *p* sea verdadera. En el tercer supuesto, el deseo del sujeto de que *p* lo lleva a no prestar atención a la evidencia en contra de que *p* y a enfocar su atención en la evidencia que apoya a *p*. Finalmente, el deseo del sujeto de que *p* lo lleva a ignorar evidencia en contra de que *p* y a sobre-enfocarse en la evidencia de que *p*.

En definitiva, el autoengaño es motivado porque permite proteger al sujeto de reconocer verdades dolorosas o dañinas, pero el que se engaña a sí mismo –en principio- no se da cuenta de aquello que lo hace engañarse a sí mismo y, aunque la motivación del sujeto sea fundamental para que permanezca en la ignorancia, esta ignorancia no es elegida por el sujeto.

Lo que parece ocurrir es un proceso mental en el que el subconsciente aleja al consciente de la percepción sensorial de la realidad suprimiendo de la mente consciente ciertos pensamientos y sentimientos que pueden funcionar en contra de la creencia del sujeto, lo que evidentemente lo hace actuar en contra de sus principios conscientes francamente profesados. Por ejemplo, en el caso del sujeto que cree que su esposa le está siendo infiel y siempre ha profesado que si fuera su caso inmediatamente pidiera el divorcio, se somete en un estado de creencia –a todas luces falso- motivado por el deseo de no afrontar la situación⁶⁶⁹. Frente a este escenario el sujeto de manera inconsciente sesga las fuentes del conocimiento que lo llevarían tener que enfrentarse a la situación. En definitiva, se trata de un proceso familiar para todos los individuos. No siempre se quiere enfrentar una situación dolorosa o perturbadora. De esta forma, el autoengaño

⁶⁶⁷ MELE, ALFRED. Op. Cit. p. 95

⁶⁶⁸ *Ibíd.* p. 94

⁶⁶⁹ Supongamos que se trata de la mujer de su vida o de una relación que le costó mucho construir, etc.

sirve en situaciones de la vida cotidiana para favorecer aquellas circunstancias en las que la información que se adapte más a nuestros intereses sea la preferida.

Por otro lado, el autoengaño puede representar ventajas estratégicas sobre todo en la forma en la que nos presentamos frente a los demás individuos. El autoengaño tiene dos ventajas adicionales: elimina la costosa carga cognitiva que normalmente se asocia con el engaño, y puede minimizar la retribución si se descubre el engaño⁶⁷⁰, es decir que representa beneficios sociales estratégicos.

Ahora bien, viendo el concepto de autoengaño en perspectiva, parecería ser que la *willful blindness* se constituye en una forma de autoengaño –al menos en algunos supuestos-, ya que el autor evita indagar o buscar información relevante de manera más o menos consciente y puede utilizarse como estrategia sobre todo para la preservación de la propia imagen en nuestras relaciones sociales. Pero si esto es así, ¿dónde se diferencian, entonces, ambos supuestos? LYNCH nos ofrece algunas respuestas relevantes, atendiendo a la actitud doxástica del sujeto en ambas situaciones.

Por lo visto, en el autoengaño se puede reconocer que el sujeto se encuentra frente a una evidencia que indica que alguna proposición es verdadera, sin embargo, el sujeto desea fervientemente que sea falsa, es decir, que p no sea verdadera. Frente a ello, el sujeto se aferra a la creencia de que $no-p$ evitando adquirir la información relevante que demostraría que p . En ese sentido, tanto en la ignorancia intencional como en el autoengaño existirá una proposición (p) que es verdadera, ante la cual el sujeto intencionalmente ignora o se auto-engaña frente a ella⁶⁷¹.

Sin embargo, en la ignorancia intencional el sujeto sospecha de la verdad de la proposición, mientras que en el autoengaño el sujeto asume una actitud doxástica frente a la proposición que no se encuentra fundamentada en la evidencia. Todo lo contrario, la evidencia le indica que $no-p$, pero el sujeto desea fervientemente de que p y evita, mal interpreta, obvia o desatiende dicha evidencia. La discrepancia que existe entre la actitud que se tiene y la actitud que se debería tener al seguir la evidencia no forma parte del concepto de la ignorancia intencional. En ésta

⁶⁷⁰ VON HIPPEL, WILLIAM./ TRIVERS, ROBERT. Op. Cit. p. 1

⁶⁷¹ LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 12; quien reconoce, empero que puede que existan situaciones en las que en el autoengaño la proposición no sea verdadera.

última, el sujeto bajo la sospecha de que la proposición es verdadera evita adquirir información relevante porque si lo hace confirmará sus sospechas. De hecho, si el sujeto intencionalmente ignorante estuviera seguro de que la circunstancia (*no-p*) no tendría sentido para él evitar la información, por lo tanto, sus sospechas se desprenden correctamente de la evidencia presente. Esta evidencia presente fundamentará las bases para las conjeturas del sujeto sobre la cual logrará la representación de la probabilidad de la presencia de la proposición y por ende, su evitación consciente. Y si bien es cierto que el auto-engaño también puede sospechar que *p*, a diferencia de la ignorancia intencional, en el autoengaño el autor debe creer que *no-p*⁶⁷².

En este punto, se desprende una característica diferenciadora de ambos conceptos. La ignorancia intencional, como su nombre lo indica, es deliberada, es deseada. En contraste, el autoengaño no necesariamente tiene que ser intencional. No hay, ni puede haber, ignorancia intencional negligente. Plantear esto último sería, en palabras de LYNCH, un oxímoron⁶⁷³. Esta es una diferencia que se presenta también frente a la ignorancia culpable, en este último caso, la ignorancia tampoco es intencional, no es *willfully*.

No obstante, pudiera ser que en algunas situaciones existan supuestos que se desdibujen entre las líneas de la ignorancia intencional y el autoengaño, llegando a confundirse ambos conceptos o, simplemente, que en algunos escenarios la *willful ignorance* se convierta en un tipo de autoengaño (*self-deception*). Por ejemplo, PUTMAN⁶⁷⁴ establece cinco tácticas para el autoengaño y entiende que la *willful ignorance* consiste en una de estas tácticas, encontrándose en el primer nivel o nivel más bajo de autoengaño y lo define como aquel estado en el que el sujeto se mantiene inconsciente respecto de alguna información que sabe que le va a disgustar.

El autor suprime la información, pero la información sigue estando disponible. PUTMAN entiende que en este nivel, el autor todavía no ha iniciado el desarrollo de las mentiras o el encubrimiento hacia sí mismo, por lo que en este estado el autor se encuentra emocionalmente consciente de que está evitando o evadiendo la información⁶⁷⁵. Empero, si el sujeto no se ha engañado a sí mismo y está consciente de que está evitando la información, cómo podría ser

⁶⁷² Sobre las semejanzas y diferencias entre la ignorancia intencional y el autoengaño vid. LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 10 y ss.

⁶⁷³ *Ibíd.* p. 13.

⁶⁷⁴ PUTMAN, DANIEL. “*Psychological Courage*.” University Press of America. USA. 2004 p. 14

⁶⁷⁵ *Ibíd.* Vid. TUANA, NANCY. “*The Speculum of Ignorance: The Women’s Health Movement and Epistemologies of Ignorance*.” *Hypathia*. Vol. 21. No. 3. USA. 2006. p. 11; quien entiende la *willful ignorance* como “un proceso sistemático de autoengaño, un abrazo deliberado de la ignorancia”.

esto un autoengaño si no reúne las características del autoengaño, al menos la de los casos paradigmáticos. Con todo, es interesante este planteamiento pues nos va enseñando la realidad de la actitud doxástica que opera en el sujeto que voluntariamente decide ignorar cierta información relevante.

Independientemente de que la *willful ignorance* y el autoengaño (*self-deception*) sean conceptos diferentes o conlleven actitudes diferentes, o ya una sea una especie de la otra, lo cierto es que los estados mentales en los que el autor busca la situación de ignorancia son reales, existen y forman parte de nuestra cotidianidad. La idea, entonces, es verificar en qué situaciones esta ignorancia intencional (*willful ignorance*) se erige en una entidad de tal naturaleza que lleve al autor a la realización de una conducta y merezca una sanción penal mediante la adscripción del conocimiento al sujeto. Con todo, no podemos dejar de indicar que no se trata de un comportamiento en el que exista un vacío cognitivo, todo lo contrario⁶⁷⁶.

En una situación en la cual el sujeto se da cuenta, se vuelve consciente, cree o sospecha del nivel de probabilidad de la presencia de la concurrencia de la circunstancia no hay lugar para reclamar un vacío cognitivo de dicha situación, máxime cuando se trata de una manipulación emocional y mentalmente consciente del sujeto, planeada cuidadosamente, con la deliberada voluntad e intención de ejecutar el comportamiento prohibido. En definitiva, en estas situaciones –al menos como aquí se entiende– la actitud del autor no puede percibirse como una cuestión aleatoria que surge a partir de la distracción, sino que consiste en un ardid del sujeto para poder llevar a cabo la actividad ilegal y poder eximir su actuación en una eventualidad de que la misma sea descubierta, es decir, se trata de una ignorancia estratégica.

Dicho esto, estamos en posición de presentar una construcción del concepto de *willful blindness* atendiendo a los elementos que entendemos componen esta figura para representar la actitud

⁶⁷⁶ Para entender el concepto de vacío cognitivo y una propuesta del mismo como estado mental, resulta imprescindible el trabajo de BEN-DAVID, GUY. “*Cognitive Void in Relation to Attendant Circumstances as Subjective Mens Rea.*” *New Criminal Law Review*. USA. 2015. pp. 418-476. En este trabajo el profesor de la Universidad Bar Ilan de Israel se dedica a fundamentar su posición haciendo un repaso por los estados mentales del sistema del *common law* y del *civil law* (este último desde la perspectiva alemana). Si bien no compartimos sus conclusiones en el entendido de que su propuesta de vacío cognitivo como inclusivo de un estado mental gradual no presenta las características necesarias para que se pueda comportar de manera unánime en todos los supuestos. En todo caso, a nuestro entender el planteamiento del autor de que el vacío cognitivo lleva una actitud del autor de indiferencia y falta de atención a los intereses ajenos, o bien se erige en una situación de ignorancia intencional o bien se tratará del concepto más propio a lo propuesto, a saber: un paradigmático supuesto de *recklessness*. Con todo, no deja de constituirse en una propuesta novedosa e interesante que requiere de atención y análisis.

doxástica del autor frente a la circunstancia concurrente o proposición inculpatória que pueda ser equiparada en términos de culpabilidad a aquel que actúa con conocimiento concreto de la situación.

3. Una propuesta estructural de *willful blindness*

En la sección anterior veíamos cómo los diversos autores que han trabajado la *willful blindness*, han intentado construir un acercamiento conceptual a la figura. De todos ellos, la propuesta de HUSAK & CALLENDER⁶⁷⁷ es la que más se ha acercado en términos conceptuales a lo que ha sido reconocido por los tribunales. De hecho, muchos autores han basado sus ideas planteadas sobre la base de las premisas sostenidas por éstos. A pesar de todo, algunas de las características o elementos que estos autores exigen, nosotros no lo damos por satisfechos o simplemente entendemos que no son necesarios a los fines de construir un concepto de *willful blindness*.

Por otro lado, la construcción de un concepto de *willful blindness* requiere reparar en la actitud que presenta el autor frente a la circunstancia de hecho (o proposición inculpatória) ante la cual se encuentra. Además, hay que reconocer que, de entrada, el propio término de *willful blindness* se erige en una composición complicada. Por un lado, el término *blindness* tiende a hacer referencia más a un estado físico que a un estado mental, pues la ceguera es una condición física. Esto ha llevado a muchos autores a preferir la utilización del concepto de *willful ignorance*, ya que el término *ignorance* (ignorancia) resulta más consecuente con el estado mental que parecería poseer el sujeto. Sin embargo, incluso partiendo del término *ignorance*, este concepto se erigiría en un tipo inusual de ignorancia⁶⁷⁸, pues al estar acompañado del término *willful* no puede envolver en el sujeto una actitud que implique que éste haya sido ajeno a la verdad o que no la haya creído. El sujeto debe haber decidido conscientemente buscar la situación de ignorancia, lo que implica haber estado consciente, así sea mínimamente, de la presencia de la proposición inculpatória o circunstancia concurrente.

En ese sentido, podemos afirmar con categórica seguridad que hablar de un ignorante voluntario (*willfully blind*) implica que el sujeto eligió ignorar una información relevante o, sencillamente, evitó adquirir los conocimientos necesarios con respecto a una determinada proposición

⁶⁷⁷ HUSAK, DOUGLAS. / CALLENDER, CRAIG. Op. Cit. p. 40 y ss.

⁶⁷⁸ Sobre esto, LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 6

inculpatoria. Pero si el sujeto eligió evitar la adquisición de una información relevante era porque el sujeto no estaba seguro de su existencia, pues si hubiese estado seguro de su inexistencia entonces no elige ni tiene la necesidad de evitar adquirir la información.

En consecuencia, y partiendo de lo que ha sido reconocido por LYNCH⁶⁷⁹, para poder indicar que alguien ha decidido evitar la adquisición de una información relevante acerca de la presencia de una proposición inculpatoria se debe establecer que: (i) el sujeto no sabía si existía la proposición inculpatoria; (ii) el sujeto era consciente de este hecho de sí mismo, es decir, no pensó erróneamente acerca de la existencia de la proposición inculpatoria; (iii) el sujeto, de forma intencionada y deliberada, permitió que las cosas se mantuvieran en este estado. Ahora bien, para que el sujeto haya decidido actuar de esta manera debe existir en él una actitud doxástica relevante que lo haya llevado a evitar adquirir la información relevante acerca de la proposición inculpatoria.

3.1 La actitud doxástica. Sospecha o creencia

La problemática que surge frente al establecimiento de la actitud doxástica del autor se vincula directamente por lo que se entiende por conocimiento. Desde las ciencias epistemológicas se parte de un planteamiento básico que consiste en establecer que el conocimiento es creencia verdadera justificada. De acuerdo a esta premisa, si la *willful blindness* es equiparable al conocimiento, entonces la actitud doxástica del autor debería estar constituida de una manera similar, es decir, el sujeto debería contar con una creencia sobre una proposición verdadera y que la misma esté justificada. Pero si esto fuera así, no habría necesidad de hacer utilización de un concepto que permitiera sustituir el *mens rea* del conocimiento (*knowledge*) por otro con características supuestamente similares. Así las cosas, la *willful blindness* no puede contar con los mismos elementos con los que contaría el conocimiento, pues esto haría inaplicable e inutilizable la figura jurídica. Sin embargo, deberá existir suficientes coincidencias entre ambos conceptos para que se pueda permitir la sustitución.

LYNCH entiende que la actitud doxástica del ignorante voluntario no debe ser ni más fuerte ni más débil que la sospecha de la proposición inculpatoria⁶⁸⁰. Es decir, el autor debe tener, al

⁶⁷⁹ *Ibíd.* p. 6

⁶⁸⁰ *Ibíd.*

menos, una sospecha acerca de la circunstancia concurrente. Sobre esto, es importante hacer una aclaración. Si bien es cierto que una simple sospecha del sujeto frente a la circunstancia del hecho puede hacer aparecer un estado de *willful blindness*, no se debe perder de vista que la sospecha se mide en grados⁶⁸¹, por lo que uno puede tener poca sospecha o mucha sospecha sobre la proposición inculpatória. En adición, si la *willful blindness* sólo debe hacer referencia a aquellos casos en los que la conducta del autor pudiera ser equiparada al conocimiento una simple sospecha sobre una probabilidad no es suficiente para esto. En ese sentido, a los fines de la *willful blindness* la sospecha acerca de la probabilidad de la existencia de la proposición inculpatória debe ser lo suficientemente seria o de la entidad suficiente (un grado de creencia relevante pero no creencia total) para que el sujeto tenga la suficiente confianza frente a la proposición inculpatória, pues, en su defecto, el sujeto no optaría por evitar confirmar o adquirir la información relevante acerca de la presencia de dicha proposición si estuviera confiado en su inexistencia.

Aquí debemos detenernos, nuevamente, a los fines de realizar algunas conceptualizaciones sobre la creencia. Se ha pensado que la creencia es una actitud mental que se posee o no, pero lo cierto es que la creencia, al igual que la sospecha, también se mide en grados. Se puede tener más creencia sobre una proposición que sobre otra (por ejemplo yo tengo más creencia en mi estatura y mi peso que en el hecho de que el universo sigue en expansión). De hecho, se ha entendido que la sospecha *per se* lo que implica o significa es un bajo grado de creencia (*degree of a belief*). Sin embargo, ARCHER reconoce la tensión que existe entre la idea de grados de creencia (*degree of a belief*) y la denominada creencia total o absoluta (*outright belief*), pues se sugiere que ambos conceptos no pueden ni sustituirse ni complementarse, toda vez que creer que algo es el caso, más o menos, implica tomarlo como cierto en alguna manera⁶⁸². Sin embargo, los epistemólogos Bayesianos tienden a ir más allá, alegando que la fuerza de la creencia que un sujeto invierte en una u otra proposición pueden asociarse con grados numéricos reales entre 0 y 1, donde 1 representa la certeza de la verdad, 0 representa la certeza de la falsedad y 0.5 representa agnosticismo perfecto. Así las cosas, los grados de creencia, así entendidos, se convierten en el objetivo básico de la evaluación epistémica para los Bayesianos, quienes luego proporcionan una historia detallada de cómo deben ser vigilados

⁶⁸¹ LYNCH reconoce esto. *Ibidem*.

⁶⁸² ARCHER, SOPHIE. *Op. Cit.* p. 272

racionalmente⁶⁸³. A este planteamiento se le ha llamado la visión del umbral o tesis lockeana (*threshold view* or *Lockean thesis*). Esta posición ha sido criticada por algunos autores⁶⁸⁴, y aceptada por otros autores con algunos matices⁶⁸⁵.

3.1.1 Carácter de la sospecha o creencia

Sin ánimo de extendernos en este debate, en el *criminal law*, a pesar de que no se menciona de manera expresa, se han reconocido los grados de creencia y su rol en la valoración de la culpabilidad. Después de todo, el conocimiento (*knowledge*) de una proposición requiere la creencia en dicha proposición y una creencia en una determinada proposición no puede coexistir con una creencia en su negación⁶⁸⁶. De esta forma, es el grado de creencia lo que va a determinar si el acusado fue o no consciente de la proposición inculpatoria. A mayor grado de creencia mayor certeza en la existencia de la proposición, a menor grado de creencia menor certeza. Ante esta situación, entendemos que la *willful blindness* requiere de un grado de creencia suficiente para que el sujeto decida evitar la adquisición del conocimiento con el cual podría adquirir la certeza o confirmación de su creencia. Con todo, el grado de creencia en el sujeto no adquirirá la relevancia suficiente para que se pueda decir que conocía la proposición.

Esto significa que la *willful blindness* debe llevar un grado menor que el conocimiento, pero ser de una entidad mayor que la desconsideración, ya que, estando en una o en otra, se haría inaplicable la figura. Frente a la primera porque no haría falta sustituir la *willful blindness* por el conocimiento y frente a la segunda, porque no contaría con el estado mental suficiente exigido por el estatuto.

⁶⁸³ Sobre esto, vid. EBERT, PHILIP A. /SMITH, MARTIN. “Introduction: Outright Belief and Degrees of Belief”. *Dialectica*. Vol. 66. No. 3. UK. 2012. p. 305-308.

⁶⁸⁴ Entre ellos, MILNE, PIETER. “Belief, Degrees of Belief and Assertions”. *Dialectica*. Vol. 66. No. 3. UK. 2012. pp. 331-349; quien entiende que si bien los grados de creencia tienen un papel en la toma de decisiones, hay mucha evidencia de que la teoría ortodoxa de la maximización de la utilidad subjetiva no es una buena descripción de lo que hacemos en la toma de decisiones y, posiblemente, tampoco es una buena guía normativa sobre cómo debemos tomar decisiones. MILNE demuestra cuán difícil es cuadrar la vista del umbral (*threshold view*) con una explicación plausible de afirmación y las normas que la rigen. Para él, existe poca verosimilitud en la idea de que un alto grado de creencia en una proposición garantice la voluntad de afirmarla.

⁶⁸⁵ Como por ejemplo WEDGWOOD, RALPH. “Outright Belief”. *Dialectica*. Vol. 66. No. 3. UK. 2012. pp. 309-329; quien a pesar de rechazar la visión del umbral plantea una posición en la que considera pasible que la creencia absoluta (*outright belief*) puede reducirse en grados de creencia. Para ello el autor plantea dividir entre dos roles distintos los grados de creencia, denominando al primero grados teóricos de creencia (*theoretical degrees of belief*) que consistirá en la fuerza que percibimos acerca de la justificación de las proposiciones y, el segundo, grados prácticos de creencia (*practical degrees of belief*), que son los que nos guían en nuestras deliberaciones prácticas.

⁶⁸⁶ Vid. JOHNSON, ERIC A. “Beyond Belief: Rethinking the Role of Belief in the Assessment of Culpability”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 3. USA. 2006. pp. 503-522

Por lo visto, esta parece ser la línea utilizada por la SCJ en la decisión de *Global-Tech* al establecer que la *willful blindness* requiere que el acusado subjetivamente haya creído en la alta probabilidad de la existencia del hecho⁶⁸⁷. Al hablar de creencia subjetiva la Alta Corte utiliza una modalidad probabilística propia de las ciencias bayesianas que implica reconocer en el sujeto un pensamiento u opinión interna que envuelve una creencia sobre una situación que frente a él se plantea con un nivel de incertidumbre pero que, en principio, puede reconocerse su proveniencia.

Ahora bien, esto conllevaría realizar dos aclaraciones adicionales. Por un lado, la creencia del sujeto es de una entidad que no alcanza el grado suficiente para que pueda considerarse que el sujeto sabía acerca de la proposición inculpatória. Pero por el otro lado, este grado de creencia lo es respecto a una alta probabilidad de la presencia de la proposición inculpatória. En definitiva, nos encontraríamos ante un planteamiento que pudiera parecer ambivalente, y es precisamente esto lo que nos permite establecer que el autor era consciente o que, al menos, se habría representado la verdad de la circunstancia concurrente o proposición inculpatória. Además, es esta representación o conciencia lo que hace que el autor evite la adquisición de la información que lograría la certeza.

Con todo es preciso hacer una aclaración. A los fines de salvaguardar las diferencias que pudieran significar una disparidad de opiniones sobre el alcance de uno y otro significado (bajo grado de creencia/alto nivel de sospecha), y en consonancia con los demás autores acerca de que la actitud doxástica del sujeto consiste en una sospecha (aunque seria y suficiente) sobre la existencia de la proposición inculpatória, utilizaremos estos conceptos como sinónimos, es decir, que una sospecha de gran entidad se encontraría dentro de un grado de creencia que no alcance un nivel relevante para hablar de conocimiento, pero que es suficiente para establecer que el sujeto se habría representado la situación de hecho o que tenía confianza en ella.

3.1.2 ¿Debe estar justificada la creencia subjetiva del sujeto?

HUSAK & CALLENDER⁶⁸⁸ indican que el sujeto intencionalmente ignorante puede tener evidencia fuerte y suficiente acerca de la proposición inculpatória como para contar que conoce

⁶⁸⁷ *Global-Tech vs. Seb, S. A., Inc.*, 131 S. Ct. at 2070

⁶⁸⁸ HUSAK, DOUGLAS. / CALLENDER, CRAIG. Op. Cit. p. 46 y ss.

la proposición inculpatoria y que en algunos casos el sujeto voluntariamente ignorante tiene una creencia en la proposición inculpatoria. Por su parte, LYNCH, basándose en éstos entiende que la sospecha del sujeto (él habla de sospecha) debe estar justificada⁶⁸⁹.

Como indicamos anteriormente, en los círculos epistemológicos, para que pueda decirse que una persona tiene el conocimiento sobre una determinada proposición, ésta debe ser verdadera, el sujeto debe creer en que es verdadera y debe tener justificada su creencia de que es verdadera⁶⁹⁰. Esto es muy importante ya que si el conocimiento consiste en tener una creencia verdadera y justificada sobre una proposición determinada, tener una sospecha no puede fundamentarse en suficiente para poder equiparar al autor voluntariamente ignorante con aquel que actúa con conocimiento concreto de la situación, salvo que dicha sospecha sea de una entidad suficiente o exista un grado de creencia sobre la verdad de dicha proposición.

Dicho esto, entendemos que la única forma en el que el sujeto puede adquirir una creencia subjetiva sobre una alta probabilidad de la existencia de un hecho es si esta creencia se encuentra sustentada sobre la base de indicios, inferencias o conjeturas realizadas por el sujeto a partir de la evidencia disponible en la circunstancia de hecho. Ahora bien, esto implica que la evidencia debe ser de tal envergadura que el sujeto haya decidido evitar la comprobación de su creencia, precisamente por haberse representado la existencia de la misma sin requerir de investigación. Sin embargo, más que tener una sospecha o creencia justificada (lo que equivaldría a decir que el sujeto sabía), entendemos que lo relevante a los fines de la *willful blindness* es que el sujeto haya sido consciente de poseer los medios para confirmar sus creencias y que estos no conlleven un riesgo para el sujeto. De esta forma, somos de la opinión que la justificación de la sospecha o creencia subjetiva del sujeto carece de relevancia a los fines de formar parte de los elementos de la *willful blindness*⁶⁹¹, ya que lo relevante es la conciencia del sujeto sobre la presencia de los medios para confirmar sus altas sospechas.

⁶⁸⁹ LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 7

⁶⁹⁰ Sobre esto, el planteamiento básico de GETTIER, EDMUND L. Op. Cit. pp. 121-123.

⁶⁹¹ En este punto HUSAK, DOUGLAS. /CALLENDER, CRAIG. Op. Cit. p. 46 y ss., plantean que la *willful blindness* no se debería extender a sujetos que tengan una sospecha infundada, sino que la misma debe estar restringida a aquellos que tengan razones objetivas para sus sospechas. Cuando estos autores plantean esta cuestión están pensando en sujetos que sufren de paranoia y otros estados mentales alterados, lo que para nosotros sería un debate para tomar en cuenta a los fines de la capacidad de actuar del sujeto y no como un element a ser tomado en cuenta para la figura.

3.2 Disponibilidad de la información y mecanismos de determinación

Para poder determinar que alguien fue un ignorante voluntario o intencional, es preciso que el mismo haya podido tener a mano la información, es decir, que el sujeto haya podido investigar o, lo que es lo mismo, le haya sido posible investigar. Además, el sujeto debe haber sido consciente de esta posibilidad de investigación. El sujeto debe haber podido determinar que mediante la investigación podría disipar sus dudas, confirmar sus creencias, justificar sus sospechas y adquirir la verdad acerca de la circunstancia concurrente o de la gravedad de su conducta.

Esto significa que si al sujeto le era imposible investigar o que por ello su vida hubiera corrido peligro, no estaremos en presencia de un ignorante voluntario (*willfully blind*). En ese sentido, los medios para la adquisición del conocimiento deben ser accesibles al sujeto sin que medie un esfuerzo insuperable en su obtención y los mecanismos de determinación de la información deben ser inocuos, es decir, no deben poder poner en riesgo al sujeto ni representar costo alguno. Esta exigencia hace que la intención del sujeto por permanecer en un estado de ignorancia se resalte.

3.3 La intención de evitación y acciones deliberadas

Este elemento o característica se instaura como la principal. El sujeto debe tener la intención de crear o mantener su estado de ignorancia. La ignorancia no puede ser producto de un descuido del autor, de una imprudencia, negligencia o desconsideración de su parte. Debe ser su propósito consciente, su deseo, su intención. La finalidad o los motivos que tenga el autor para ello son irrelevantes a los fines de conceptualizar la *willful blindness*.

Ahora bien, este planteamiento hace surgir una serie de preguntas que resultan de capital importancia analizar. ¿Por qué?, ¿es la ley la que le exige al sujeto investigar?, ¿por qué debe el sujeto disipar sus dudas frente a una circunstancia concurrente antes de continuar con la realización de su acción?, ¿existe un deber de conocer, de investigar?.

Estas interrogantes hacen que debamos detenernos en su análisis y respuesta. Ya hemos visto, al analizar la propuesta de Sarch que no existe un deber legal de investigar. La ley no le exige

al sujeto detenerse a investigar las consecuencias de sus actos o las circunstancias ante las que se encuentra.

Sin embargo, si bien nosotros entendemos que no existe un deber de investigación razonable ni de adquisición del conocimiento, entendemos que sí existe un deber ético de actuar como ciudadano responsable, de evitar la comisión de delitos, de evitar la vulneración de los derechos ajenos y de evitar el daño a los demás. Esto podría denominarse un deber de investigar o un deber de conocer, pero desde nuestra perspectiva este será siempre deber moral, no un deber legal. Se trataría a lo sumo de un deber básico propio del principio elemental del derecho penal que exige no dañar a otros, que exige que la atribución de derechos conlleve una contraprestación de deberes. En definitiva, se trataría de la máxima jurídica básica del *neminem laedere o alterum non laedere*.

En esencia, sería un deber derivado del principio de culpabilidad que exige al autor desistir de su conducta cuando ha tomado conciencia de que la misma presenta un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho. Lo que no nos parece razonable es hacer depender la culpabilidad del sujeto por el incumplimiento de este deber, por la omisión de este deber. La culpabilidad del sujeto debe recaer en el sujeto por su actitud, por haber actuado a pesar de sus sospechas, por haber diseñado una estrategia de ceguera frente a las evidencias altamente sugerente de que su conducta era criminal, de que la circunstancia en la que se encontraba era incriminatoria. En definitiva, la culpabilidad del sujeto debe recaer sobre el mismo por haber actuado a pesar de la conciencia que tuvo del riesgo que representaba su conducta.

Por otro lado, entendemos que defender la existencia de un deber legal de conocer haría resurgir en el sujeto una responsabilidad en caso de que dicho deber se vulnerara de manera descuidada o negligente. Pero esto no es *willful blindness*. Esto sería un caso de ignorancia culpable, es decir, un supuesto donde el sujeto en un primer momento de acción realiza un acto u omisión imprudente y como consecuencia realiza otra acción en situación de ignorancia. Esta ignorancia se torna culpable y el sujeto se hace merecedor de reproche porque su omisión no debió haber ocurrido, porque su acción estuvo amparada en una ignorancia que en su esencia era reprochable. Pero este juicio de reproche que se realizará sobre el sujeto, a lo sumo, constituirá un juicio de reproche por imprudencia, por no haberse comportado el autor como lo habría hecho una persona razonable en su lugar.

La *willful blindness* requiere otra cosa. Su propio nombre lo indica. El concepto de *willful* adquiere un matiz normativo que sugiere un tono peyorativo⁶⁹². Cuando se hace referencia a la palabra *willful* en el *criminal law*, se asume que el sujeto actuó “voluntaria y deliberadamente, con la intención específica de hacer algo prohibido por la ley, es decir, con un mal propósito a los fines de desobedecer o ignorar lo prescrito por la ley”⁶⁹³. De aquí podemos deducir que no se trata de una mera intención o deliberación, sino de una acción dirigida en contra de lo que la norma establece como prohibido. Se trata de una intención específica de cometer el delito en contra de los intereses de los demás, en contra de lo que establece la ley.

Esto es lo que hace que esta figura jurídica se distinga de la *recklessness* y de la *negligence*, ya que conlleva un grado de culpabilidad mayor al que estos dos estados establecen. No se trata de una indiferencia hacia lo prohibido, no se trata de un descuido, de una ausencia de curiosidad, sino todo lo contrario. Es el deseo del sujeto de cometer la infracción bajo el manto aparente de una ignorancia que permita, ya hacer percibir un beneficio al autor a raíz de su ilícito actuar o simplemente tener un excusa posterior frente a la eventualidad de ser descubierto. Lo cierto es que el sujeto se arroja bajo una apariencia de ignorancia para cometer una infracción de manera consciente. Con todo, todavía esto no es conocimiento concreto, ni trasciende los límites del conocimiento concreto. Entonces, ¿por qué y bajo qué supuestos se permitiría que la ley tratara estos casos de la misma forma en la que trata aquellos en los que el autor actúa con conocimiento cierto de las circunstancias?

4. Una defensa de la Tesis de Equiparación Culpable (TEC)

La respuesta que requiere la interrogante planteada hace que necesariamente se deba realizar o defender una TEC. Lo cierto es que a pesar de todos los elementos que contiene la *willful blindness*, la misma no alcanza a sostener un estado de conocimiento concreto como lo exigen

⁶⁹² En este mismo sentido, LYNCH, KEVIN. Op. Cit. pp. 8-9

⁶⁹³ Si bien su establecimiento no ha sido pacífico, pues las decisiones indican que esta acepción no es exacta para todos los delitos. De hecho, la SCJ ha advertido que este estado mental puede incluso ser diferente para elementos del mismo crimen y que dicho elemento abarca más que las dos posibilidades de intención general e intención específica. Vid. *Liparota v. United States*, 471 U.S. 419, 423. (1985). Esto es así, en virtud de que por ejemplo, en los casos de los estatutos tributarios, el término *willful* se ha establecido en el sentido de que el autor ha realizado el hecho con voluntariamente y con la intención de vulnerar un conocido deber legal. Empero, en otros casos (donde no existe un deber legal) se utiliza el concepto como que el acto prohibido fue realizado deliberadamente y con conocimiento. Con todo, varios tribunales e instrucciones al jurado establecen una concepción acorde a la aquí expuesta. Vid. *United States v. Kerley*, 643 F. 2d. 299 5th Cir. Unit B (1981); *United States v. Hunt*, 794 F. 2d 1095. 5th Cir. (1986); Cfr. *United States v. Pomponio*, 429 U.S. 10 (1976); donde se discute el concepto frente a casos que envuelven estatutos tributarios.

los estatutos criminales del *common law*. Sin embargo, la actitud que despliega el autor con su conducta hace que la misma se asemeje a la actitud que presenta el autor cuando realiza el hecho con conocimiento concreto de la circunstancias. En ese sentido, una vez el autor ha tomado conciencia de la probabilidad de que su conducta riesgosa es capaz de materializar un determinado resultado y causar un daño, si el autor prosigue con la realización de la misma se encontrará desdibujado entre las líneas del conocimiento. Pero para poder otorgar el mismo nivel que el conocimiento, se debe sostener una TEC que permita atribuir un mismo grado de culpabilidad entre la conducta del autor voluntariamente ignorante y aquel autor que actúa con conocimiento concreto sobre la circunstancia concurrente.

De esta forma, nuestra propuesta de fundamentación de la TEC consistirá en defender los elementos que fueron establecidos por la SCJ en la decisión de *Global-Tech*. De entrada debemos reconocer que no estamos frente a una propuesta que a la fecha pueda denominarse mayoritaria. De hecho, todavía ésta no ha encontrado un apoyo en la doctrina⁶⁹⁴ y solamente ha sido reconocida por los circuitos Tercero⁶⁹⁵ y Séptimo⁶⁹⁶. Sin embargo, frente a las demás propuestas presentadas y que vimos en la sección anterior, entendemos que esta es la que mejor sostiene una equiparación culpable entre la conducta de aquel autor que actúa con *willful blindness* y aquel que actúa con conocimiento concreto (*knowledge*) sobre la circunstancia concurrente. Además, entendemos que esta propuesta permite identificar, mediante un estándar de prueba razonable, que la actitud del autor al gestionar su ignorancia presenta un grado de reprochabilidad idéntico al de aquel autor que actúa con pleno conocimiento sobre los hechos. En esencia, la SCJ reconoció que para la *willful blindness* se hacía necesaria la prueba suficiente de los siguientes requisitos: (i) el imputado subjetivamente debe creer que existe una alta

⁶⁹⁴ Sin embargo, un planteamiento similar, con matices, podría extraerse de una opinión de MCELMAN, MARK. “A New Conception of Willful Blindness: The Supreme Court of Canada’s decision in *R. v. Sansregret*”. *Dalhousie Journal of Legal Studies*. Canada. 2011. p. 331; cuando reconoce que una concepción más productiva de la *willful blindness* sería aquella que se enfoque, no en una supresión deliberada de la conciencia del riesgo, sino más bien en una supresión activa. Con todo, MCELMAN fundamenta su posición en la omisión de investigar por un deseo de permanecer ignorante. En su planteamiento, la *willful blindness* parecería ser un tipo de conocimiento virtual que podría ser encontrado por un tribunal cuando exista prueba de que el imputado se dio cuenta de la necesidad de una investigación adicional, pero se niega a realizarla porque no desea saber la verdad. En cierto sentido, el imputado ha interpretado una situación en la que técnicamente puede negarse el conocimiento pero, simplemente, porque fue una opción del autor de permanecer ignorante. Para MCELMAN, la sensación que produce la doctrina no resulta cómoda, pues el único motivo que tendría un autor para participar en este tipo de gestión del riesgo cognitivo residiría en un reconocimiento implícito de la existencia de dicho riesgo y un reconocimiento de este tipo ya estaría desdibujado en la desconsideración (*recklessness*). En conclusión, la *willful blindness* para este autor termina siendo una forma complicada de *recklessness* y la única forma de diferenciarla de este último estado mental es planteando una supresión activa de la conciencia del riesgo.

⁶⁹⁵ *United States v. Scarfo* et al. 11-Cr-740 RBK (D.N.J.)

⁶⁹⁶ *United States v. Macias* No. 13-2166 7th Cir. (2015)

probabilidad de la existencia de un hecho y, (ii) el imputado debe tomar acciones deliberadas para evitar el aprendizaje de este hecho⁶⁹⁷.

En ese sentido, nuestra propuesta se fundamenta en el hecho de que para actuar con *willful blindness* se requiere que el autor tome “acciones deliberadas”, pero en el sentido en que lo entendió la SCJ al establecer que estas acciones eran sinónimos de “esfuerzos activos” o “pasos deliberados” en la evitación del aprendizaje del hecho o circunstancia presente, en lugar de una mera demostración de indiferencia deliberada (*deliberate indifference*⁶⁹⁸).

Así, la prueba exigida para dar por satisfecha la regla de la *willful blindness* deberá demostrar, más allá de toda duda razonable, que el autor no simplemente omitió tomar conocimiento de la circunstancia concurrente, sino que fue su propósito evitar adquirir conocimiento de la circunstancia con la única finalidad de poder llevar a cabo la actividad criminal. De esta forma, no es necesaria la prueba de un motivo último del autor, pero sí la prueba de la existencia de estos esfuerzos. Tampoco se trata de la omisión de un deber de investigación razonable sino del propósito consciente de ser ignorante para satisfacer el deseo de participar o llevar a cabo la infracción. En definitiva, se trata de un ardid creado por el propio autor que hace que su conducta sea reprochable con la misma intensidad de aquel autor que realizaría la conducta con pleno conocimiento de los hechos.

Ahora bien, la pregunta que surge ante este planteamiento es ¿qué tan activos deben ser estos esfuerzos?⁶⁹⁹. Sobre esto, ya hemos aclarado que no se trata de una simple omisión, sino de la realización de dos tipos de acciones, por un lado, una acción positiva que tienda a evitar la adquisición del conocimiento relevante o, por otro lado, que el sujeto haya bloqueado intencionalmente todas las fuentes del conocimiento.

⁶⁹⁷ *Global Tech Appliances, Inc. v. SEB, S. A.* S. Ct. 2060 (2011) at. 2070.

⁶⁹⁸ Este concepto de indiferencia deliberada es más propio de la *recklessness* y tiene su aplicación en el derecho civil, por lo que debe considerarse un estado mental menor que el conocimiento (*knowledge*) y en consecuencia, menor que el de *willful blindness*. Sobre este término vid. KINNEY, HEATHER M. “*The Deliberate Indifference Test Defined: Mere Lip Service to the Protection of Prisoners’ Civil Rights*”. Temple Political & Civil Rights Law Review. En adición en *Global-Tech* se realiza una diferenciación de este concepto y el de *willful blindness*. En definitiva, la indiferencia deliberada conlleva no prestar atención a un riesgo sustancial y relevante de causación de un daño.

⁶⁹⁹ Esta misma interrogante la plantea DANIEL, ALEX ROBERT. “*Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge*.” Law School Student Scholarship. Seton Hall Law. Paper 347. USA. 2013. p. 22; “*how much action is deliberate action?*” (¿Qué tanta acción es una acción deliberada?)

A diferencia del tratamiento que algunos Circuitos de Apelación le dan a la cuestión, nuestra propuesta reconoce que no se trata de un simple fallo del sujeto en la investigación con intención de permanecer en estado de ignorancia. Más bien de lo que se trata es de una decisión consciente de evitar tomar conocimiento mediante la realización de actividades que tiendan a evadir las fuentes con las que se obtendría el conocimiento o bien mediante una evitación consciente e intencional en la que el autor cierre todas las fuentes del conocimiento.

En efecto, existen acciones que si el sujeto las realiza obtendrá el conocimiento y existen acciones que si el sujeto no las realiza, obtendrá el conocimiento, y esto es de conocimiento del sujeto⁷⁰⁰. En ese sentido, ya sea por evitar realizar las acciones que podrían dar con el conocimiento como por realizar aquellas acciones que no den con el conocimiento, el sujeto demuestra un propósito consciente en la gestión de su ignorancia. Ahora bien, en aquellos casos en los que exista un deber especial por parte del autor de frenar una determinada fuente de peligro, es reconocible que bastará una simple omisión en el cumplimiento de dicho deber para fundamentar la *willful blindness*. Mientras tanto, cuando no exista un deber de investigar, estos esfuerzos activos deberán demostrar no solo que el autor se mantuvo en estado de ignorancia a raíz de una simple omisión de su parte, sino que el mismo realizó esfuerzos para permanecer así por ser este su propósito. El tratamiento de un supuesto real por parte del Séptimo Circuito de Apelación permitirá aclarar esta idea.

En una decisión prácticamente reciente, el Séptimo Circuito sostuvo que el Tribunal de Circuito había otorgado una errónea instrucción de *willful blindness*, pues no hubo pruebas de que el acusado hubiera tomado medidas para evitar el conocimiento de la actividad delictiva específica. Sobre esta base la Corte rechazó el argumento de la acusación de que la instrucción había sido otorgada bajo el fundamento de que el imputado se involucró en una evitación psicológica. Por otra parte, la Corte concluyó que simplemente no hubo pruebas de que el imputado actuara de manera antinatural en la omisión de realizar posteriores investigaciones, por lo que no daba cabida a una instrucción de *willful blindness* en esta ocasión⁷⁰¹.

El caso trató sobre lo siguiente⁷⁰²: Macías fue imputado por el gobierno de participar en una conspiración masiva de tráfico de drogas mediante el transporte de los bienes obtenidos por la

⁷⁰⁰ LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 8; quien reconoce estos tipos de acciones.

⁷⁰¹ Extraída de *United States v. Macias*, No. 13-2166. 7th Cir. (2015).

⁷⁰² Los hechos son extraídos de la sentencia, con modificaciones idiomáticas

conspiración desde EE.UU., hasta México. En este proceso el gobierno imputó a Macías el delito de conspiración para distribuir al menos cinco kilogramos de cocaína en violación a la sección No. 21 U.S.C §846 y 18 U.S.C. §2. También, le fue imputada la violación a la sección No. 18 U.S.C. §1960, sobre conducir sin licencia o la debida autorización legal, un negocio de transmisión de dinero.

Macías había sido condenado anteriormente por participar en una conspiración para contrabandear personas (mexicanos en su mayoría) a través de la frontera. Después de regresar a México, estableció un negocio legítimo de autobuses que transportaba gente de México a los Estados Unidos. Un miembro de un cártel (no está claro si Macías sabía esto) se le acercó y le pidió que trasladara dinero de los EE.UU., a México. Él asumió (y así también le fue indicado) que el dinero provenía del tráfico de personas.

El gobierno presentó pruebas periciales de un agente federal de que las sumas de dinero que Macías manejaba excedían con creces lo que generaría una red de contrabando humano. Con base en esa evidencia, el gobierno solicitó y recibió la instrucción de *willful blindness*. Así, la Corte de Distrito condenó a Macías a la pena de 300 meses de prisión por el delito de conspiración y a 60 meses de prisión por el delito de transferencia de dinero. Macías apeló la decisión con respecto a la primera infracción.

La instrucción brindada ante el tribunal de juicio se fundamentó en el patrón de instrucciones del Séptimo Circuito⁷⁰³ que consagra que “el jurado puede encontrar que el acusado actuó con conocimiento si encuentra, más allá de toda duda razonable, que el acusado tenía una fuerte sospecha de que el dinero transportado [en este caso] era producto del narcotráfico y que *evitó deliberadamente la verdad*⁷⁰⁴. No se puede encontrar que el acusado actuó con conocimiento si simplemente se equivocó o descuidó al no descubrir la verdad, *o si no hizo un esfuerzo por descubrir la verdad*⁷⁰⁵.

⁷⁰³ “You may find that the defendant acted knowingly if you find beyond a reasonable doubt that he had a strong suspicion that the money transported in this case was the proceeds of narcotics trafficking and that he deliberately avoided the truth. You may not find that the defendant acted knowingly if he was merely mistaken or careless in not discovering the truth, or if he failed to make an effort to discover the truth.”

⁷⁰⁴ *Deliberately avoided the truth*

⁷⁰⁵ *If he fails to make an effort to discover the truth.*

La Corte observó la tensión existente entre las dos frases en cursiva y procedió a interpretar las mismas. La acusación había indicado al jurado que podría condenar si encontraba que Macías deliberadamente había evitado la verdad y que no podía condenar si había fallado en realizar un esfuerzo por descubrir la verdad. La acusación, no obstante, indicó que la primera frase permitía la condena en este caso.

La Corte sostuvo que la segunda frase dejaba claro que no existía un deber de investigar por parte del autor. Sin embargo, respecto de la primera frase, sostuvo que no hubo evidencias de que Macías tomara "alguna medida activa para evitar confirmar" sus sospechas. Por otro lado, una segunda posibilidad de interpretación era la denominada "evitación psicológica" (o "estar en negación" o "negarse a enfrentar los hechos"). La Corte nuevamente no encontró evidencia de que Macías tomara medidas activas para evitar que se confirmaran sus sospechas. En definitiva, la Corte sostuvo que una instrucción de *willful blindness* "no debería darse a menos que exista evidencia de que el acusado participó en un comportamiento que podría interpretarse razonablemente como destinado a protegerlo de la confirmación de su sospecha de que estaba involucrado en una actividad delictiva"⁷⁰⁶. La Corte utilizó dos ejemplos hipotéticos para la fundamentación de los argumentos: uno donde el acusado, cuando se le ofreció que le dijera la fuente de los fondos, dijo que no quería saber, y el otro donde el acusado cambió su ruta de viaje para evitar pasar por una casa donde él temía que viera la actividad criminal que estaba teniendo lugar.

De esta forma, la Corte mantuvo el criterio de que la *willful blindness* se daba a través de una evitación psicológica y de una evitación física. Sin embargo, la evitación debe ser activa, es decir, se debe mostrar la "evitación activa" por parte del imputado del hecho en cuestión, ya sea mediante la disminución de la información ofrecida o mediante la modificación o de los procedimientos que podrían haber revelado el hecho. En este sentido, la falta de una mayor debida diligencia, o la simple indiferencia del demandado al investigar la situación, no resultará suficiente para respaldar una condena penal.

Así las cosas, la exigencia que se defiende en este apartado requerirá del imputado una acción tendiente a evitar el conocimiento de los hechos. Esta acción podrá tener lugar mediante un corte intencional de la curiosidad normal frente a las vías de información o a través de la

⁷⁰⁶ Vid. *United States v. Macias* No. 13-2166, 7th Cir. (2015) p. 4.

realización de procedimientos alternos en los cuales el imputado tienda a no dar con el conocimiento de las circunstancias. En esencia, esta actitud del autor demostrará su propósito consciente de evitar la información como un mecanismo de protección para poder continuar con la realización de su actividad delictiva. En esta situación, esta conducta o actitud demuestra un elevado nivel de reproche que puede ser equiparado al del autor que actúa con pleno conocimiento de la circunstancia. Este nivel de reproche se fundamentará en el esfuerzo realizado por el autor para evitar la confirmación de sus sospechas, en la actitud que presenta su decisión de permanecer oculto ante la evidente circunstancia mediante el sesgo de la información relevante para poder llevar a cabo su conducta riesgosa. En este escenario se puede decir con práctica certeza que (i) el autor prácticamente sabía que su conducta o que conocía sobre la circunstancia en la que se encontraba, (ii) tenía una alta probabilidad de materializar una infracción criminal. Son por estas razones que al autor se le puede atribuir el conocimiento de los hechos.

En aquellos casos en los que no haya evidencias de que el autor realizó esfuerzos activos para evitar el aprendizaje de la verdad tendremos que rechazar una instrucción de *willful blindness*, ya que otorgarla – sin un fundamento sostenido ante la abrumadora evidencia- no podrá ser considerado un error inofensivo (*harmless error*). En definitiva, esta TEC limita la utilización de la *willful blindness* únicamente a aquellos casos en los que se pueda establecer que el autor prácticamente sabía que su conducta era criminal o que se encontraba ante una circunstancia incriminatoria.

Con esta posición, el estándar de prueba exigido para la aprobación de una instrucción de *willful blindness* lograría evitar que aquellos autores que no hayan actuado con conocimiento cierto por descuido, desconsideración o negligencia, se vean colocados en una posición en las que se les pueda atribuir el conocimiento concreto de los hechos, dando cumplimiento así a las garantías protectoras de los derechos fundamentales del imputado y estando acorde con las exigencias del principio de legalidad.

Ahora bien, una posible objeción a la que se enfrenta este planteamiento ha sido destacada por SARCH⁷⁰⁷. Para él, restringir la *willful blindness* solo a aquellos casos en los que se tomaron medidas afirmativas para preservar la ignorancia se basa en la muy difamada distinción entre

⁷⁰⁷ SARCH, ALEXANDER. “*Willful ignorance in law...*” Op. Cit. p. 5

acciones y omisiones. Es difícil establecer la distinción entre acción y omisión de una manera basada en principios, ya que las omisiones putativas se pueden reescribir como acciones. En ese sentido, para este autor el planteamiento aquí defendido es un planteamiento de principios.

Sin embargo, hemos podido observar cómo se comporta este planteamiento en la práctica. La posición que aquí se defiende dependerá prácticamente de la prueba que exista sobre el esfuerzo del autor en la evitación del aprendizaje del hecho. Resulta, también, un poco paradójica la objeción que plantea SARCH pues precisamente esta es la crítica que se enfrenta a su defensa de la TEC, es decir, la incapacidad de dar respuesta a los casos de omisión, sobre todo en aquellos supuestos en los que el autor no tenga un deber de actuar. Por otro lado, la objeción de SARCH puede ser salvada atendiendo al criterio establecido por el Séptimo Circuito, en el entendido de que los esfuerzos activos del autor pueden ser probados a través del corte psicológico de la curiosidad normal.

Imagínese el supuesto en el que una persona tiene la sospecha de estar transportando en su maleta una cantidad considerable de cocaína de un país a otro. Un esfuerzo activo en este supuesto consistirá en las actitudes que adopte el autor con la finalidad de no dar con la confirmación de sus sospechas, por lo que un corte en la curiosidad normal deberá ser suficiente para dar por acreditado el propósito del autor en no tomar conocimiento, pues cualquier actividad realizada por ella tendiente a distraerse de la apertura de la maleta será suficiente prueba para considerar presente la *willful blindness*, según la posición aquí defendida. Se debe recordar, además, que las evidencias deben ser abrumadoras. En este caso, un indicio sería la cantidad de dinero percibida, ya que nadie pagaría una suma de dinero por transportar una maleta en un avión, otro indicio pudieran ser las palabras que pudo haber dicho el imputado, etc. La circunstancia es tan evidente, sobre todo ante un supuesto de práctico conocimiento general, que a nadie se le ocurriría decir que se trató de un error o de una negligencia. En realidad, estamos suponiendo que este es el ejemplo en el cual se basa SARCH para su planteamiento, pues es donde se puede apreciar con mayor claridad.

La pregunta sobre si el corte de la curiosidad normal es un comportamiento activo u omisivo es un debate irrelevante frente a la prueba suficiente de la creencia subjetiva del autor y de su distracción o mecanismos utilizados para sencillamente no abrir la maleta. Empero, en supuestos más complejos la actitud positiva de un esfuerzo activo por parte del autor será determinante para comprobar la intención real del sujeto de evitar el aprendizaje de los hechos.

De lo que se trata, entonces, es de recolectar la mayor cantidad de pruebas tendientes a demostrar que la ignorancia alegada por el autor fue producto de un propósito de no conocer con la finalidad de poder seguir realizando la acción. Con todo, es reconocible que cualquier comportamiento omisivo conlleva a la vez un comportamiento activo, a saber, un no hacer o simplemente hacer algo diferente.

Como pudimos observar en la sección anterior YAFFE plantea la *willful blindness* desde el punto de vista de la omisión de investigar⁷⁰⁸, al ofrecer su versión de la culpabilidad basada en un modelo de utilidad acerca de lo que se puede esperar de las motivaciones criminales.

Como vimos, la culpabilidad dependerá de la fuerza de la preferencia del autor para promover sus propios intereses en comparación con los intereses de los demás. YAFFE demuestra, entonces, que al menos en algunos casos, se puede estar seguro de que quien actúa con *willful blindness* es tan culpable como quien actúa con conocimiento concreto de la situación. En consecuencia, en estos casos un sujeto actuará con *willful blindness* cuando su ignorancia sea el resultado de una omisión de investigar en un momento previo si el hecho estaría presente en el momento de la acción. En estos casos, entonces, se le debe otorgar el mismo tratamiento legal que aquel que actúa con conocimiento del hecho al momento de la acción⁷⁰⁹. Es decir, para YAFFE, el autor necesita preservar su ignorancia sobre si el hecho existe o el daño se producirá en orden de poder llevar a cabo su acción, ya que investigar el hecho arriesgaría la obtención de los beneficios que obtendría el autor por su accionar.

Como puede verse, el planteamiento de YAFFE no se distingue de los supuestos planteados por aquellos autores que defienden un motivo del autor para permanecer en la ignorancia. Por otro lado, la postura de YAFFE se constituye en radicalmente opuesta a la aquí defendida y puede oponérsele que no permite distinguir entre los supuestos en los que el autor omite la investigación por descuido o negligencia. Sin embargo, la objeción más fuerte a la que se enfrenta la propuesta de YAFFE es que asume que si el sujeto tomase conocimiento concreto de su accionar o de la circunstancia concurrente, desistiría de la realización de la acción. Este argumento no puede trascender, pues parte de un supuesto hipotético que no es demostrable en la realidad. En todo caso, desde la postura que aquí se defiende, y haciendo utilización del

⁷⁰⁸ Vid. YAFFE, GIDEON. “*The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance*”. Criminal Law and Philosophy. UK. 2016.

⁷⁰⁹ *Ibíd.* p. 2

mismo modelo hipotético, se partiría de la base de que el autor realizaría la misma acción si tuviera pleno conocimiento de las circunstancias. No se puede perder de vista que la *willful blindness* es siempre un comportamiento intencional. Una ignorancia producto de un descuido o una negligencia no debería constituirse como voluntaria, pues no ha sido producto de la intención del autor.

5. Toma de Postura ¿Qué es la *willful blindness*?

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

Ante todo, el sujeto debe haber tenido sospechas de suficiente entidad o una creencia subjetiva de que la circunstancia de hecho estaba presente o de que su conducta era criminal. En ese sentido, ya se utilice el concepto de creencia subjetiva o de alta sospecha, lo que se quiere significar es un nivel de representación o confianza suficiente del autor frente a la circunstancia concurrente. Sin embargo, la representación también se mide en grados y uno podrá tener mucha representación o poca representación frente a una determinada circunstancia. En ese sentido, se debe tomar en cuenta la exigencia de que la representación, sospecha, grado de creencia o confianza, debe ser establecido frente a una alta probabilidad de la existencia de un hecho. Entonces esto no lleva al siguiente cuestionamiento: ¿Cuándo un sujeto tiene sospechas sobre una alta probabilidad de la existencia del hecho, se puede decir que se lo representó? Nosotros entendemos que sí, máxime cuando la sospecha exigida es una de gran envergadura o entidad relevante. Además, si se exige que dicha sospecha lo haya sido frente a una alta probabilidad de la existencia de un hecho, parecería obvio que nos estamos desenvolviendo entre las líneas que rodean el conocimiento, pero todavía no se puede decir que haya habido conocimiento concreto de conformidad con lo que exigen los estatutos.

Esto nos lleva a la problemática real de la *willful blindness* en el *common law*. El problema de la *willful blindness* y del conocimiento (*knowledge*) en el *common law*, es un problema estructural de composición estatutaria. Si bien es cierto que el MPC estableció que el estado

mental mínimo requerido para la responsabilidad penal -en aquellos casos en los que el estatuto no hiciera referencia expresa a un *mens rea*- debería interpretarse que es la *recklessness*, no menos cierto es que el derecho federal no adoptó estos lineamientos. En este sentido, cuando el estatuto penal federal exige el conocimiento (*knowledge*) como estado mental lo que está indicando es que aquel autor que realice el *actus reus* con un *mens rea* de *recklessness* no podrá ser considerado culpable de la violación del estatuto.

Frente a esta situación, las conductas riesgosas realizadas por sujetos que pudieron prever o tener conciencia acerca de la circunstancia concurrente en la que se presentaban y optaron de manera estratégica por no adquirir el conocimiento requerido por el estatuto, fue lo que llevó a la jurisprudencia a hacer uso de una figura que permitiera ampliar el radio de aplicación o interpretación del conocimiento para dar cabidas a este tipo de comportamiento criminal estratégico, ya que la mera representación del riesgo que conllevaba la conducta del autor o la indiferencia hacia el resultado por parte éste con respecto a su conducta riesgosa, no sería suficiente para imputar al autor la violación del estatuto. Ante este tipo de situaciones es que nace la *willful blindness*.

Ahora bien, las dificultades creadas por su aplicación desde su nacimiento hicieron que los tribunales fueran creando restricciones para su uso, pues tomaron conciencia de los riesgos que implicaba una errónea aplicación de la misma. La doctrina académica, por su parte, en un intento de comprender el fenómeno, intervino en su construcción sometiendo la figura a una serie de restricciones conceptuales e intentando delimitar aquellos supuestos en los que una aplicación de la figura estaba justificada.

De esta forma, desde un punto de vista conceptual, estaremos en presencia de un ignorante voluntario, deliberado o intencional (*willfully blind*) cuando: (i) El sujeto sea racional, (ii) la proposición sea verdadera; (iii) el autor tenga una creencia subjetiva o una sospecha seria y de entidad suficiente de estar en presencia de la circunstancia concurrente o proposición inculpatória y, (iv) el sujeto realice acciones deliberadas y alternas tendientes a evitar el conocimiento o no realice aquellas acciones con las que podría adquirir el conocimiento.⁷¹⁰

⁷¹⁰ En un sentido similar, aunque con otros planteamientos LYNCH, KEVIN. Op. Cit. p. 9

En ese sentido, y ante la evidencia de este supuesto, la doctrina de la *willful blindness* se proyecta como una regla procesal de alcance limitado. Sin embargo, esta regla procesal no puede confundirse con la regla evidenciaría que indica que la misma prueba que permite demostrar la ignorancia deliberada puede constituir evidencia de la cual un jurado puede inferir el conocimiento actual⁷¹¹. Con todo, la evidencia debe ser abrumadora y debe demostrar que el autor realizó esfuerzos activos para la evitación o adquisición del conocimiento. Además, en aquellos casos donde exista evidencia suficiente del conocimiento concreto del autor, no podrá ser aplicada la doctrina de la *willful blindness*. Asimismo, en aquellos casos donde la evidencia no permita deducir una situación de ignorancia intencional o existan dudas sobre si la situación de ignorancia se debió a un ardid del autor, tampoco será permitida la aplicación de la doctrina.

Por otro lado, la doctrina tiene otras restricciones. La única forma en la que la misma surge en el proceso penal es como una herramienta para poder refutar los alegatos de la parte imputada sobre la ausencia del conocimiento de las circunstancias concurrentes en las que se encontró el acusado. Empero, para ello se hace necesario que la acusación obtenga una instrucción al jurado por parte del juez en las que se les indique que pueden inferir el conocimiento, si de la evidencia se puede extraer que el imputado fue subjetivamente consciente (o tenía una creencia subjetiva) de una alta probabilidad de la existencia del hecho y realizó acciones deliberadas (esfuerzos activos) para evitar el aprendizaje de este hecho.

No obstante estas limitantes, la doctrina no deja de ser peligrosa. En aquellas situaciones en las que exista un deber legal (por ejemplo, en los casos de tributación) una instrucción de *willful blindness* no será una buena señal para el imputado. En los demás supuestos, dependerá de la existencia de evidencia abrumadora. Si se permite una instrucción de *willful blindness* ante la inexistencia de evidencia abrumadora, la Corte de Apelación podrá revocar la decisión ya sea por abuso de discreción o mediante una revisión de novo. En el caso contrario, es decir, ante la presencia de evidencia abrumadora, la Corte declarará que la instrucción brindada al jurado constituye un error inofensivo (*harmless error*) y mantendrá la condena.

⁷¹¹ Sobre esto vid. SARCH, ALEXANDER F. “*Equal Culpability...*” Op. Cit. p. 277; *Global Tech Appliances v. SEB*, S. A. 131 S. Ct. at 2073

Excurso: ¿Es necesaria la doctrina de la *willful blindness* en el sistema continental?

Si bien los límites del presente trabajo se enmarcaron en la realización de una aproximación al concepto de la *willful blindness* dentro del sistema del *common law*, con la finalidad de dar al traste con aquellos elementos que nos permitieran delimitar e identificar de manera concreta la estructura de esta figura jurídica, una vez habiendo identificado estos elementos y definido lo que entendemos por *willful blindness*, no podemos dar por concluido este trabajo sin realizar un traslado de nuestras impresiones -aún sea de manera breve y precisa- al ámbito del derecho continental y, sobre todo, al caso del Derecho Penal español. En efecto, y como en un primer momento indicamos⁷¹², no se intentará realizar un estudio profundo acerca de la doctrina de la ignorancia deliberada y su tratamiento por parte del Tribunal Supremo español (en lo adelante TS), sino más bien de responder a la interrogante acerca de la efectiva necesidad de aplicación de esta doctrina dentro del ámbito del derecho continental iberoamericano, si bien nuestro enfoque quedará delimitado al estudio del caso español.

Como es sabido, desde el año 2000, el TS ha venido utilizando la denominada ignorancia deliberada para tratar los problemas que se presentan en aquellas situaciones en las que un sujeto decide voluntariamente colocarse en una situación de desconocimiento para intentar evadir su responsabilidad penal al momento de ser descubierto, pudiendo así sostener un desconocimiento sobre los elementos que conforman el tipo objetivo de una infracción penal.

A raíz de la utilización de esta doctrina por parte del TS, algunos países de Iberoamérica han acogido el concepto y adoptado en sus sistemas aspectos concernientes a la ignorancia deliberada para tratar los más diversos supuestos, pero sobre todo casos de narcotráfico y delitos económicos. Así, desde el año 2008 la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina empezó a utilizar dicha doctrina, aunque sólo a partir del 2009 haría alusión a la misma como tal.

A día de hoy, si bien no se puede considerar una figura jurídica arraigada en la totalidad de la jurisprudencia en el derecho penal Iberoamericano, sí se puede reconocer el tratamiento diverso del que ha sido parte por distintos autores y tribunales. De hecho, en la República Dominicana⁷¹³, desde el día 1ero de junio de 2017, se hace alusión a la ignorancia deliberada

⁷¹² Vid. *supra* p. 12

⁷¹³ País de origen del investigador de este proyecto.

en el artículo séptimo de la Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva⁷¹⁴.

Es precisamente esta expansión desmesurada la que justifica que nos detengamos un instante a comparar si el tratamiento que sobre la ignorancia deliberada realiza el TS se corresponde con los criterios que en este trabajo hemos identificado estructuran la *willful blindness*, sobre todo cuando se ha establecido que el nacimiento de la ignorancia deliberada surge a partir de la figura de la *willful blindness*.

En esencia, La segunda sala del TS español utiliza cinco tipos de lineamientos diferentes con relación a la doctrina de la ignorancia deliberada, a saber: **i)** como prueba del elemento volitivo del dolo⁷¹⁵; **ii)** como indicio que permite no tener que acreditar pruebas que infieran que el sujeto se representó la posibilidad de estar cometiendo una infracción penal⁷¹⁶, **iii)** exigiendo un beneficio económico como motivo para permanecer en la ignorancia⁷¹⁷; **iv)** como un elemento de imputación subjetiva autónomo que a efectos punitivos se equipara con el dolo⁷¹⁸ y; **v)** como un elemento que puede ocurrir tanto en modalidad dolosa como culposa⁷¹⁹.

⁷¹⁴ “Artículo 7.-Tipicidad subjetiva. El conocimiento, dolo, intención o la finalidad requeridos como elemento subjetivo de cualquiera de las infracciones de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo previstas en esta ley podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. En la determinación del tipo subjetivo resultarán equivalentes el conocimiento, el dolo, la obligación de conocer y la ignorancia deliberada.”

⁷¹⁵ Vid. STS 1637/1999 de 10 de mayo de 2000; STS 1583/2000 de 16 de octubre; ponente Joaquín Jiménez García: “aquel que se coloca en situación de ignorancia deliberada, asume y acepta todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa” ó “quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa”.

⁷¹⁶ Vid. STS 307/2011 de 25 de abril, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo: “la imputada sabía que lo que portaba era sustancia estupefaciente, pues debió habérselo representado como algo muy probable y aceptarlo, por lo que cuando menos actuó con dolo eventual”.

⁷¹⁷ Vid. SSTS 946/2002 de 22 de mayo; 263/2003 de 17 de febrero; 785/2003 de fecha 29 de mayo; 1524/2003 de fecha 5 de noviembre; 1142/2005 de 20 de septiembre; 1410/2005 de 30 de noviembre; todas del ponente Joaquín Jiménez García: “sólo exterioriza el principio de la ignorancia deliberada, definiéndolo como aquel según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar...” ó “ya sea por la teoría de la ignorancia deliberada o del principio de indiferencia, es lo cierto que puede estimarse acreditado el conocimiento y consentimiento de ambos recurrentes en el blanqueo de capitales, máxime si se tiene en cuenta que es suficiente al efecto el dolo eventual”.

⁷¹⁸ Vid. SSTS 420/2003 de 20 de marzo; 628/2003 de 30 de abril; 97/2007 de fecha 12 de febrero, que equipara ya no tanto al conocimiento sino al dolo eventual y la teoría del asentimiento, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar; 633/2009 de 10 de junio, del mismo ponente, STS 33/2005 de fecha 19 de enero, ponente José Ramón Soriano Soriano, entre muchas otras.

⁷¹⁹ Vid. SSTS 1034/2005 de 14 de septiembre; 1611/2005 de 26 de diciembre; 31/2006 de 13 de enero, del ponente Francisco Monterde Ferrer; 562/2006 de 11 de mayo, ponente Carlos Granados Pérez; 1012/2006 de 19 de octubre, ponente Andrés Martínez Arrieta; 16/2009 de 27 de enero, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; y las SSTS 1257/2009 de fecha 2 de diciembre y 1372/2009 de 28 de diciembre, ambas del ponente Carlos Granados Pérez, todas relativas a casos de Blanqueo de Capitales y Receptación.

En efecto, esta diversidad de lineamientos permiten concluir que no existe unidad doctrinal ni acuerdo jurisprudencial con relación a la utilización de la ignorancia deliberada. Nótese que cuando la figura jurídica surge por primera vez en una decisión judicial se observa cómo la misma sirve como un medio de prueba del elemento volitivo del dolo, o sea, como un indicio de la aceptación del sujeto. A tan sólo dos años de su implementación el fundamento cambia para convertirse en un indicio que permite acreditar tanto el elemento volitivo como el cognitivo del dolo y, además, para facilitar al tribunal el no tener que acreditar pruebas que permitan inferir que el sujeto se representó la posibilidad de estar cometiendo un ilícito penal.

Se observa, además, una línea argumentativa en el sentido de exigir un motivo como elemento de la ignorancia deliberada en la misma forma en que en sus inicios se exigía con la *willful blindness*. Por otra parte, la doctrina de la ignorancia deliberada se usa como un elemento subjetivo autónomo que a efectos punitivos se equipara con el dolo eventual, sin que falte alguna decisión que establezca que la ignorancia deliberada se ubica en los extremos del dolo eventual, que fundamente el dolo eventual o que sea una modalidad del dolo eventual⁷²⁰.

En otro lineamiento se indica que la ignorancia deliberada puede dar lugar tanto a imputaciones dolosas como imprudentes. Este aspecto resulta paradójico pues a pesar de que expresamente se hace alusión a la figura jurídica de la *willful blindness* -considerándose que se trata de la misma figura jurídica, sin que dicha mención sea capital para el resultado de la decisión-, resulta obvia la contradicción con dicha figura jurídica pues, precisamente, una de las críticas más graves que recibió la *willful blindness* en los EE.UU., fue la de que una mala utilización de la misma pudiera dar lugar a que comportamientos desconsiderados (*recklessness*) o negligentes (*negligence*) fueran castigados como si fueran cometidos con conocimiento (*knowledge*).

Tampoco ha faltado aquella corriente doctrinal dentro del TS que haya rechazado la doctrina de la ignorancia deliberada por considerarla una “*contradictio in terminis*” estableciéndose que no resulta “conceptualmente adecuada” toda vez que “si se tiene la intención de ignorar

⁷²⁰ Como lo es el caso de la STS 1021/2011 de fecha 11 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano, en la que se establece que: “*en el mejor de los casos para la recurrente nos hallaríamos ante una hipótesis de ignorancia deliberada, que constituye una manifestación de la conducta dolosa*”; STS 314/2011 de fecha 14 de abril, ponente José Manuel Maza Martín, en la que se indica que: “*resultaría aquí de aplicación tanto el dolo eventual como la doctrina jurisprudencial sobre la denominada ignorancia deliberada para afirmar ese conocimiento...*”; STS 441/2010 de fecha 13 de mayo, ponente José Ramón Soriano Soriano, en la que se estipuló que: “*la ignorancia deliberada es un principio que fundamenta el dolo eventual*”; y la STS 413/2008 de fecha 30 de junio del ponente José Ramón Soriano Soriano, en la que se consideró que: “*estamos ante un caso de ignorancia deliberada, constitutiva de dolo eventual*”.

algo es porque se sabe lo que se ingora”⁷²¹, ni aquellos que indican que la utilización de esta doctrina puede dar lugar a que los tribunales de instancia la utilicen para eludir el deber de motivación de las decisiones judiciales y evadir la prueba del conocimiento sobre la que se construye el dolo eventual⁷²².

Estas últimas decisiones del ponente Manuel Marchena Gómez, resultan ser las más completas en sus fundamentos con relación a la doctrina de la ignorancia deliberada, ya que hasta esta fecha ninguna decisión del TS había hecho el intento de establecer en cuáles supuestos se estaría frente a un caso de ignorancia deliberada y cuáles requisitos debían exigirse para reconocerlo.

En efecto, dicha decisión consagró que para poder fijar los presupuestos que permitan la condena de los individuos ignorantes deliberados en los casos en 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 hacía falta la exigencia o concurrencia de tres requisitos:

- (i) **Ausencia de representación suficiente de todos los elementos que contiene el tipo delictivo de que se trate.** Esta falta de representación debe ser absoluta ya que en caso contrario no podría fundamentarse la imputación subjetiva a título de dolo. El autor debe ser consciente de que realizará un acto ilícito pues la sospecha puede dar lugar a que no se complete la representación de todos los elementos del tipo objetivo con la exigencia requerida para afirmar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo. Además, considera que la sospecha sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta pueda aparejar, no desiste del plan concebido.
- (ii) **Debe existir una decisión del sujeto de permanecer en ese estado de ignorancia.** Esta decisión debe existir a pesar de que el sujeto esté en la condición de poder obtener, ya sea de manera directa o indirecta, la información que se pretende evitar

⁷²¹ Tal es el caso de la STS 797/2006 de fecha 20 de julio, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, que aparece como una excepción a la doctrina en la cual se realiza una crítica al concepto y a la traducción idiomática, dando lugar al inicio de la separación de criterios entre aquellos ponentes que seguirían utilizando la figura o aquellos que se adherirían al planteamiento del ponente Bacigalupo Zapater.

⁷²² Vid. STS 234/2012 de fecha 16 de marzo; 954/2009 de fecha 30 de septiembre y 54/2009 de fecha 2 de febrero; todas del ponente Manuel Marchena Gómez.

exigiendo. Además, dicha determinación de desconocer aquello que puede conocer debe prolongarse en el tiempo reforzando así la indiferencia del autor sobre los bienes jurídicos protegidos.

- (iii) **Un componente motivacional.** Este componente debe estar fundamentado en el beneficio del estado de ignorancia buscado por el propio sujeto interesado, eludiendo de tal forma la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad.

Estas exigencias del TS se basan en la conceptualización realizada por el profesor RAGUÉS I VALLÉS⁷²³ sobre la ignorancia deliberada, luego de hacer un estudio de la corriente doctrinal estadounidense respecto de la *willful blindness* y trasladarla al sistema de imputación subjetiva de tradición civilista. De esta forma, crea un concepto de ignorancia deliberada que permite trabajar aquellas situaciones en las que podría decirse que existe un desconocimiento provocado por parte del sujeto activo, quien se rehusa a adquirir el mínimo de los conocimientos requeridos por el tipo para que pueda indicarse que ha actuado, al menos, con dolo eventual.

Estos supuestos han sido nombrados por el autor como casos de “*ignorancia deliberada strictu sensu*”⁷²⁴ por entender que son aquellos que no pueden ser abarcados por la figura del dolo eventual, y aunque ninguno de estos supuestos se haya presentado en la práctica diaria ni hayan sido tratados por el TS, su estudio y análisis despierta un interés particular por tratarse de casos *sui generis* en los que parecería que, en efecto, el sujeto no adquiere el mínimo de información o sospecha requerido por el tipo para que pueda hablarse de la comisión de un delito doloso.

⁷²³ RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN. Op. Cit. pp. 155 y ss.

⁷²⁴ Los cinco supuestos son: **a)** El administrador que accede a formar parte de una sociedad a cambio de una suma de dinero teniendo la sospecha de que la entidad se utilizará para una actividad ilícita pero accede a materializar una operación de compraventa ante notario; **b)** El C.E.O., que crea una estructura en la que no recibe ningún tipo de información respecto del desenvolvimiento diario de la empresa y por ende no toma conocimiento de las prácticas ilícitas que se puedan realizar; **c)** El alcalde que se dedica una vez por semana a firmar todo tipo de resoluciones preparadas por sus subordinados sin tomarse el tiempo de leerlas; **d)** El individuo que prohíbe a sus empleados recibir ningún tipo de información oficial y un día es notificado de una documentación que lo nombra como designado en una mesa electoral, pero al no abrir sus empleados la puerta no toma conocimiento de la misma, no presentándose el día de las elecciones, y **e)** La responsabilidad de *Albert Speer*, Ministro de Armamentos durante el Tercer Reich que pudiendo haber tomado conocimiento de la “solución final” no lo hizo con la finalidad de mantener su consciencia tranquila.

Sin embargo, la pregunta que nos surge frente a este tipo de planteamientos es si con la aplicación de la *willful blindness* tal cual como aquí la entendemos, tendríamos una solución satisfactoria para tratar estos supuestos. Sobre esto volveremos más adelante.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, lo cierto es que la traslación de la *willful blindness* al sistema continental ha generado más inconvenientes que soluciones⁷²⁵, pues la diversidad de lineamientos argumentativos no permite, por un lado, garantizar la seguridad jurídica en el tratamiento de los procesos penales en los que se involucra la doctrina y, por el otro, sirve como patente de corso para la vulneración de derechos fundamentales del imputado como lo es el principio de presunción de inocencia y los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y el deber de motivación de decisiones judiciales.

Además, de la totalidad de decisiones que han sido dictadas a la fecha, así como del diverso tratamiento que sobre la ignorancia deliberada ha hecho el TS, se puede comprobar que la figura jurídica resulta innecesaria para hacer frente a estos supuestos. Con una correcta aplicación del dolo eventual es posible brindar un tratamiento satisfactorio a todos los casos que se han presentado en la práctica en los que se alega un desconocimiento de los elementos del tipo objetivo y se recurre a la ignorancia deliberada por considerarse que dicho desconocimiento ha sido provocado por el autor. En este sentido, de lo que se trata no es de que el sistema de imputación subjetiva continental no pueda hacer frente a las situaciones de ignorancia deliberada sino que estamos en presencia de un argumento dogmático, por lo demás arbitrario, que permite condenar sin necesidad de recurrir a la difícil tarea de la prueba del dolo, vulnerando así la obligación de la acusación de probar, más allá de toda duda razonable, que el sujeto conoció -o al menos se representó- la situación de hecho en la que se involucró, así como el deber de motivación de las decisiones respecto del tipo subjetivo.

Esto nos lleva a establecer la innecesariedad de incluir en la jurisprudencia continental una figura jurídica -sumamente incómoda- que no encaja dentro el modelo de imputación subjetiva que durante siglos ha formado parte de este sistema, para tratar supuestos que en su práctica totalidad son abarcables con la figura del dolo eventual. Además, a la fecha, la doctrina de la ignorancia deliberada ha demostrado ser más que una herramienta para tratar un supuesto que

⁷²⁵ En la misma línea lo plantea el profesor FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO “*La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*”. InDret 3/2015. p.4. Disponible en web: Indret.com. (última consulta 8 de septiembre de 2018)

se presenta en la práctica diaria, un argumento dogmático que permite relajar la carga probatoria que exige el dolo sin necesidad de argumentar los indicios que demuestran que el sujeto tuvo una representación efectiva del hecho ilícito llevado a cabo o de los elementos que componen el tipo objetivo de la infracción penal. Por si fuera poco, ni siquiera puede establecerse con certeza que estemos hablando de lo mismo cuando el TS recurre a la teoría de la ignorancia deliberada frente a lo que implica la aplicación de la *willful blindness* en el sistema del *common law*.

En ese sentido, nos dedicamos a establecer lo que entendemos como puntos que demuestran que no nos encontramos frente a una doctrina necesaria o que tenga una aplicación real dentro del sistema continental, por efecto de los beneficios que reporte en la resolución de los procesos judiciales, sino que, más bien se trata de una herramienta de fácil manipulación que permite relajar la carga probatoria, y que su utilización desmesurada y arbitraria lo único que consigue es vulnerar derechos fundamentales de los imputados, al no tener que dedicar mucho tiempo a la fundamentación de la prueba indiciaria con la que se construye el dolo.

En efecto, una diferencia sustancial entre la utilización de la *willful blindness* en el *common law* y la ignorancia deliberada en el *civil law* que nos permite demostrar la innecesariedad de la utilización de esta última, se deduce de la propia construcción de ambos sistemas de imputación subjetiva. Con todo, es preciso que tomemos en cuenta que el *common law* sufrió una transformación al momento de ser adoptado por los EE.UU., de tal forma que hoy se puede afirmar sin temor que se trata de un derecho prácticamente codificado en su gran mayoría, con características propias.

Por otra parte, no debe olvidarse que a pesar de que suele utilizarse un marco general a los fines de realizar estudios comparativos entre el *common law* estadounidense y el *civil law*, no existe en el sistema estadounidense lo que se pudiera denominarse una “regla americana” (*american rule*)⁷²⁶ que permita realizar comparaciones satisfactorias frente a este y otros sistemas, pues la bipartición existente entre el sistema federal y el estatal, así como la soberanía que impera sobre este último hacen que un estudio del *criminal law* estadounidense constituya en sí mismo una tarea comparativa dentro de dicho sistema.

⁷²⁶ Sobre esto vid. ROBINSON, PAUL H. / SCOT WILLIAMS, TYLER. Op. Cit. p. xi y ss.

Esto tiene como consecuencia que no exista una norma general que permita brindar un tratamiento unitario a las diversas manifestaciones que se presentan con respecto a una determinada figura jurídica, dependiendo de la jurisdicción en la que se aplique el derecho penal. Además, y a pesar de la implementación del MPC y de su adopción por las tres cuartas partes de las jurisdicciones estadounidenses, todavía coexisten en muchas de estas jurisdicciones planteamientos propios del *case law* y conceptos clásicos del *common law*. A esto se le suma la existencia de cincuenta y dos códigos penales estatales; cincuenta y dos códigos de procedimiento criminal y un código penal federal, solamente dentro de los EE.UU., en los que se pueden encontrar distintas maneras de tratar las figuras jurídicas y diferentes razonamientos para lo mismo.

El resultado de todo esto es el particular cuidado que debemos tener al momento de hacer uso de una doctrina desarrollada en dicho sistema, ya que, en efecto, ni siquiera se puede concluir que un acercamiento a dicho sistema estadounidense, a partir de lo establecido por el MPC, nos serviría para representar la total realidad dentro de este sistema. Esto, porque la adopción de los preceptos del MPC no ha sido acogida en su totalidad por aquellas jurisdicciones que han sido influenciadas por el texto. Finalmente, no puede perderse de vista que han pasado alrededor de sesenta años desde el que el MPC viera la luz y, en este más de medio siglo de vida de texto, los jueces estadounidenses han realizado un sinnúmero de interpretaciones sobre el mismo que han dado lugar a la creación de conceptos prácticamente modernos, permitiéndonos reconocer la existencia de un propio modelo de *common law* estadounidense.

Sin embargo, a pesar de lo indicado, el MPC fue capaz de reducir la diversidad de estados mentales existentes hacia una estructura escalonada de únicamente cuatro elementos. De esta forma, y si bien todavía es dable ver en la práctica referencia a diversos términos que hacen alusión a estados mentales, lo cierto es que en su esencia los mismos se pueden reconducir a los cuatro elementos de intención o propósito (*intent or purpose*), conocimiento (*knowledge*), desconsideración (*recklessness*) y negligencia (*negligence*).

Estas consideraciones demuestran que el sistema de imputación subjetiva del *common law* y el *civil law* son muy diferentes, y si pudiera hacerse una comparación a términos teóricos en los que se equiparen los grados del dolo y la imprudencia con los cuatro niveles establecidos por el MPC, todavía no llegaríamos a contar con un criterio unitario comparativo que nos permita trabajar de manera concomitante los diferentes estados mentales.

En efecto, planteado lo anterior, el primer problema que se identifica con la *ignorancia deliberada* y la *willful blindness*, es un **problema de corte idiomático**. Los múltiples términos que se utilizan en el sistema estadounidense para hacer uso de la *willful blindness* surgen como consecuencia del diverso tratamiento de la que ha sido objeto por las distintas jurisdicciones. Conceptos como *deliberate ignorance* (ignorancia deliberada), *willful ignorance* (ignorancia voluntaria), *conscious avoidance* (evasión consciente), *willful blindness* (ceguera voluntaria), *contrived ignorance* (ignorancia artificial), *purpose avoidance* (evasión intencional), *deliberate shutting of the eyes* (cerrar los ojos deliberadamente), *connivance* (connivencia)⁷²⁷, aparecen en virtud de la diversidad de jurisdicciones que han hecho recurso a esta doctrina, dándole un distinto tratamiento y creando una confusión enorme que ha tenido que ser limitada en conjunto por tribunales, filósofos y académicos.

Sin embargo, todos estos elementos guardan una común relación con el concepto de ceguera, la artificialidad de la ignorancia y la evitación. En efecto, la *willful blindness* requiere reparar en la actitud que presenta el autor frente a la circunstancia de hecho (o proposición inculpatória) ante la cual se encuentra. En esencia, el término *blindness* tiende a hacer referencia más a un estado físico que a un estado mental, pues la ceguera (*blindness*) es una condición meramente física. De hecho, el ejemplo paradigmático que se utiliza para hacer referencia a la doctrina es el del avestruz que, ante el temor, intenta negarse a sí mismo sumergiendo la cabeza en la tierra en aras de no continuar mirando lo que ya ha percibido⁷²⁸. Por otro lado, el propio término *willful*, y el significado que este envuelve, hacen que el concepto adquiera un matiz normativo, pues *willful* significa que el autor actuó “voluntaria y deliberadamente, con la intención específica de realizar una actuación prohibida por la ley”⁷²⁹, es decir, se trata de una intención específica de dirigirse en contra de la norma. Así las cosas, este concepto no envuelve en modo alguno una actitud en la que el sujeto haya sido ajeno a la verdad o que no la haya creído. En efecto, de lo que se trata es de una elección consciente de evitar la adquisición o evadir la verdad de la presencia de la proposición inculpatória o circunstancia concurrente.

En estas atenciones, se puede afirmar con certeza que al hablar de un sujeto que actúa con *willful blindness* se hace referencia a un sujeto que eligió conscientemente ignorar o evitar adquirir la información relevante, y esta evitación intencional y voluntaria hace recaer en el

⁷²⁷ Vid. *supra* p. 115 y ss.

⁷²⁸ Vid. *supra* el planteamiento de LUBAN p. 256 y ss.

⁷²⁹ Vid. *supra* p. 323

autor una actitud doxástica de conciencia sobre la circunstancia de hecho en la que se encuentra involucrada, pero que no adquiere un nivel de conocimiento concreto o de seguridad.

El problema es que esta actitud de conciencia mínima en el sistema continental es claramente sustentable con la teoría del dolo eventual. Así lo reconoce el profesor FEIJOO SÁNCHEZ cuando establece que “en aquellos casos en los que el sujeto ha contado con una sospecha inicial de realizar un hecho típico, pero ha preferido mantenerse en un estado de duda como una estrategia para, llegado el caso, poder alegar ignorancia en su descargo (ignorancia deliberada en sentido estricto), no sólo cabe advertir una necesidad de sanción similar a la de los casos de dolo eventual 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 realmente supuestos de dolo eventual”⁷³⁰.

En consecuencia, esto nos lleva a lo que hemos identificado como el segundo problema que se presenta en el acogimiento de la *willful blindness* y su desarrollo como ignorancia deliberada en el derecho penal Iberoamericano. Este segundo **problema es uno de construcción del sistema de imputación subjetiva**. Con respecto a esto último es preciso indicar que nos encontramos ante dos sistemas de imputación muy diferentes, aunque en algunos aspectos tengan una similitud que les viene dada por el sistema de protección de bienes jurídicos propio de los estados democráticos donde se profesa el principio de culpabilidad. Dicho esto, lo primero que debemos tomar en cuenta es que ambos sistemas cuentan con diferentes niveles de imputación. En el caso de los EE.UU., su sistema de imputación -luego de la redacción y aprobación del MPC- se construye en 4 niveles: intención o propósito (*intent or purpose*), conocimiento (*knowledge*), desconsideración (*recklessness*) y negligencia (*negligence*) mientras que en los países que tienen un sistema jurídico-penal de tradición civilista el sistema de imputación está compuesto por 2 niveles, dolo e imprudencia.

Por otro lado, concepto de dolo tiene una connotación sumamente amplia frente al concepto de conocimiento (*knowledge*) utilizado en el *common law*. En efecto, el dolo tiene una concepción

⁷³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”. Indret. 3/2015. España. p. 18. Disponible en web: www.Indret.com. (última consulta 9 de septiembre de 2018). Indica el autor en la p. 19 del mismo texto que “el injusto es doloso siempre que el autor se represente el hecho que va a suceder o el conjunto de los elementos típicos, aunque sea de forma insegura (dolo eventual), de tal manera que con una mínima disposición jurídica ya njo se puede confiar en que no se producirá el hecho”.

más normativa que el concepto de conocimiento (*knowledge*) del *common law*, que resulta ser un término meramente descriptivo, es decir, que tiene un carácter mucho más limitado en su acepción que aquel que envuelve en concepto de dolo.

La dogmática penal continental ha construido dentro del concepto de dolo los niveles de dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. En contraste, el concepto de *knowledge* utilizado por el *criminal law* se ha entendido como un término de dominio común que hace innecesaria su definición. En consecuencia, cuando se hace referencia a una definición de *knowledge* se establece que consiste en creencia verdadera justificada, de acuerdo a como lo ha entendido la ciencia epistemológica clásica⁷³¹. Sin embargo, este concepto ha ido modificándose en la jurisprudencia penal entendiéndose de tres maneras distintas: (i) aquellas jurisdicciones que siguen sin definir el concepto de *knowledge*; (ii) aquellas que utilizan la definición del *knowledge* establecida en el MPC, sobre todo la relativa a la §2.02(7) en términos de “conciencia sobre la alta probabilidad”, y (iii) aquellas jurisdicciones que entienden que el concepto ‘a sabiendas’ (*knowingly*) significa que el imputado realizó el hecho voluntaria e intencionalmente y no así por error o accidente⁷³².

Finalmente, nos encontramos ante un tercer problema identificado como uno de **carácter estructural de composición estatutaria**, en relación con la composición estatutaria la problemática de la *willful blindness* adquiere un sentido claro, ya que si bien es cierto que el MPC estableció que el estado mental mínimo requerido para la responsabilidad penal -en los casos en los que el estatuto guarde silencio o no haga una referencia expresa a un *mens rea*- se debería interpretar que dicho estado mental mínimo es la desconsideración (*recklessness*), no menos cierto es que ni el derecho penal federal ni los demás sistemas del *common law* han adoptado estos lineamientos. En este sentido, al momento de que el estatuto penal federal exige el conocimiento (*knowledge*) como estado mental requerido para la infracción, de manera automática quedan fuera todos los casos en los que un autor actúa con desconsideración (*recklessness*), es decir, con conocimiento o sospecha del riesgo que envuelve su conducta y la posibilidad de materialización del resultado o indiferencia hacia el mismo.

⁷³¹ Vid. supra p. 197.

⁷³² Vid. supra p. 178-179.

Frente a esta situación, todas las conductas riesgosas realizadas por sujetos que pudieron prever o tener conciencia acerca de la circunstancia concurrente en la que se desenvolvían y optaron por no adquirir la información relevante o crearse una ignorancia estratégica, fue lo que llevó a la jurisprudencia a hacer uso de una figura jurídica que ampliara el campo de aplicación del conocimiento para dar cabida dentro de dicho estado mental a este tipo de situaciones. En efecto, la mera representación del riesgo que conllevaba la conducta del autor o su indiferencia hacia el resultado no era suficiente para imputar al sujeto la violación del estatuto, y fue para hacer frente a estos supuestos que nació la doctrina de la *willful blindness*.

En consecuencia, aquellos comportamientos en los que el sujeto habiéndosele generado una sospecha sobre la circunstancia concurrente y habiendo tomado conciencia del riesgo que su conducta implicaba, si se abstenía de adquirir una certeza concreta de dicha situación para evitar cumplir con el requisito de conocimiento establecido por el estatuto, sería tomado por el juez como si hubiera actuado con conocimiento, siendo condenado por la infracción cometida.

Sin embargo, el derecho continental nunca sufrió este tipo de situaciones pues la estructura del dolo eventual era suficiente para dar cabida a todos los supuestos en los que la conducta del autor conllevaba un riesgo de materialización del resultado y éste había sido representado por el autor, procediendo a actuar en consecuencia en virtud de su indiferencia hacia el resultado o en virtud de la aceptación de dicho riesgo.

En ese sentido, la doctrina de la *willful blindness* no encuentra una aplicación práctica que pueda resolver problemas concretos dentro del sistema de imputación subjetiva del derecho continental. Todo lo contrario, el peligro que conlleva la misma es precisamente que permite eludir la carga de la prueba que exige el dolo eventual. Además, el recurso a la ignorancia deliberada por parte del TS ha sido realizado de manera arbitraria, pues a casi veinte (20) años después ni siquiera se cuenta con una estructura completa que permita la creación de un criterio unitario de tratamiento de la figura, ni se han ofrecido los motivos que llevaron a hacer uso de la misma o los resultados positivos que se han obtenido con su utilización.

En consecuencia, estamos en presencia de una figura jurídica que no rinde tributo a la *willful blindness*, que estructuralmente difiere con respecto a esta última⁷³³ y cuyas consecuencias han

⁷³³ Vid. supra p. 315.

sido desastrosas, pues se demuestra el incremento de condenas y el decremento de los argumentos y motivaciones de la prueba del dolo. La doctrina especializada ha resaltado los inconvenientes de la aplicación de la ignorancia deliberada desde la perspectiva de los principios del ordenamiento jurídico español ⁷³⁴, reconociendo los peligros que una aplicación indiscriminada de la misma representaría no sólo para la salvaguarda de los derechos del imputado sino frente a los principios elementales que sostienen el Estado de Derecho.

En virtud de lo expuesto, se hace evidente la innecesariedad aplicativa que tiene la ignorancia deliberada dentro del sistema continental. El dolo eventual tiene un alcance de aplicación mucho más amplio que aquel que se crea con la utilización de la *willful blindness*, ya que esta última exigirá la presencia de prueba abrumadora sobre la conciencia -aún mínima- de una alta probabilidad de la existencia del hecho, mientras que para el dolo eventual es suficiente la conciencia o representación de la mera probabilidad de su existencia y la aceptación en la realización de la conducta en consecuencia.

Empero, resulta forzoso admitir que la facilidad que brinda la doctrina de la ignorancia deliberada para fundamentar condenas sin necesidad de probar el dolo hace de esta figura una herramienta eficaz para los tribunales y la acusación de ahorrarse la tarea de investigar y recabar las pruebas suficientes que permitan una fundamentación con las observaciones de las garantías probatorias que son requeridas en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Uno de los mayores problemas que afronta la justicia mediante la utilización de esta figura jurídica es precisamente acercarnos a ese derecho penal del hecho donde las garantías de los imputados se ven menoscabadas por la necesidad material de imponer una pena y donde los tribunales requieran cada vez menos pruebas de los hechos para lograr una condena.

Ahora bien, para finalizar es necesario revisar si los casos de ignorancia *estrictu sensu*, en los cuales el sujeto diseña la estructura de propia ignorancia, cegándose ante toda fuente de conocimiento relevante, son tratables con la *willful blindness*. En efecto, se tratarían de supuestos en los que el autor no adquiere el más mínimo de los elementos que componen el

⁷³⁴ Vid. FELJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. Op. Cit. pp. 6 y ss., dentro de los que destaca que uno de los peligros más graves que encierra la figura es el de castigar con la pena de delito doloso los casos de error de tipo; la objetivización de la responsabilidad penal y problemas de vulneración del principio de presunción de inocencia que hemos resaltado anteriormente.

tipo objetivo del delito, siendo supuestos en los que en principio sería complicado hacerles frente aún con la figura del dolo eventual. En esencia, se trata de supuestos cuya construcción tiene una similitud genuina con la doctrina de la *actio libera in causa* (ALIC)⁷³⁵, por lo que se permitiría con esa doctrina “poder afirmar que si la ceguera se ha provocado consciente o intencionalmente, se entiende que los hechos realizados en el período de ceguera son dolosos debido a la grave indiferencia del autor, con todas las consecuencias punitivas que ello conlleva”⁷³⁶.

Ahora bien, es preciso que al tratar estos supuestos separemos cuáles se asemejan a la estructura de la *willful blindness* y cuáles a otro tipo de estructura, como por ejemplo una ignorancia culpable (*culpable ignorance*) o un supuesto de autoengaño (*self-deception*). En el desarrollo de este trabajo hemos sostenido nuestra posición con respecto a los diferentes tipos de ignorancia y cuáles de ellas adquieren un matiz relevante para ser tratados como *willful blindness* y cuáles otros se dirigen a tipos menos graves de ignorancia. No sostenemos que todos los supuestos en los que un sujeto ciega sus fuentes de conocimiento deban ser dirigidos a la *willful blindness*, pues este tipo de ignorancia provocada puede tener múltiples motivaciones que no necesariamente adquieran un matiz criminal. Ahora bien, dentro de las que adquieren un matiz criminal es preciso identificar cuáles deben ser dirigidas al dolo y cuáles a la imprudencia. Sin embargo, la *willful blindness* suele hacer referencia solamente a aquellos supuestos asemejables al *knowledge*, es decir, a aquellos supuestos que se asemejarían al dolo.

A diferencia del sistema continental, el *common law* realiza una separación de los elementos objetivos del delito en los que reconoce la conducta (que consiste en un acto voluntario u omisión cuando exista un deber jurídico de actuar), las circunstancias concurrentes (*attendant circumstances*) y el resultado (*social harm*)⁷³⁷. Se ha establecido que la *willful blindness* solamente aplica a las circunstancias concurrentes del hecho. El fundamento de esta aplicación

⁷³⁵ La ALIC reconoce que el sujeto no era consciente al momento de cometer el injusto, pero resalta que dicho estado fue creado por el propio agente, procediendo a analizar entonces la culpabilidad en estado anterior al momento de inconciencia. Si bien la ALIC es una figura que lleva una mayor relación con la acción del sujeto, en estos casos se daría en el fuero interno del sujeto, es decir, en el dolo. De hecho, existe un trabajo del Dr. GRECO que reconoce en la ignorancia deliberada una estructura como la *actio libera in causa*, aunque indicado que 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. Vid. GRECO. “Comentario al artículo de Ramón Ragués”. ISSN 1515-7326, No. 13, 2 | 2013, pp. 69

⁷³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. Op. Cit. p. 13

⁷³⁷ Vid. supra p. 36 y ss.

al presente o proposición inculpatoria concurrente es debido a que el sujeto debe tener sospecha sobre la situación ante la que cual se encuentra y, si dicha conducta se va a aplicar al conocimiento, al no poderse tener conciencia sobre los hechos futuros, no procedería hacer uso de la *willful blindness*. Además, el principio de concurrencia exige que el *mens rea* y la conducta estén presentes en el mismo momento de la realización del hecho. En este escenario, los casos de error de tipo no pueden sin más ser equiparados al dolo, porque un requisito esencial para la materialización de la *willful blindness* es la existencia de evidencia abrumadora que indique que el sujeto se representó el supuesto de hecho en el que se encontraba.

Esto nos lleva a concluir que los casos de ignorancia deliberada *strictu sensu* propuestos por el profeso Ragúes presentan diferencias en su estructura que hacen que sean categorizados en supuestos diferentes. La complejidad que lleva la estructura de este tipo de supuestos requiere que reparemos en el reconocimiento que hiciéramos sobre la diferencia entre la ignorancia culpable (*culpable ignorance*) que daría lugar a supuestos de negligencia, y la ignorancia artificial o intencional (*willful ignorance*) que daría lugar a los supuestos de conocimiento (*knowledge*)⁷³⁸. Además, se requiere también que nos detengamos en una característica reconocida por la *willful blindness*, la cual hace alusión a la imposibilidad de ser aplicada frente a acontecimientos futuros. En este sentido se ha establecido que no se puede actuar con *willful blindness* frente a un acontecimiento futuro, pues para que el autor sea voluntariamente ignorante debe estar presente en la circunstancia concurrente que ha decidido ignorar, ya que como ningún ser humano puede conocer el futuro, lo que en estos casos se presenta es un completo estado de ignorancia.

Sin embargo, esta complicación llevó a la utilización de un *time-framing* para que la separación espacio temporal que se realizaba entre el estado de creación de ignorancia y la realización de la conducta quedaran unidas y pudiera hablarse de responsabilidad penal, aunque es importante recordar que este planteamiento de la filosofía moral no ha trascendido los límites de la jurisprudencia.

En efecto, quien primero desarrolló esta posición de establecer la secuencia de actos separados en el tiempo fue SMITH⁷³⁹. Luego LUBAN⁷⁴⁰ se basó en dichas construcciones para adaptarlas a

⁷³⁸ Sobre esto vid. supra p. 293 y ss.

⁷³⁹ SMITH, HOLLY. “*Culpable Ignorance*”. Op. Cit. pp. 544 y ss.

⁷⁴⁰ LUBAN, DAVID. Op. Cit. pp 675 y ss

su planteamiento de *willful blindness*. Asimismo, YAFFE desarrolla su propuesta de ignorancia estratégica a través de los mismos postulados⁷⁴¹.

SMITH se preguntaba si los casos de ignorancia culpable debían o no excusar la actuación del autor, pero al hacerlo se refería a tres tipos de supuestos: (i) casos de investigación deficiente; (ii) casos de inferencia deficiente; (iii) casos en los que el autor no previene un descubrimiento posterior⁷⁴². Empero, todos estos supuestos dan lugar al reconocimiento de un comportamiento imprudente o negligente por parte del autor y no así a un comportamiento doloso. En efecto, la ignorancia culpable (*culpable ignorance*) es reprochable a su autor porque surge de una actitud evaluativa moralmente reprehensible por parte del mismo que inmediatamente da lugar a que este no se de cuenta de su accionar, pero esto no es más que imprudencia. No es esto lo que ocurre con la *willful blindness*. En este último caso, el sujeto que crea una estructura dentro de su empresa que le impide adquirir la información relevante en el futuro, si no tiene un deber jurídico de actuar (o posición de garante) no podrá serle imputado el resultado del delito finalmente acaecido, si este no se lo ha sospechado.

El problema que se presenta, generalmente, es que quien actúa de esta forma es seguro que ya ha reparado en los diversos delitos que pudieran ocurrir dentro del ámbito de la actividad comercial que realiza, pues precisamente para ello crea la estructura⁷⁴³. Es importante recordar que generalmente este sujeto tendrá una posición jerárquica importante dentro de la institución o entidad que generará en él una serie de obligaciones jurídicas (o posición de garante). Estos casos han sido típicos en los EE.UU., y un ejemplo claro puede verse en el caso reciente de *Wells Fargo*⁷⁴⁴ que, si bien no trascendió a la frontera penal fue precisamente porque los ejecutivos pagaron multas millonarias y llegaron a diversos acuerdos.

En esencia, el interés de mejorar las ventas llevó a la realización de un mecanismo de presión en los empleados en los que éstos se vieron envueltos en la emisión de un sinnúmero de tarjetas de crédito a nombre de titulares que no habían solicitado la emisión de las mismas. Esta información “nunca llegó” a manos de los altos ejecutivos pues estos se ampararon en el velo

⁷⁴¹ Vid. YAFFE, GIDEON. “*The Point...*” Op. Cit. pp. 275 y ss

⁷⁴² Vid. supra p. 294

⁷⁴³ Tómese en cuenta que se trata de sujetos cuya ignorancia es creada como estrategia de negocio para obtener una ventaja.

⁷⁴⁴ Una visión de lo ocurrido puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.latimes.com/business/la-fi-wells-fargo-investigation-20170410-story.html> (última consulta: 9 de septiembre de 2018).

de la ignorancia mediante la clásica premisa “*I just want to increase profits and I'm not interested in knowing how*”. Es obvio que este es un comportamiento de un ignorante artificial, pues a pesar de que el desconocimiento alegado se debe a la estructura de una ignorancia estratégica, no se trata de un error sobre los hechos, pues su propia posición institucional le impide hacerse valer de este tipo de mecanismos y éstos conocían los posibles resultados que se pudieran realizar con la finalidad del incremento de las ventas. Y es por esto que se le atribuye la responsabilidad; por haber incumplido el deber de actuar que le exige la ley.

Ahora bien, la importancia aquí no radica tanto en establecer si la aplicación de la *willful blindness* es suficiente para dar por acreditado el conocimiento del sujeto, ya que por vía general, la misma prueba que se obtiene para fundamentar el conocimiento del sujeto será suficiente para fundamentar la *willful blindness*. En efecto, no se puede perder de vista que la *willful blindness* es una herramienta procesal que permite inferir la existencia del conocimiento cuando exista evidencia abrumadora de que la situación de ignorancia fue estratégicamente creada por su autor. En ausencia de esta abrumadora evidencia, la figura jurídica resulta inaplicable.

Esto puede tener relevancia frente a los supuestos de error de tipo. El sujeto que actúa por error no puede serle atribuida la responsabilidad penal simplemente porque debía conocer y podía conocer. Hace falta además la prueba elemental de que esa evitación de adquisición del conocimiento se debió a un ardid del sujeto de permanecer en estado de ignorancia o de gestionarse dicho estado.

En similar situación se encuentra el funcionario público que se dedica a asistir una vez a la semana al trabajo y procede a firmar todo tipo de documentos sin leer. Es obvio que por su propia condición de funcionario público tiene una serie de deberes de actuar (posición de garante) que redundarían en su perjuicio al momento de pretender alegar que desconcía el delito cometido simplemente porque se dedicaba a firmar sin leer. Su deber es leer y por ende, no prevaricar. Aplicando la *willful blindness* en este caso, un desconocimiento de las consecuencias de su accionar (u omisión) no puede redundar en su beneficio, pues por su condición de funcionario público su deber es verificar la documentación para evitar prevaricar y al omitir dicho deber no procedería el alegato del desconocimiento del delito de prevaricación que él mismo ha provocado por el incumplimiento de su deber legal⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ Nos remitimos a las consideraciones que sobre esto hemos esgrimido supra pp. 273 y ss.

Por otro lado, un sujeto como el administrador ignorante que recibe una suma de dinero por formar parte de una sociedad comercial tiene el nivel de sospecha suficiente para saber que ésta fungiendo como testaferro u hombre de paja. Si bien no tiene un conocimiento exacto sobre el tipo de delito que pudiera estarse cometiendo en su nombre, esto no impide su participación dentro de los hechos, pues al momento de prestar su nombre está asumiendo el riesgo sobre posibles delitos por lo que la figura del dolo eventual en su gran mayoría se presentará como suficiente para este tipo de supuesto⁷⁴⁶.

En definitiva, estos supuestos abren un debate interesante sobre el sistema de imputación subjetiva continental y plantean una serie de situaciones que hacen que la doctrina y jurisprudencia deba trabajar en conjunto en el fortalecimiento de algunas instituciones dogmáticas referidas al aspecto del dolo, tanto en la autoría como en la participación. Sin embargo, frente a la realidad procesal determinada por la aplicación del TS ante los casos de ignorancia deliberada es preciso indicar que la figura del dolo eventual podría haber brindado una solución satisfactoria sin necesidad de poner en riesgos los pilares que sostienen el Estado de Derecho.

Lamentablemente el TS ha hecho uso de una herramienta innecesaria a través de la utilización de argumentos de autoridad y criterios arbitrarios permitiendo a los tribunales relajar la carga probatoria que exige el dolo eventual en perjuicio de los derechos de los imputados. La ausencia de coherencia en la utilización de esta figura deja al desnudo que la misma no es más que un recurso dogmático que solventa de forma rápida los problemas que se presentan al momento de constatar el conocimiento exigido por el dolo, específicamente el del dolo eventual. Somos de la opinión de que lejos de acudir a esta figura jurídica para solventar carencias de prueba, debería exigirse un plus de motivación, valoración y un ejercicio investigativo más enriquecedor, toda vez que las mismas pruebas que pueden ser utilizadas para inferir el conocimiento son las mismas pruebas que permiten demostrar que el sujeto actuó con ignorancia artificial.

En efecto, la prueba de la ignorancia deliberada se obtiene por medio de un juicio de inferencia por la dificultad que plantea comprobar por prueba directa que el imputado tenía una sospecha previa o que ésta se haya prolongado en el tiempo. Finalmente, debemos reconocer que si bien en algún momento la ignorancia deliberada y la *willful blindness* estuvieron unidas por criterios

⁷⁴⁶ Sobre esto también FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. Op. Cit. p. 20.

conceptuales, a día de hoy queda demostrado que constituyen figuras diferentes, cuya estructura, criterios y exigencias tanto materiales como procesales son distintas.

Capítulo IV: CONCLUSIONES

1. Cuando un determinado estatuto exige el conocimiento (*knowledge*) del imputado como estado mental (*mens rea*) frente a un hecho prohibido, el jurado puede inferir el conocimiento cuando exista evidencia contundente de que el imputado, de manera intencional y deliberada, evitó la adquisición del conocimiento o gestionó su estado de ignorancia.
2. Esta práctica de aceptación general en los tribunales del *common law* tiene su génesis en la doctrina de la *willful blindness*, una figura jurídica nacida en Inglaterra en el siglo XIX para tratar aquellos supuestos en los que un sujeto se coloca en situación de desconocimiento aparente sobre las circunstancias concurrentes del hecho delictivo.
3. La *willful blindness* es una creación jurisprudencial producto de las decisiones judiciales que indicaban que el conocimiento podía ser inferido cuando el sujeto cerraba los ojos frente a los hechos obvios para evitar adquirir el conocimiento relevante sobre la circunstancia de hecho, estableciéndose de esta forma que quien así actuaba era de suponerse que tenía un conocimiento cierto sobre las circunstancias. En un principio se trató como connivencia y fue evolucionando hasta denominarse *willful blindness*.
4. Desde su nacimiento, esta figura jurídica ha recibido innumerables críticas y a la fecha no se puede establecer que exista un lineamiento unitario de tratamiento por parte de los tribunales ni de la doctrina académica, ya que resulta difícil de establecer que todo aquel que no haya adquirido un conocimiento cierto sobre los hechos deba ser penado de igual manera que aquel que realiza el acto objetivamente ilícito (*wrongdoing*) con pleno conocimiento de las circunstancias. Sin embargo, resulta difícil sostener que aquel individuo que consciente y deliberadamente se coloca en una situación de ignorancia para llevar a cabo una actividad criminal deba recibir un tratamiento más benigno por parte de la ley.
5. La expansión de la *willful blindness* se ha producido de manera total en el sistema del *common law*, por lo que se pueden encontrar aspectos sobre dicha doctrina en países

como Inglaterra, Canadá, Singapur, Australia, EE.UU., y todos aquellos que siguen la tradición de esta familia jurídica⁷⁴⁷.

6. En el caso de los EE.UU., la expansión de la *willful blindness* tuvo su génesis en los siguientes eventos: (i) la aprobación del MPC en el año 1962; (ii) La promulgación de la Ley de Prevención y Control del Abuso de Drogas del año 1970; (iii) La aprobación por parte de la SCJ de la utilización de la definición del concepto de conocimiento (*knowledge*) contenida en la §2.02(7), y (iv) La ausencia de una definición general de conocimiento (*knowledge*) en el código penal federal⁷⁴⁸.
7. Se reconocen tres formas de tratamiento de la doctrina: (i) como un recurso que permite satisfacer un *mens rea* menos grave que el conocimiento (*knowledge*) pero equiparable a aquel en términos de culpabilidad; (ii) como un recurso para satisfacer el *mens rea* del conocimiento (*knowledge*) y, (iii) como una herramienta probatoria que permite al jurado inferir el conocimiento. Estos elementos se utilizan de manera alternativa y envuelven aspectos tanto sustantivos como procesales.
8. Desde el punto de vista sustantivo se alude a que la justificación moral de la doctrina de la *willful blindness* consiste en que es igualmente culpable que el conocimiento (*knowledge*), toda vez que quien evita deliberada e intencionalmente adquirir el conocimiento de la circunstancia concurrente, es probable que actúe de la misma manera si hubiera estado completamente seguro de la existencia del hecho. Desde el punto de vista procesal, la *willful blindness* se erige como una herramienta probatoria que satisface el *mens rea* del conocimiento (*knowledge*) por medio del juicio de inferencia realizado por el jurado.
9. Se identifican, además, dos aspectos esenciales de la *willful blindness*: (i) Se trata de una figura jurídica que no define el *mens rea* específico de un delito particular, sino que permite realizar la imputación del *mens rea* del conocimiento (*knowledge*) sobre aquel imputado que, a pesar de la sospecha que ha tenido sobre un determinado hecho relevante o proposición inculpatória, se las ha ingeniado para evitar adquirir la información completa acerca de dicha circunstancia o para permanecer en su estado de ignorancia. En este sentido, la *willful blindness* es una doctrina que se basa en el

⁷⁴⁷ Vid. *supra* pp. 130 y ss.

⁷⁴⁸ Vid. *supra* pp. 129-130

conocimiento y consiste en una especie de conocimiento y; (ii) como se trata de una herramienta que permite al jurado inferir el conocimiento (*knowledge*), no es un recurso que pueda o deba ser utilizado en cualquier situación procesal, sino únicamente cuando el estatuto sometido a debate exija el conocimiento (*knowledge*) como estado mental y el imputado haya alegado que no contaba con dicho conocimiento o que no sabía que su conducta era criminal.

10. Los problemas principales que ha encontrado esta doctrina en el derecho penal de EE.UU., radican en su ubicación dentro del sistema de imputación subjetiva como en su delimitación respecto a algunas figuras que forman parte de los elementos de la culpabilidad. Se ha criticado especialmente su parentesco con la desconsideración (*recklessness*) y se ha advertido del peligro que representa que comportamientos que debieran ser reputados negligentes o desconsiderados, sean tratados como si hubieran sido realizados con un conocimiento concreto de los hechos.
11. Los tribunales de apelación conscientes de esta situación iniciaron la búsqueda de criterios limitadores que permitieran evitar que supuestos de *recklessness* o *negligence* fueran tratados como *knowledge*. La dificultad se hizo evidente pues los estudios demostraron que el jurado tiende a adscribir el conocimiento (*knowledge*) en casos donde el estado mental del autor no alcanza más que un comportamiento desconsiderado (*reckless*). Se comprobó también que el jurado confunde los conceptos de conocimiento (*knowledge*) y desconsideración (*recklessness*) pues entiende que aquel que se inmiscuye en una conducta criminal con la consciencia del riesgo que la misma conlleva, es suficiente para demostrar un grado de reprochabilidad relevante en el autor⁷⁴⁹.
12. En consecuencia, el jurado tiene a ver el comportamiento del autor voluntariamente ignorante (*willfully blind*) como un comportamiento normal de todo aquel que se envuelve en una conducta delictiva, entendiendo que el sujeto intentará crear una justificación o excusa de su conducta alegando el desconocimiento de la información relevante, a pesar de haber sido consciente del riesgo que conllevaba su conducta frente a la probabilidad de ocasionar un daño. En este sentido, el autor es considerado culpable no por su actitud de indiferencia frente al supuesto de hecho en el que se encuentra, sino

⁷⁴⁹ Vid. supra pp. 186 y ss.

porque su ignorancia es producto de una estrategia creada por el mismo de manera consciente y deliberada para mantenerse en dicho estado de ignorancia y poder obtener los beneficios que genera su acción o contar con una excusa defensiva en caso de ser capturado⁷⁵⁰.

13. La SCJ en el caso *Global Tech Appliances v. SEB, S. A.*, aprovechó para referirse por primera vez sobre la *willful blindness* intentando esclarecer la forma en que debía entenderse y utilizarse la doctrina. En efecto, la SCJ expandió el estándar del conocimiento (*knowledge*) al indicar que la *willful blindness* satisfacía el conocimiento cuando el acusado: (i) tuviera una creencia subjetiva de la concurrencia de una alta probabilidad de la existencia del hecho; (ii) tomara acciones deliberadas (esfuerzos activos) para evitar el aprendizaje del hecho.
14. A pesar de esta decisión, a día de hoy todavía existen divisiones latentes en los Tribunales de Apelación con respecto a la *willful blindness*. Estas divisiones se presentan en tres aspectos diferentes: (i) con relación a los requisitos exigidos; (ii) con relación a las restricciones para la aplicación de la doctrina y, (iii) con relación a las reglas apropiadas para la revisión de las instrucciones al jurado otorgadas por los tribunales de instancia⁷⁵¹.
15. Con respecto a los requisitos exigidos no todos los tribunales exigen la prueba de un esfuerzo activo por parte del sujeto para evitar la adquisición del conocimiento o permanecer en una situación de ignorancia. Con relación a las restricciones para la aplicación de la doctrina, existe acuerdo en que la evidencia debe ser suficiente pero no hay consenso con relación a si frente a la evidencia de conocimiento concreto (*knowledge*) procede o no una instrucción de *willful blindness*. Además, respecto a las reglas apropiadas de revisión, no existe acuerdo con los estándares apropiados; algunos Circuitos entienden que el esquema apropiado es el estándar de novo y otros entienden que el estándar es el denominado deferente (otorgar total libertad y discreción al tribunal de juicio). Finalmente, tampoco existe acuerdo con respecto a si los errores que pueda cometer el tribunal de instancia con relación a la *willful blindness* son de carácter inofensivo (*harmless error*) o de carácter reversible (*reversible error*). Algunos

⁷⁵⁰ Ibidem.

⁷⁵¹ Vid. *supra* pp. 223 y ss.

circuitos reconocen que el error será inofensivo ante la existencia de evidencia abrumadora; otros reconocen que se tratará siempre de un error inofensivo (*harmless error*)⁷⁵².

16. La *willful blindness* debe tratarse desde un doble enfoque: uno procesal y otro sustantivo.

17. Desde el enfoque sustantivo, la utilización de la doctrina encuentra su fundamento en que este comportamiento deliberado e intencional del autor presenta un nivel de reprochabilidad equiparable a aquel que actúa con conocimiento concreto de las circunstancias.

18. La Tesis de la Equiparación Culpable (TEC) fue desarrollada por la doctrina académica para limitar la utilización de la *willful blindness* únicamente a aquellas situaciones en las que la actitud del autor sea equiparable en términos de culpabilidad con la de aquel autor que actúa con conocimiento cierto de las circunstancias.

19. Tampoco existe acuerdo en la doctrina sobre la forma en que deben operar de estas limitantes, reconociéndose las siguientes: (i) aquellos que parten de la motivación del autor⁷⁵³; (ii) aquellos que parten de una reconstrucción conceptual⁷⁵⁴; (iii) aquellos que parten de la exigencia de un deber de investigación razonable y; (iv) aquellos que parten de la omisión de investigar⁷⁵⁵.

20. En vista de la insatisfacción que nos produjeron estos acercamientos, hemos reestructurado un concepto de *willful blindness* a partir de una deconstrucción del término con la finalidad de identificar su estructura y un fundamento útil de la Tesis de la Equiparación Culpable (TEC).

21. Así, estaremos en presencia de un ignorante voluntario o artificial, deliberado e intencional (*willfully blind*)⁷⁵⁶ cuando:

- (i) El autor sea un ser racional.

⁷⁵² Vid. supra pp. 228 y ss.

⁷⁵³ Vid. supra pp. 250 y ss.

⁷⁵⁴ Vid. supra pp. 259 y ss.

⁷⁵⁵ Vid. supra pp. 269 y ss.

⁷⁵⁶ Vid. supra pp. 315 y ss.

- (ii) La proposición inculpatoria o circunstancia concurrente sea verdadera
- (iii) El autor tenga una creencia subjetiva o una sospecha sobre la alta probabilidad de la existencia de la circunstancia concurrente o proposición inculpatoria
- (iv) El autor haya realizado acciones alternas y deliberadas tendientes a evitar el conocimiento o que evite realizar, deliberadamente, aquellas acciones con las que hubiera podido adquirir el conocimiento.
- (v) Exista evidencia abrumadora de estas circunstancias.

22. En esta situación estaremos frente a un autor que se representó el hecho y con plena consciencia sesgó las fuentes del conocimiento procediendo a llevar a cabo la conducta riesgosa a sabiendas de la alta probabilidad de que su conducta podría materializar el resultado.

23. Con todo, se trata de un comportamiento intencional que se desprende de la propia palabra *willful*, cuyo contenido altamente normativo implica un término peyorativo frente a la actitud del autor que lo hace acreedor de responsabilidad no sólo porque actúa de manera intencional sino porque lo hace con conocimiento de estar vulnerando una disposición jurídica.

24. La *willful blindness* se desdibuja entre las líneas del conocimiento (*knowledge*) y la desconsideración (*recklessness*), pero se equipara al conocimiento por la actitud intencionada del autor de gestionar su estado de ignorancia y de actuar a pesar de haber contado con una representación suficiente de la circunstancia concurrente.

25. Desde el enfoque procesal, la doctrina se erigirá como una regla de alcance limitado que dependerá de que: (i) el estatuto exija el conocimiento (*knowledge*) como estado mental; (ii) el imputado alegue no haber contado con el conocimiento (*knowledge*) suficiente; (iii) exista evidencia abrumadora de que el autor se representó el hecho y que su ignorancia fue meramente estratégica; (iv) la evidencia demuestre esfuerzos activos en la evitación consciente del conocimiento o de la permanencia en la ignorancia; (v) la acusación haya solicitado una instrucción de *willful blindness* para el jurado.

26. Así, y únicamente así, podrá estar justificada una instrucción de *willful blindness*. En caso contrario, la decisión deberá ser revocada por error reversible (*reversible error*).

27. Extrapolándonos al ámbito del derecho continental y, en específico, al caso español, tenemos que el TS utiliza cinco tipos de lineamientos diferentes con relación a la denominada doctrina de la ignorancia deliberada: (i) como prueba del elemento volitivo del dolo; (ii) como un indicio que permite no tener que acreditar pruebas que infieran que el sujeto se representó la posibilidad de estar cometiendo una infracción penal; (iii) exigiendo un beneficio económico como motivo para permanecer en la ignorancia; (iv) como un elemento de imputación subjetiva autónomo que a efectos punitivos se equipara con el dolo; (v) como un elemento que puede ocurrir tanto en modalidad dolosa como culposa.
28. Tampoco falta aquella corriente doctrinal dentro del TS que haya rechazado la doctrina por considerarla una *contradictio in terminis*, estableciendo que no resulta conceptualmente adecuada, ni aquellos que indican que la utilización de la misma puede dar lugar a que los tribunales de instancia la utilicen para eludir el deber de motivación de las decisiones judiciales y evadan la prueba del conocimiento sobre la cual se construye el dolo eventual.
29. Tampoco existe en España unidad jurisprudencial con relación al tratamiento de la ignorancia deliberada. Entendemos que esta figura jurídica partió en su esencia del concepto de *willful blindness* pero al chocar con el sistema de imputación subjetiva del derecho penal continental terminó ampliándose, dando cabida a más supuestos y presentando actualmente diferencias sustanciales.
30. En efecto, la problemática principal de la *willful blindness* en el *common law* guarda una relación directa con la propia construcción del sistema de imputación subjetiva y se vincula a su construcción estatutaria y al concepto de conocimiento (*knowledge*)⁷⁵⁷.
31. Si bien es cierto que el MPC estableció que el estado mental mínimo requerido para la responsabilidad penal -en aquellos casos en los que el estatuto no hiciera referencia expresa a un determinado *mens rea*- debería interpretarse que es la *recklessness*, no menos cierto es que el derecho federal no adoptó estos lineamientos ni estos existen en el *common law* inglés. En consecuencia, cuando un estatuto federal exige el conocimiento (*knowledge*) como estado mental, automáticamente quedan fuera todas

⁷⁵⁷ Vid. supra pp. 168 y ss.; 196 y ss.

aquellas conductas que hayan sido realizadas por el autor con un estado mental de desconsideración (*recklessness*) o negligencia (*negligence*)⁷⁵⁸.

32. Esto llevó a la jurisprudencia a crear un concepto que permitiera expandir el radio de acción del conocimiento (*knowledge*) para dar entrada a todas esas conductas realizadas por sujetos que habiendo previsto o teniendo consciencia acerca de la circunstancia concurrente en las que se presentaban, optaron por gestionar de manera estratégica una situación de ignorancia tendiente a evitar la adquisición completa del conocimiento exigido por el estatuto. Así nace la *willful blindness*.
33. Sin embargo, esta problemática no se presenta en el derecho continental, pues al tener un sistema de imputación subjetiva plenamente diferente, la figura del dolo eventual abarca este tipo de situaciones haciendo innecesaria la utilización de la denominada ignorancia deliberada.
34. Lo que ocurre es que estamos en presencia de un figura jurídica que brinda una facilidad de relajar la carga probatoria permitiendo a los jueces condenar sin necesidad de tener que fundamentar la prueba que exige el dolo eventual. En efecto, cuando el TS no cuenta con las pruebas suficientes que permitan atribuir la responsabilidad penal del individuo, pero cuenta con la existencia de un indicio, recurre a la doctrina de la ignorancia deliberada para entonces fundamentar su carga probatoria, llenando así de contenido al dolo y condenando al imputado.
35. En esencia, la utilización que hace el TS de la doctrina de la ignorancia deliberada fundamentándola en una transposición de la *willful blindness* se sustena en criterios arbitrarios a través de la utilización de argumentos de autoridad que permiten relajar la carga probatoria que exige el dolo eventual en perjuicio de los derechos de los imputados.
36. La ausencia de coherencia en la utilización de esta figura deja al desnudo que la misma no es más que un recurso dogmático que solventa de forma rápida los problemas que se presentan al momento de constatar el conocimiento exigido por el dolo, específicamente el del dolo eventual.

⁷⁵⁸ Sobre la construcción del MPC y el derecho federal vid. supra pp. 30 y ss.; 104 y ss.; 145 y ss.

- 37.** Somos de la opinión de que lejos de acudir a esta figura jurídica para solventar carencias de prueba, debería exigirse un plus de motivación, valoración y un ejercicio investigativo más enriquecedor, toda vez que las mismas pruebas que pueden ser utilizadas para inferir el conocimiento son las mismas pruebas que permiten demostrar que el sujeto actuó con ignorancia artificial.
- 38.** Si un tribunal va a condenar a un imputado debe hacerlo de manera tal que salvaguarde todas las garantías individuales y procesales exigidas por la ley para la protección de los derechos individuales de los ciudadanos, cumpliendo cabalmente con la fundamentación de las decisiones y a través de un ejercicio probatorio razonable, basado en evidencia suficiente que permitan inferir el conocimiento del imputado sobre los hechos que se le imputan, y no haciendo uso de una doctrina que permite relajar esa carga probatoria sin necesidad de fundamentar la decisión. Esto no es, ni para esto nació, la *willful blindness*.

Bibliografía

- AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “*Stare decisis y creación judicial de derecho (constitucional)*”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 23. No. 67. España. 2003.
- ALEXANDER, Larry. “*Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*”. California Law Review. Vol. 88. No. 3. Article 14. USA. 2000. pp. 931-953.
- . “*Reconsidering the Relationship Among Voluntary Acts, Strict Liability, and Negligence in Criminal Law*”. Social Philosophy & Policy. Vol. 7. Issue 2. USA. 1990. pp. 84-104
- ALEXANDER, Larry/KESSLER FERZAN, Kimberly. “*Mens Rea and Inchoate Crimes*”. Journal of Criminal Law and Criminology. Vol. 87. No. 4. USA. 1996-1997. pp. 1138-1193.
- . “*Results Don’t Matter*” in Paul H. Robinson et al. (Ed.) *Criminal Law Conversations*. Oxford University Press. USA. 2009. pp. 147-162
- ALFANGE JR., Dean. “*Jeremy Bentham and the Codification of Law.*” Cornell Law Review. Vol. 55. No. 3. 1969.
- AMMERMAN, Robert R. / SINGER, Marcus G., ED.S. “*Belief, Knowledge, and Truth: Readings in the Theory of Knowledge*”. Charles Schribner’s Sons. USA. 1970. Pp.
- ANDROPHY, Joel. “*Deliberate Ignorance*”. White Collar Crime (References). 5 White Collar Crime § 32:13. Second Edition. 2011.
- ARCHER, Sophie. “*Nondoxasticism about Self-Deception*”. Dialectica. Vol. 67. No. 3. 2013. pp. 265-282.
- ARENDT, Hannah. “*Eichmann y el Holocausto.*” Taurus. Santillana Ediciones Generales. España. 1999. Extracto y traducción a cargo de Carlos Ribalta, del Título original *Eichmann in Jerusalem*.
- ARISTÓTELES. “*Metafísica*”. Editorial Planeta-De Agostini. España. 1999. Pp. 11.
- ARPLAY, Nomy/SCHROEDER, Tim. “*In Praise of Desire*”. Oxford University Press. USA. 2014.
- BACH, Kent. “*An Analysis of Self-Deception*”. Philosophy and Phenomenological Research. Vol. 41. No. 3. USA. 1981.
- BAKER, JR., John S. / HAUN, William J. “*The ‘Mens Rea’ component within the issue of the over-federalization*”. Engage. Vol. 14. No. 2. USA. 2013. pp. 24-29.
- BANFI DEL RÍO, Cristián. “*El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35. No. 1. Págs. 37-83. Chile. 2008. Traducción del título original de WHITTAKER, SIMÓN. “*Precedent in English Law: A view from the Citadel*”. European Review of Private Law. Kluwe Law International. Netherlands. 2006. pp. 705-746.

- BARTLING, Björn / ENGL, Florian / WEBER, Roberto A. “*Does Willful Ignorance Deflect Punishment? – An Experimental Study*”. Department of Economics Working Papers. No. 125. University of Zurich. Switzerland. 2013. pp. 1-40.
- BEN-DAVID, Guy. “*Cognitive Void in Relation to Attendant Circumstances as Subjective Mens rea*”. New Criminal Law Review. Vol. 18. USA. 2015. pp. 418-476.
- BENTHAM, Jeremy. “*An introduction to the principles of morals and legislation*”. First Ed. 1789.
- BERMAN, Douglas A. “*The Model Penal Code Second: Might “Film Schools” Be in Need of a Remake?*” Vol. 1. No. 1. pp. 163-167.
- BINMORE, Ken. “*Game Theory. A Very Short Introduction.*” Oxford University Press. USA. 2007.
- BLACK’S LAW Dictionary. 6th Edition. West, St. Paul, Minn. U.S.A. 1990.
- BINDER, Guyora. “*The Retic of Motive and Intent.*” Buffalo Criminal Law Review. Vol. 6. USA. 2003.
- BLACKSTONE, Sir William. “*Commentaries on the Laws of England in four books*”. Vol., I. The Online Library of Liberty. Disponible en web: http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf (última consulta: 20 de junio de 2017)
- BRADY, James B. “*Recklessness, Negligence, Indifference, and Awareness*”. Modern Law Review. Vol. 43. No. 4. 1980. pp. 381-399.
- BRADLEY, Caroline. “*Blind-eye Knowledge?*”. 2005. Disponible en web: http://www.theconglomerate.org/2005/06/blindeye_knowle.html (última consulta 3 de marzo 2018);
- BROWN, Brendan F. “*La equity en el derecho de los Estados Unidos de América.*” Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 21. 1974. Disponible en web:<<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1094/1352>>. (Última consulta: 10 junio 2017)
- BROWN, Darryl K. “*Federal Mens Rea Interpretation and the Limits of Culpability’s Relevance*”. Law and Contemporary Problems. Vol. 75. No. 2. USA. 2012. pp.109-131.
- BUCKLEY, Erin. “*Willful Blindness: Law’s Disregard and the Deanne Bridgland Case*”. The Australian Feminist Law Journal. Vol. 33. No. 1. Australia. 2010. pp. 101-120
- BURKHARDT, Björn. “*Some questions and comments on what is called ‘The Mental Element of the Offence’*”. Israel Law Review. Vol. 30. No. 1-2. Israel. 1996. pp. 82-105
- BURRELL, David. / HAUERWAS, Stanley. “*Self-deception and Autobiography: Theological and Ethical Reflections on Speer’s ‘Inside the Third Reich’.*” The Journal of Religious Ethics. Vol. 2. No. 1. USA. 1974

- BUTTERFILL, Stephen A. “*What Does Knowledge Explain? Commentary on Jennifer Nagel, ‘Knowledge as a Mental State’*”, in Tamar Szabó Gendler and John Hawthorne *Oxford Studies in Epistemology Vol. 4*. Oxford University Press. U. K. 2013.
- BÜYÜKSAGIS, Erdem. /VAN BOOM, Willem H. “*Strict Liability in Contemporary European Codification: Thorn Between Objects, activities and their risks*”. *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 44. USA. 2013.
- CARPENTER, Catherine L. “*On Statutory Rape, Strict Liability, And the Public Welfare Offense Model*”. *American University Law Review*. Vol. 53. USA. 2003.
- CARRILLO, Juan D./MARIOTTI, Thomas. “*Strategic Ignorance as a self-disciplining device*”. *The Review of Economics Studies*. Vol. 67. USA. 2000
- CARSON, David C. / FELTHOUS, Alan R. “*Introduction to this Issue: Mens Rea*”. *Behavioral Sciences and the Law*. Vol. 21. USA. 2003. pp. 559-562.
- CHAN, Wing Cheong. “*Culpability in the Misuse of Drugs Act*”. *Singapore Academy of Law Journal*. Vol. 25. No. 1. Singapore. 2013. pp.110-129.
- CHANCE, Zoë / NORTON, Michael I. “*The what and why of self-deception*”. *Current Opinion in Psychology*. Vol. 6. 2015. pp. 104-107.
- CHARLOW, Robin. “*Bad Acts in Search of a Mens Rea: Anatomy of a Rape*”. *Fordham Law Review*. Vol. 71. No. 2. USA. 2002. pp. 263-327.
- . “*Willful ignorance and criminal culpability*”. *Texas Law Review*. Vol. 70. No.6 USA. 1992. pp.1351-1429.
- CHARRET DEL-BOVE, Marion/FRANCOZ-TERMINAL, Laurence. “*How common is the common law? Some differences and similarities in British and American Superior Court Decisions*”. *Alicante Journal of English Studies*. No. 28. Alicante, España. 2015. pp. 59-82
- CHESNEY, Eugene J. “*The Concept of mens rea in the criminal law*”. *American Institution of criminal law & Criminology*. Vol. 29. Article 2. (1938-1939). pp. 627 y ss.
- CHIANG, Yuan-Chen. “*‘Willful Blindness’ for induced infringement-impacts of the U.S. Supreme Court’s Global-Tech Case on Taiwanese Companies*”. *NTUT Journal of Intellectual Property Law & Management*. Vol. 1. 2012. pp. 114-120.
- CHIU, Elaine M. “*The Challenge of Motive in Criminal Law.*” *Buffalo Criminal Law Review*. Vol 8. USA. 2005.
- CIFREDO CANCEL, Félix A. “*La intención y los otros elementos subjetivos del injusto penal en los sistemas anglosajón y civilista: Hacia una teoría unitaria*”. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Vol. 63. 1994. pp. 39-88.
- COHEN, Morris L. “*The common law in the American Legal System: The challenge of Conceptual Research*”. *Law Library Journal*. Vol. 81. USA. 1989.

- COMMENTS. “*Willful Blindness as a Substitute for Criminal Knowledge*”. Iowa Law Review. Vol. 63. USA. 1977-1978. pp. 466-485.
- CONFERENCIA DE LOS ESTADOS PARTES EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. CAC/COSP/IRG/I/4/1/Add.17. Resumen Ejecutivo Singapur. 2015.
- COLB, Sherry F. “*Why Can’t Jurors Distinguish ‘Knowing’ From ‘Reckless’ Misconduct?*” Criminal Law. USA. 2012. Disponible en web: <https://verdict.justia.com/2012/01/11/why-cant-jurors-distinguish-knowing-from-reckless-misconduct> (última consulta: 1 de mayo 2018)
- COOK, Walter W. “*Act, intention and motive in the Criminal law*”. Yale Law Journal. Vol. 26. No. 8. USA. 1917.
- COPEL, John F. “*The Mens Rea Provisions of the Proposed Ohio Criminal Code-The Continuing Uncertainty*”. Ohio State Law Journal. Vol. 33. No. 2. USA. 1972. pp. 354-396.
- CROSBY, Catherine. “*Recklessness – The Continuing Search for a Definition*”. Journal of Criminal Law. Vol.72. No. 4. UK. 2008. pp. 313-334.
- CRUMP, David. “*What does intent mean?*”. Hofstra Law Review. Vol. 38. No. 4. Article 2. USA. 2010. pp. 1059-1082.
- CUNNINGHAM, Sally. “*Recklessness: being reckless and acting recklessly*”. King’s College Law Journal. Vol. 21. No. 3. UK. 2010. pp. 445-467.
- DAILEY, David. “*Searching for Culpability, Punishing the Guilty, and Protecting the Innocent: Should Congress Look to the Model Penal Code to Stem the Tide of Federal Overcriminalization?*”. Catholic University Law Review. Vol. 63. No. 4. Article 4. USA. 2014.
- DALE, Elizabeth. “*Criminal Justice in the United States. 1789-1939*”. Cambridge University Press. USA. 2011;
- DANIEL, Alex Robert. “*Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge*”. Law School Student Scholarship. Paper 347. 2013. pp. 347
- DAVID, Mark D. “*Harm and Morality Revisited: A reconceptualization of the harm principle*”, (Disponible en web: <http://www.thecarceral.org/morality.pdf>) (Última consulta: 4 de enero de 2018)
- DENNO, Deborah W. “*Criminal Law in a Post-Freudian World*”. University of Illinois Law Review. Vol. 2005.
- DE NICOLA, Daniel R. “*Understanding Ignorance. The Surprising Impact of What We Don’t Know*”. MIT Press. USA. 2017

- DE MAEKELT, Tatiana B. / MARTÍNEZ, Claudia Madrid. “*Civil law y common law: un acercamiento*”. Boletín de la academia de ciencias políticas y sociales.. No. 141. Venezuela. Año 2003.
- DODDALA, Aditya / DEB, Shreya. “*Mens rea-an integral part of crime*”. The World Journal on Juristic Polity. 2017., disponible en web: <http://jurip.org/wp-content/uploads/2017/03/Shreya-Deb.pdf>,
- DOGUET, André. “*The Louisiana Criminal Code and Criminal Intent: Distinguishing Between Specific and General Intent*”. Louisiana Law Review. Vol. 46. No. 5. USA. 1986. pp. 1061-1069
- DRESSER, REBECCA. “*Culpability and Other Minds*”. Southern California Interdisciplinary Law Journal. Vol. 2. No.1. USA. 1993. pp. 41-88.
- DRESSLER, Joshua. “*The Model Penal Code: Is It Like a Classic Movie in Need of a Remake?*” Vol. 1. No. 1. USA. 2003. pp.157-161.
- . “*Understanding Criminal Law*”. 6th Edition. Plagrave Macmillan. New York City. USA. 2009.
- DUBBER, Markus D. “*An Introduction to the Model Penal Code*”. Oxford University Press. USA. 2015. pp.1-25
- DUBBER, Markus D./ HORNLE, Tatjana. “*Criminal Law: A Comparative Approach*”. Oxford University Press. U. K. 2014.
- DUFF, R. Antony. “*Answering for Crime*”. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Hart Publishing. USA. 2007. pp. 202-207.
- . “*Caldwell and Lawrence: The Retreat from Subjectivism*”. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 3. No. 1. UK. 1983
- . “*Criminally Responsible for What? Harms, Wrongs and Crimes*”. Answering for Crime and Liability in the Criminal Law. Legal Theory Today. Hart Publishing. USA. 2007. pp. 123-146.
- . “*Legal and Moral Responsibility*”. Philosophy Compass. No. 4. Vol. 6 UK. 2009.
- . “*Harms and Wrongs*”. Buffalo Criminal Law Review. Vol. 5. No. 1. USA. 2001.
- . “*Rule-Violations and Wrongdoings*” in Stephen Shute and A.P. Simester (Ed.) *Criminal Law Theory. Doctrines of General Part*. Oxford University Press. USA. 2002. pp. 47-74.
- DUFF, R. Antony/ GREEN, Stuart P. “*Philosophical Foundations of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 2011.
- EBERT, Philip A. /SMITH, Martin. “*Introduction: Outright Belief and Degrees of Belief*”. Dialectica. Vol. 66. No. 3. UK. 2012.

- EDWARDS, J. LI. J. “*The Criminal Degrees of Knowledge*”. The Modern Law Review. Vol. 17, No. 4. 1954. pp. 293-314.
- EDWARDS, Linda H. “*Legal Writing and Analysis*”. Aspen Publishers. 2nd Edition. Wolters Kluwer, Law & Business. Chicago, USA. 2007.
- FALCÓN Y TELLA, María José. “*La equity angloamericana*”. Foro Nueva Época. No. 1. España. 2005. pp. 79-108.
- FARREL, Ian P. / MARCEAU, Justin F. “*Taking Voluntariness Seriously*”. Boston College Law Review. Vol. 54. USA. 2013. pp. 1545-1612
- FEDERAL JURY PRACTICE AND INSTRUCTIONS. “*Third Circuit Manual of Model Jury Instructions. Chapter 5. Mental states*”. FEDCRIM-JI3C 5.06, Mod. Crim. Jury Instr. 3rd Cir. 5.06
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “*La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*”. InDret 3/2015. p.4. Disponible en web: www.Indret.com.
- FEINBERG, Joel. “*The Moral Limits of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 1984;
- . “*Harm to Others*.” Oxford University Press. Vol. 1. USA. 1984
- . “*Offense to Others*.” Oxford University Press. Vol. 2. USA. 1985;
- . “*Harm to Self*”. Oxford University Press. Vol. 3. USA. 1986
- . “*Harmless Wrongdoing*”. Oxford University Press. Vol. 4. USA. 1988;
- FELTZ, Adam. “*The Knobe Effect: A Brief Overview*”. Journal of Mind and Behavior. Vol. 28 No. 3-4. USA. 2007.
- FLETCHER, George P. “*Basic Concepts of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 1998.
- . “*The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, International*”. Oxford University Press. U.K. 2007.
- . “*Rethinking Criminal Law*”. Oxford University Press. U.K. 2000.
- FROM, Justin C. “*Avoiding Not-So-Harmless Errors: The Appropriate Standards for Appellate Review of Willful Blindness Jury Instructions*”. Iowa Law Review. Vol. 97. 2011. pp.275-301.
- GARDNER, John. “*Criminal Law and the Uses of Theory: A Reply to Laing*”. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 14. No. 2. USA. 1994. pp. 217-228.
- GARDNER, Martin R. “*The Mens Rea Enigma: Observations on the Role of Motive in Criminal Law Past and Present*”. Utah Law Review. pp 642-643. Utah, USA. 1993.

- GARVEY, Stephen P. “*What’s Wrong with Involuntary Manslaughter?*” *Texas Law Review*. Vol. 86. Paper. 53. USA. 2006.
- . “*Authority, Ignorance, and the Guilty Mind.*” *SMU Law Review*. Vol. 67. USA. 2014. pp. 545-575.
- GENDLER, Tamar Szabó/ HAWTHORNE, John. (Ed.) “*Oxford Studies in Epistemology Vol. 4.*” Oxford University Press. U.K. 2013.
- GETTIER, Edmund L. “*Is Justified True Belief Knowledge?*” *Analysis*. Vol. 23. No. 6. USA. 1963
- GIGERENZER, Gerd/ GARCÍA-RETAMERO, Rocío. “*Cassandra’s Regret: The Psychology of Not Wanting to Know.*” *Psychological Review*. Vol. 124. No. 2. USA. 2017.
- GINTHER, Matthew R. / SHEN, Francis X. / BONNIE, Richard J. / HOFFMAN, Morris B. / JONES, Owen D. / MAROIS, René/ SIMONS, Kenneth W. “*The Language of Mens Rea.*” *Vanderbilt Law Review*. Vol. 67. No. 5. USA. 2014. pp. 1327-1371.
- GINTHER, Matthew R. / SHEN, Francis X. / BONNIE, Richard J. / HOFFMAN, Morris B. / JONES, Owen D. / SIMONS, Kenneth W. “*Decoding Guilty Minds: How Jurors Attribute Knowledge and Guilt.*” *Vanderbilt Law Review*. Vo. 71. No. 1. 2018. pp. 241-283.
- GORMAN, Daniel E. “*Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB S.A.: Invoking the Doctrine of Willful Blindness to Bring Those Who Lack Knowledge of Induced Infringement Within § 271(B)’s Prohibition.*” *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*. Vol. 14. 2011. pp. 397-405.
- GRANADOS PEÑA, Jaime E. “*La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU.*”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. Tomo 45. Fasc./mes 3. España. 1992. pp. 1023-1050
- GREASLEY, Kate. “*R(Purdy) v DPP and the Case for Wilful Blindness.*” *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30. No. 2. 2010. pp. 301-326.
- GREEN, Stuart P. “*Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism.*” Rutgers. USA. 2004.
- GROSS /STROUP. “*Has the Legal Threshold for “Willful Blindness” Really Changed Since Global-Tech.*” *White Collar Crime Report*. 10 WCR 136. 2015.
- GROSSMAN, Zachary. “*Strategic Ignorance and the Robustness of Social Preferences.*” *Management Science*. Vol. 60. No. 11. USA. 2014.
- GROSSMAN, Zachary / VAN DER WEELE, Joël J. “*Self-Image and Willful Ignorance in Social Decisions.*” UC Santa Barbara - Department of Economics. USA. 2013. pp. 1-46.
- GROTE, Rainer. “*Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit.*” *Revista Pensamiento Constitucional VIII*. No. 8. Perú. 2001. Pp. 127-176, disponible en web: <http://www.revistas.pucp.edu.pe> (última consulta: 8 de abril de 2018).

- HALL, Jerome. “*Ignorance and Mistake in Criminal law*”. Indiana Law Journal. Vol. 33. No. 1. USA. 1957.
- HAMANI, Assaf. “*Mens Rea and the Cost of Ignorance*”. Virginia Law Review. Vol. 93. USA. 2007
- HANCOCK, Alan R. “*True Belief: An Analysis of the Definition of ‘Knowledge’ in the Washington Criminal Code*”. Washington Law Review Online. Vol. 91. USA. 2016. pp. 177-190.
- HART, H.L.A. “*Law, Liberty and Morality*”. Oxford Paperbacks. UK. 1968;
- HARTCOURT, Bernard E. “*The Collapse of the Harm Principle*”. Journals of Criminal Law and Criminology. Vol. 90. No. 1. Article 3. Fall. 1990. USA.
- HARMAN, Elizabeth. “*Does Moral Ignorance Exculpate?*” Blackwell Publishing Ltd. Vol. 24. No. 4. USA. 2011
- HARVARD LAW REVIEW (Recent Case). “*Criminal Law—Willful Blindness—Ninth Circuit holds that Motive is not an Element of Willful Blindness. – United States v. Heredia, 483 F.3D 913 (9th Cir.) (En banc), Cert, Denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (No. 07-5762)*”. 121 Harv. L. Rev. 2008. pp. 1245-1252.
- HAUTAMAKI, Edward W. “*The Element of Mens Rea in Recklessness and ‘Criminal Negligence’*”. Duke Bar Journal. Vol. 2. No. 1. USA. 1951. pp. 55-69.
- HEADRICK, William C. “*Derecho Francés y common law: pasado y presente*”. Editorial Taína. Primera Edición. Santo Domingo, República Dominicana. 2005.
- HEFFERNAN, Margaret. “*Willful Blindness: Why we Ignore the Obvious at Our Peril*”. Walker Publishing. New York. 2011.
- HELLER, Kevin J. “*The Cognitive Psychology of Mens Rea*”. Journal of Criminal Law and Criminology. Vol. 99. No. 2. USA. 2008-2009. pp. 317-379.
- HELLER, Kevin J./DUBBER, Marcus D. (Eds.) “*The Handbook of Comparative Criminal Law*.” Stanford University Press. USA. 2011.
- HELLMAN, Deborah. “*Prosecuting Doctors for Trusting Patients*”. Geo Mason Law Review. Vol. 16. No. 3. pp. 701-745.
- . “*Willfully Blind for Good Reason*”. Criminal Law and Philosophy. Vol 3. No. 3. USA. 2009. pp. 301-316.
- HEMINGWAY, Joan MacLeod. “*Willful Blindness, Plausible Deniability, and Tippee Liability: SAC, Steven Cohen, and the Court's Opinion in Dirks*”. Transactions: The Tennessee Journal of Business Law. Vol 15. USA. 2013. pp. 47-58.
- HERTWIG, Ralph / ENGEL, Christoph. “*Homo Ignorans: Deliberately Choosing Not to Know*”. Perspectives on Psychological Science. Vol. 11. No. 3. Germany. 2016. pp. 359-372.

- HOLLY, Smith. “*Culpable Ignorance*”. *The Philosophical Review*. Vol. 92. No. 4. 1983.
- . “*Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance*”. *Criminal Law and Philosophy* Vol. 5. No. 2 USA. 2011.
- . “*Tracing Cases of Culpable Ignorance.*” in Rik Peels (Ed.) *Perspectives on Ignorance from Moral and Social Philosophy*. Routledge Studies. USA. 2017.
- HOLTON, Richard. “*What is the Role of the Self in Self-Deception*”. *Proceedings of the Aristotelian Society*. No. 101. 2001. pp. 53-69.
- HOPKINS, Ann. “*Mens Rea and the Right to Trial by Jury*”. *California Law Review*. Vol. 76. No. 2. USA. 1988. pp. 391-420
- HORDER, Jeremy. “*Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory*”. *Law and Philosophy*. Vol. 12. Netherlands. 1993. pp. 193-215
- HOWE, Scott W. “*Jury Fact-Finding in Criminal Cases: Constitutional Limits on Factual Disagreements Among Convicting Jurors.*” *Missouri Law Review*. Vol. 58 No. 1 Article 6. USA. 1993.
- HUSAK, Douglas. “*‘Broad’ Culpability and the Retributivist Dream*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 9. No. 2. USA. 2012. pp. 449-485.
- . “*Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry*”. Oxford University Press. USA. 2016. pp. 193-226.
- . “*Motive and Criminal Liability*”, in Douglas Husak (Ed.) *The Philosophy of Criminal Law: selected essays*. Oxford University Press. USA. 2010.
- . “*Overcriminalization. The limits of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 2008;
- . “*Rethinking the Act Requirement*”. *Cardozo L. Rev.* 28. HeinOnline. USA. 2006-2007. pp. 2437-2459.
- . “*The Function and Structure of the Substantive Criminal Law*”. *Law and Philosophy*. Vol. 18. No. 1. USA. 1999. pp.85-104.
- . “*Transferred Intent*”. *Notre Dame Journal of Law. Ethics and Public Policy*. Vol. 10. No. 1. Article 4. USA. 1996. pp. 65-97.
- HUSAK, Douglas N. / CALLENDER, Craig A. “*Willful ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*”. *Wisconsin Law Review*. Vol. 29. 1994. pp 29-69.
- IZAGUIRRE ARTAZA, Jurdana. “*Los abogados y el sistema jurídico en Estados Unidos*”. ICEX España Exportación e Inversiones. Año 2014. Disponible en web: <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/el-mercado/estudios-informes/4768018.html?idPais=US>

- JACOBS, James B. “*Criminal Justice in the United States: A Primer*”. Disponible en web: asjournal.org/49-2007/criminal-justice-in-the-united-states/ (última consulta 11 de noviembre de 2017). Existe una versión en castellano a cargo del Periódico Electrónico del departamento de Estado de Estados Unidos. “*La justicia penal en Estados Unidos*”, en *Temas de la Democracia*. Vol. 6. No. 1. Julio de 2001.
- JEFFERY, Clarence R. “*Development of Crime in Early English Society, The*”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 47. No. 6. USA. 1956-1957. pp. 647-666.
- JENNI, Kathie. “*Vices of Inattention*”. *Journal of Applied Philosophy*. Vol. 20. No. 3. USA. 2003. pp. 279-295.
- JOHNSON, Eric A. “*Beyond Belief: Rethinking the Role of Belief in the Assessment of Culpability*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 3. USA. 2006.
- . “*Understanding General and Specific Intent: Eight Things I Know for Sure*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 13. No. 2. USA. 2016. pp. 521-541.
- . “*Rethinking the Presumption of Mens Rea*”. *Wake Forest Law Review*. Vol. 47. USA. 2012. pp. 769-797.
- KADISH, Sanford H. “*Codifiers of the Criminal Law: Welcher’s Predecessors*.” *Columbia Law Review*. Vol. 78. USA. 1978.
- . “*Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*”. *California Law Review*. Vol. 87. No. 4. USA. 1999. pp. 943-982.
- . “*The Model Penal Code’s Historical Antecedents*”. *Rutgers Law Journal*. Vol. 19. USA. 1987. pp. 521-538.
- KATZ, Leo. “*Proximate Cause in Michael Moore’s Act and Crime*”. *University of Pennsylvania Law Review. Faculty Scholarship*. Vol. 142. USA. 1994. pp. 1513-1528.
- . “*Bad Acts and Guilty Minds*”. The University of Chicago Press. U.S.A. 1987.
- KEEDY, Edwin R. “*Ignorance and Mistake in the Criminal law*”. *Harvard Law Review*. Vol. 22. No. 2. USA. 1908.
- KESSLER FERZAN, Kimberly. “*Prevention, Wrongdoing, and the Harm Principle’s Breaking Point*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 10. No. 2. 2013.
- . “*Holistic Culpability*.” *Cardozo Law Review*. Vol. 28. No. 6. USA. 2007.
- . “*Opaque Recklessness*.” *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 91. No. 3. USA. 2001. pp. 597-652
- KHOURY, Andrew C. “*Blameworthiness and Wrongness*”. *Journal of Value Inquiry*. Vol. 45. No.2. Netherlands. 2011. Pp. 135-146.

- KINNEY, Heather M. “*The Deliberate Indifference Test Defined: Mere Lip Service to the Protection of Prisoners’ Civil Rights*”. Temple Political & Civil Rights Law Review. Vol. 5. USA. 1995. pp. 121-144.
- KNEER, markus/BOURGEOIS-GIRONDE, sacha. “*Mens Rea Adscription, Expertise and Outcome Effects: Professional Judges*.” Cognition. Vol. 169. No. 11. UK. 2017. pp. 139-146
- KNOBE, Joshua. “*Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*”. Analysis. Vol. 63. Issue 279. USA. 2003.
- KUBARYCH, Thomas S. “*Self-deception and Peck’s Analysis of Evil*.” Johns Hopkins University Press. Vol. 12. No. 3. USA. 2005.
- KUKLIN, Bailey. “*The Labyrinth of Blameworthiness*.” University of San Francisco Law Review. Vol. 51. No. 2. USA. pp. 173-201.
- KUNSCH, Kelly. “*Standard of Review (State and Federal): A Primer*.” Seattle University Law Review. Vol. 18. USA. 1994.
- KREUTZER, Jacob. “*Causation and Repentance: Reexamining Complicity in Light of Attempts Doctrine*”. N.Y.U. Journal of Law & Liberty. Vol. 3. No. 155. USA. 2008. pp. 155-195.
- LACEY, Nicola. “*Responsibility without Consciousness*”. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 36. No. 2. USA. 2015. pp. 1-23.
- LACOUR JR., Louis C/WARD, Raymond P. “*A Defense Lawyer’s Guide to Appellate Practice*.” DRI. 2004.
- LAFAVE, Wayne R. “*Principles of Criminal Law*”. Second Edition. West. USA. 2010.
- . “*Substantive Criminal Law*.” Second Edition. West Group Publishing. USA. 2014.
- LAING, J. A. “*The Prospects of a Theory of Criminal Culpability: Mens Rea and Methodological Doubt*”. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 14. No. 1. USA. 1994. pp. 57-80.
- LARENZ, Karl. “*La filosofía contemporánea del derecho y el estado*”. Ediciones Jurídicas Axel. Colombia. 2009.
- LARKIN, JR., Paul J. / RICHARDSON, Jordan / SEIBLER, John-Michael. “*The Supreme Court on Mens Rea: 2008-2015*”. Legal Memorandum. No. 171. The Heritage Foundation. USA. 2016. pp. 1-13.
- LARRAURI, Elena. “*Control del delito y castigo en Estados Unidos*”, en Revista Jueces para la Democracia. N.º 32. España. 1998. pp. 85-88. Disponible en web: dialnet.unirioja.es (última consulta: 9 de noviembre de 2017).
- LEGARRE, Santiago/RIVERA, Julio César. “*Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’*”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. No.1. Chile. 2006.

- LEFKOWITZ, David. “*Blame and the Criminal Law*”. Jurisprudence. Vol. 6. No. 3. USA. 2015.
- LIPMANN, Matthew R. “*Contemporary Criminal Law. Concept, Cases and Controversies.*” Second Edition. Sage Publications. U.S.A. 2010.
- LONDOÑO, Néstor Raúl. “*La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos*”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36, No. 106. Colombia. 2007. pp. 55-68.
- LONG, Billy. “*The Jury Made the Correct Decision in the Casey Anthony Capital Murder Trial: Addressing the Requirements for Establishing Criminal Culpability*”. International Journal of Arts and Commerce. Vol. 2. No. 4. USA. 2013. pp. 184-192.
- LUBAN, David. “*Contrived Ignorance*”. Georgetown Law Journal. Vol. 87. 1999. pp. 957-980.
- LUNDQUIST, John W. “*They Knew What We Were Doing: The Evolution of the Criminal Estoppel Defense*”. William Mitchell Law Review. Vol. 23. 1997. pp. 843.
- LYNCH, Kevin. “*Willful Ignorance and Self-Deception*”. Philosophical Studies. Vol. 173. No. 2. 2017. pp. 505-523.
- . “*An Agentive non-intentionalist Theory of Self-Deception.*” Canadian Journal of Philosophy. Vol. 47. No. 6. Canada. 2017. pp. 1-20
- . “*On the ‘Tension’ Inherent in Self-Deception.*” Philosophical Psychology. Vol. 25. No. 3. UK. 2012. pp. 433-450
- MACLEOD, James A. “*Belief States in Criminal Law*”. Oklahoma Law Review. Vol. 68. No. 3. USA. 2016. pp. 497-555.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “*Bases para una teoría comparativa del hecho punible*”. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. Vol. 75. 2006 pp. 561-695.
- MARCHUK, Irina. “*The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A Comparative Law Analysis.*” Springer. Alemania. 2014.
- MARCUS, Jonathan L. “*Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness*”. Yale Law Journal. Vol. 102. USA. 1993. pp. 2231-2257.
- MARCUS, Paul. “*Book Review of the Model Penal Code and Commentaries*”. Book Reviews. The Journal of Criminal Law and Criminology. Vol. 73. No. 2. USA. 1982. pp. 811-836.
- MARQUÈS I BANQUÉ, María. “*La certeza del derecho y la individualización de la pena en el common law*”. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. 37. España. 2017. pp. 123-178.
- MARTÍNES-TORRÓN, Javier. “*Consideraciones sobre la influencia del derecho canónico en la tradición jurídica del common law*”. Ius Canonicum, Vol. 26. No. 53. 1987. pp. 337-369.

- MASON, Elinor. “*Moral Ignorance and Blameworthiness.*” *Philosophical Studies*. Vol. 172. No. 11. UK. 2015.
- MATERNI, Mike C. “*Criminal Punishment and the Pursuit of Justice.*” *British Journal of American Legal Studies*. Vol. 2. UK. 2013. pp. 263- 305
- . “*Rebooting the Discourse on Causation in the Criminal Law: A Pragmatic (and Imperfect) Approach*”. *Criminal Law Bulletin*. Vol. 50. No. 6. Thomson Reuters. USA. 2014. pp. 1-31.
- MELE, Alfred R. “*Real Self-Deception*”. *Behavioral and Brain Sciences*. Vol. 20. USA. 1997.
- MELERO, F. Javier. “*Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)*”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*. Centro de Publicaciones. Madrid. Tomo XLVII. Fascículo II. Mayo-agosto 1994.
- MÉNDEZ, Miguel Angel. “*A Sisyphian Task: The Common Law Approach to Mens Rea*”. *University of California Davis Law Review*. Vol. 28. USA. 1994-1995. pp.407-443.
- MERTZ HSIEH, Diana. “*Dursley Duplicity. The Morality and Psychology of Self-Deception*”. *Harry Potter and Philosophy: if Aristotle ran Hogwarts*. (Eds.) David Baggett and Shawn Klein. Chicago. 2004. pp. 22-37.
- MCELMAN, Mark. “*A New Conception of Wilful Blindness: The Supreme Court of Canada’s Decision in R. v. Sansregret*”. *Dalhousie Journal of Legal Studies*. pp. 324-343.
- MCGOEY, Linsey. “*The Logic of Strategic Ignorance.*” *The British Journal of Sociology*. Vol. 63. No. 3. UK. 2012.
- MICHAELS, Alan C. “*Acceptance: The Missing Mental State*”. *Southern California Law Review*. Vol. 71. 1998. pp. 953- 1035.
- MILL, John Stuart. “*Sobre la libertad*”. Traducción del título original “*On liberty*”, a cargo de Pablo de Azcárate. Alianza Editorial. España. 2011.
- MILLER, Jeremy M. “*Mens Rea Quagmire: The Conscience or Consciousness of the Criminal Law.*” *Western State University Law Review*. Vol. 29. USA. 2001.
- MILNE, Pieter. “*Belief, Degrees of Belief and Assertions*”. *Dialectica*. Vol. 66. No. 3. UK. 2012.
- MIRÓ LINARES, Fernando. “*La Criminalización de Conductas ‘Ofensivas’*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 17-23. España. 2015. pp. 1-65.
- MOAK, Nathaniel C. “*Reports of Cases Decided by the English Courts: With Notes and References to Kindred Cases and Authorities.*” William Gould & Son. USA. 1877.
- MOODY-ADAMS, Michele M. “*Culture, Responsibility, and Affected Ignorance.*” *Ethics*. Vol. 104. No. 2. USA. 1994.

- MOORE, MICHAEL S. “*Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law.*” Oxford University Press. USA. 1993.
- . “*Causation*” in Joshua Dressler (Ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice*. Vol. 1. Second Edition. Macmillan Reference. USA. 2002. pp. 72-86.
- . “*Causation and the Excuses*”. *California Law Review*. Vol. 73. 1985. pp. 1091-1149.
- . “*Placing Blame: A Theory of Criminal Law*”. Oxford University Press. First Published paperback. U.S.A. 2010.
- MOORE, Michael S. / HURD, Heidi M. “*Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence*”. *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 5. USA. 2011. pp. 147-198.
- MORINEAU, Marta. “*Una introducción al Common Law*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos No. 4. México. 2009.
- MORTON, J. D. “*Burdens of Proof and the Doctrine of Recent Possession*”. *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 1. No. 2. UK. 1959. pp. 72-81.
- NAGEL, Jennifer. “*Knowledge as a Mental State*”. [Oxford Studies in Epistemology](#). Vol. 4. Oxford University Press. Edited by Tamar Szabó Gendler and John Hawthorne. UK. 2013. pp. 273-343.
- NAIDOO, Kamban. “*Reconsidering Motive’s Irrelevance and Secondary Role in Criminal Law*”. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse (TSAR)*. Vol. 2. South-Africa. 2017. pp. 337-351.
- NOE, Stefan A. “*Willful blindness: A Better Doctrine for Holding Corporate Officers Criminally Responsible for RCRA Violations*”. *DePaul Law Review*. Vol. 42. 1993. pp. 1461-1497.
- NICHOLSON, Anna. “*Cognitive Bias, Intentionality and Self-Deception*”. *Teorema*. Vol. 26 No. 3. 2007. pp. 45-58 Disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/159809> (última consulta: 28 de junio de 2018);
- O’MALLEY, Kevin F./ GRENIG, Jay E. /C. LEE, Hon. William. “*Federal Jury Practice and Instructions. Deliberate Ignorance-Explained*”. 1A Federal Jury Practice & Instructions §17:09 (6th ed.). Chapter 17. Mental States. 2012.
- O’TOOLE, Timothy P. “*Patently Unusual: How a Recent Supreme Court Patent Decision Alters the Landscape for Proving Criminal Knowledge*”. Vol. 25 No. 12 *Westlaw Journal White-Collar Crime*. 2011. pp. 1-5.
- ORTS LLOPIS, María Ángeles. “*El sistema legal inglés y su hermenéutica: la Importancia del lenguaje en el derecho anglosajón*”. *Revista de Lenguas para fines específicos* Nos. 7 y 8. España. 2000-2001. pp. 260-279.

- PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO. “*La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law*”. Estudios de Derecho Penal. Editorial Comares. Granada. 2002.
- PACKER, HERBERT L. “*The Model Penal Code and Beyond.*” Columbia Law Review. Vol. 63. No. 4. USA. 1963.
- PEELS, RIK. “*What is Ignorance?*” Philosophia. Vol. 38. No. 1. Netherlands. 2010.
- . “*Tracing Culpable Ignorance.*” Logos & Episteme. Vol. II. No. 4. Rumania. 2011.
- . (Ed). “*Perspectives of Ignorance from Moral and Social Philosophy*”. Routledge Studies. Taylor & Francis. USA. 2017.
- PEELS, Rik/BLAAUW, Martijn. “*The Epistemic Dimensions of Ignorance*”. Cambridge University Press. UK. 2016.
- PETERS, Amanda. “*The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review.*” Louis & Clark Law Review. Vol. 13. No.1. Article 8. USA. 2009
- PERKINS, Rollin M. “*Ignorance and Mistake in Criminal Law*”. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 88. No. 1. USA. 1939.
- POLLOCK, Joycelyn M. “*Criminal Law*”. Ninth Edition. Mathew Bender & Company. U.S.A. 2009
- PREMACK, D. J. / WOODCRUFF, G. “*Does Chimpanzee Have a Theory of Mind*”. The Behavioral and Brain Sciences. No. 4. USA. 1978.
- PUTMAN, Daniel. “*Psychological Courage.*” University Press of America. USA. 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “*La ignorancia deliberada en Derecho Penal*”. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007.
- RAGUSA, Paul. / ALBERT, Julie. “*Navigating Induced Infringement Claims: A Practical Application of the Willful Blindness Doctrine*”. IP LITIGATOR. Vol. 21. No. 1. USA. 2015. pp. 18-20.
- REITZ, Michael J. “*Criminal Minds: Defining Culpability in Michigan Criminal Law*”. Texas Public Policy Foundation. Mackinac Center for Public Policy. USA. 2013. pp. 1-16.
- RESCHER, Nicholas. “*Ignorance: On the wider Implications of Deficient Knowledge*”. University of Pittsburg Press. Project MUSE. USA. 2009
- RITCHIE, Lorelei D. “*Is willful blindness the new Recklessness after Global-Tech?*”. Federal Circuit Bar Journal. Vol. 21. 2011. pp.165-192.
- RITZ, Wilfred J. “*Felony Murder, Transferred Intent, and the Palsgraf Doctrine in the Criminal Law*”. Washington and Lee Law Review. Vol. 16. Issue 2. Article 2. USA. 1959. pp. 169-191.

- ROBBINS, Ira P. “*The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 81. 1990. pp. 191-234.
- ROBINSON, Paul H. “*A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability*”. University of Pennsylvania Law School. Vol. 31. Paper 631. USA. 1980. pp. 815-853.
- . “*A Functional Analysis of Criminal Law*”. *Northwestern University Law Review*. Vol. 88. No. 3. USA. 1994. pp. 857-913.
- . “*Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions*”. *Northwestern University Law Review*. Vol. 82. No.1. USA. 1988. pp. 19-42.
- . “*Imputed Criminal Liability*.” *The Yale Law Journal*. Vol. 93. No. 4. USA. 1984. pp. 609-676
- . “*Mens Rea*”. University of Pennsylvania Law School. Faculty Scholarship. Paper 34. Pennsylvania, USA. 2002.
- . “*Rules of Conduct and Principles of Adjudication*”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57. USA. 1990. pp. 729-771.
- . “*Strict Liability’s Criminogenic Effect*.” University of Pennsylvania Law School. Vol. 17. No. 5. USA. 2017.
- . “*The Model Penal Code’s Conceptual Error on the Nature of Proximate Cause, and How to Fix It*”. *Criminal Law Bulletin*. Vol. 51. No. 6. USA. 2015. pp. 1311-1326.
- ROBINSON, Paul H./DUBBER, Markus D. “*The American Model Penal Code: A Brief Overview*”. *New Criminal Law Review*. Vol. 10. No. 3. USA. 2007. pp. 319-341.
- ROBINSON, Paul H./GRALL, Jane A. “*Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*”. *Stanford Law Rev*. Vol. 35. USA. 1983. pp. 681-761.
- ROBINSON, Paul H. / GARVEY, Stephen P./ KESSLER FERZAN, Kimberly (Eds.). “*Criminal Law Conversations*.” Oxford University Press. USA. 2009. pp. 305-308
- ROBINSON, Paul H. / WILLIAMS, Tyler Scott. “*Mapping American Criminal Law. Variations Across the Fifty States*”. Praeger. USA. 2018
- RODRÍGUEZ, Shawn D. “*Caging Careless Birds: Examining Dangers Posed by the Willful Blindness Doctrine in the War of Terror*”. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. Vol. 30. USA. 2008. pp. 691-751.
- ROIPHE, Rebecca. “*The Ethics of Willful Ignorance*”. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. Vol. 24. No. 1. USA. 2011.
- ROTH, William. “*General vs. Specific Intent: A Time for Terminological Understanding in California*”. *Pepperdine Law Review*. Vol. 7. Issue 1. Article 3. USA. 1979. pp. 67-84.

- RUDY-HILLER, Fernando. “*A Capacitarian Account of Culpable Ignorance.*” *Pacific Philosophical Quarterly*. Vol. 98. No. 1. USA. 2017.
- RUBANO LAPASTA, Mariela. “*El sistema del common law en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América*”. *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de la República de Uruguay*. No. 18. Uruguay. 2000. pp. 69-78. Disponible en web: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18/showToc> (última Consulta 20 de junio de 2017)
- RYU, Paul K. “*Causation in Criminal Law*”. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 106. No.6. USA. 1958. pp. 773-805.
- SAMPSELL-JONES, Ted. “*Mens Rea in Minnesota and the Model Penal Code*”. *Symposium: 50th Anniversary of the Minnesota Criminal Code-Looking Back and Looking Forward*. Paper 4. USA. 2013.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Ma. Olga. “*Las peculiaridades del derecho inglés desde la mirada de la Europa Continental*”. *Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado*. Madrid, España. Año 2000. pp. 481-500.
- SAPATNEKAR, Amol M. “*Doctrine of Willful Patent Infringement: Evolution Under American Patent Law and Need of Further Research*”. *Journal of Intellectual Property Rights*. Vol. 20. 2015. pp.139-146.
- SARCH, Alexander. “*Willful Ignorance, Culpability and Criminal Law*”. *St. John’s Law Review*. Vol. 88. No. 4. Article 4. USA. 2015.
- . “*Beyond Willful Ignorance*”. *University of Colorado Law Review*. Vol. 88. USA. 2017. pp. 97-178.
- . “*Equal Culpability and the Scope of the Willful Ignorance Doctrine*”. *Cambridge University Press*. 2017. pp. 276-311.
- . “*Ignorance Lost: A Reply to Yaffe on the Culpability of Willful Ignorance*”. *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 12. USA. 2017. pp. 107-124.
- . “*Knowledge, Recklessness and the Connection Requirement Between Actus Reus and Mens Rea*”. *Penn State Law Review*. Vol. 120:1. USA. 2015. pp. 1-51.
- . “*Review of Findlay Stark, Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in the Criminal Law*”. *Cambridge University Press*. UK. 2016. pp. 327.
- . “*Willful Ignorance in Law and Morality*”. *Philosophy Compass*. Vol. 13. No. 5. UK. 2018.
- SAUNDERS, Kevin W. “*Voluntary Acts and the Criminal Law: Justifying Culpability Based on the Existence of Volition*”. *University of Pittsburg Law Review*. Vol. 49. USA. 1987-1988. pp. 443-476.
- SHELLING, Thomas C. “*An Essay on Bargaining*”. *The American Economic Review*. Vol. 46. No. 3. USA. 1956.

- SCHMIDT, Thomas. “*How to Understand the Problem of Moral Luck*”. in: B. Kahmen/M. Stepanians (eds.), *Causation and Responsibility: Critical Essays*, Berlin/New York: de Gruyter. 2013. pp. 299-310.
- SHAPIRA-ETTINGER, Keren. “*The Conundrum of Mental States: Substantive Rules and Evidence Combined*”. *Cardozo Law Review*. Vol. 28. No. 6. USA. 2007. pp. 2577-2596.
- SHEN, Francis X./HOFFMAN, Morris B./JONES, Owen D./GREENE, Joshua D./MAROIS, Rene. “*Sorting Guilty Minds*”. *New York University Law Review*. Vol. 86. USA. 2011. pp. 1306-1360.
- SHERBLOM, Stephen A. “*Self-Deception Enabling Immoral Behavior: patterns of other-denigrating bias*”. Lindenwood University. USA. 2015.
- SHERRIN, Christopher. “*Wilful Blindness: A Confused and Unnecessary Basis for Criminal Liability?*”. *University of British Columbia Law Review*. Vol. 47 No. 2. Canada. 2014. pp. 709-741.
- SHUTE, Stephen./ SIMESTER, A. P. (Ed.) “*Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*”. Oxford University Press. USA. 2002. pp. 171-206.
- SINDONI, Christina M. “*Note: Global-Tech’s ‘Patent’ Failure: Why Congress must Revise the Foreign Corrupt Practices Act’s Mens Rea after Global-Tech*”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. Vol. 28. No. 2. USA. 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”. Segunda Edición ampliada y revisada. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2010.
- SIMESTER, A.P./ SULLIVAN, G. R. “*Criminal Law, Theory and Doctrine*”. Hart Publishing. Oxford-Portland, Oregon. USA. 2000.
- SIMESTER, A. P./ VON HIRSCH, Andreas. “*Crime, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*.” Hart Publishing. UK. 2011.
- SIMONS, Kenneth W. “*Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence*”. *Journal of Contemporary Legal Issues*. USA. 1994. pp. 365-398.
- “*Does Punishment for “Culpable Indifference” Simply Punish or “Bad Character”?* Examining the Requisite Connection Between Mens Rea and Actus Reus”. Boston University School of Law. USA. 2002. pp. 1-61.
- “*Punishment and Blame for Culpable Indifference*”. Boston University School of Law. Vol. 58. No. 2. USA. 2015. pp. 143-167.
- “*Rethinking Mental States*”. Boston University Law Review. Vol. 72. USA. 1992. pp. 463-554.
- “*Retributivism Refined- or Run Amok?*” *The University of Chicago Law Review*. Vol. 77. USA. 2010. pp. 551-584

- . “*Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions be Amended?*”. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 1 No. 179. USA. 2003. pp. 179-205.
- . “*Strict Criminal Liability in the Grading of Offenses: Forfeiture, Change of Normative Position, or Moral Luck?*” *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 32. No. 3. UK. 2012.
- . “*When is Strict Liability Just?*” *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 87. No. 4. Article 1. USA. 1997. pp. 1075-1137.
- SISTARE, Christine. T. “*Responsibility and Criminal Liability*”. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht. Netherlands. 1989
- SMITH, Holly. “*Culpable Ignorance*.” *The Philosophical Review*. Vol. 92. No. 4. USA. 1983.
- . “*Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance*”. *Criminal Law and Philosophy* Vol. 5. No. 2 USA. 201
- SMITH & HOGAN. “*Criminal Law*”. Tenth Edition. Butterworths Lexis Nexis. Great Britain, 2002.
- SMITH, Stephen F. “*Proportional Mens Rea*”. *American Criminal Law Review*. No. 22. USA. 2009. pp.127-155.
- SNYDER, Jonathan. “*Back to Reality: What ‘Knowingly’ Really Means and the Inherently Subjective Nature of the Mental State Requirement in Environmental Criminal Law*”. *Missouri Environmental Law and Policy Review*. Vol. 8. No. 1. USA. 2001. pp. 1-17.
- SPRING, Raymond L. “*The Return to Mens Rea*”. *International Journal of Law and Psychiatry*. Vol. 21. No. 2. USA. 1998. pp.187-196.
- STAFF OF THE NATIONAL LEGAL RESEARCH GROUP, INC. “*Knowledge and Willful Blindness*”. *Florida Jurisprudence, Second Edition*. 16. *Criminal Law-Substantive Principles and Offences §95*. 2011.
- STUART, Don. “*Canadian Criminal Law: A Treatise*”. Thomson Carswell. 5th Ed. 2007.
- STÜRNER, Michael. “*Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?*”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. No. 15. Madrid, España. Año 2007.
- SULEH-YUSUF, Mohammed. “*Corporate Criminal Liability: Reviewing the adequacy of Willful Blindness as Mens Rea*”. *International Journal of Law*. Vol. 3. No. 2. 2017. pp. 24-32.
- . “*Corporate Criminal Liability, Willful Blindness and Lifting the Veil under Nigerian Law*”. *IOSR Journal of Humanities and Social Science*. Vol. 22. No. 4. 2017. pp. 48-58.
- SULLIVAN, G. R. “*Intent, Subjective Recklessness and Culpability*”. Oxford University Press. Vol. 12. No. 3. UK. 1992. pp. 380-391.

- SZOTT MOOHR, Geraldine. “*Playing with The Rules: An Effort to Strengthen the Mens Rea Standards of Federal Criminal Laws.*” *Journal of Law, Economics & Policy*. Vol. 7. No. 4. USA. 2011.
- TADROS, Victor. “*The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*”. Oxford University Press. USA. 2011.
- TENBRUNSEL, Ann E. /MESSICK, David M. “*Ethical Fading: The Role of Self-deception in Unethical Behavior.*” *Social Justice Research*. Vol. 17. No. 2. USA. 2004.
- THOMAS, David H. “*Moral Responsibility in Holocaust: A Study in the Ethics of Character.*” Rowman & Littlefield Publishers, Inc. UK. 1999.
- THOMAS, W. Robert. “*On Strict Liability Crimes: Preserving a Moral Framework for Criminal Intent in an Intent-Free Moral World*”. *Michigan Law Review*. Vol. 110. Issue 4. USA. 2012.
- THOMSON II, Richard M. “*Mens Rea Reform: A Brief Overview*”. Congressional Research Service. USA. 2016. pp. 1-19.
- TOH, Yung Cheong. “*Knowing, Not Knowing and Almost Knowing: Knowledge and the Doctrine of Mens Rea*”. *Singapore Academy of Law Journal*. Vol. 20. Singapore. 2008. pp. 677-722.
- TOMLIN, P. “*Retributivists! The Harm Principle is Not for You!*” *Ethics* 124. The University of Chicago. USA. 2014. pp. 272-298.
- TRAPS, Leonid. “*Knowingly Ignorant: Mens Rea Distribution in Federal Criminal Law After Flores-Figueroa*”. *Columbia Law Review*. Vol. 112. USA. 2012
- TRIANDIS, Harry C. “*Self-Deception: An Introduction*”. *Acta de Investigación Psicológica*. Universidad de Illinois. Vol. 3. No. 2. USA. 2013. pp. 109-1078.
- TUANA, Nancy. “*The Speculum of Ignorance: The Women’s Health Movement and Epistemologies of Ignorance*”. *Hypatia*. Vol. 21. No. 3. 2006.
- URIBE BOTERO, Ángela. “*El lugar de la impostura en el autoengaño: sobre el arquitecto de Hitler*”. *Universitas Philosophica*. Vol. 63. No. 31. Colombia. 2004.
- VANDERHEIDEN, Steve. “*The Obligation to Know: Information and the Burden of Citizenship*”. *Ethic Theory and Moral Practice*. Vol. 19. Issue 2. 2016. Disponible en web: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10677-015-9618-0#citeas> (última consulta: 12 de junio 2018);
- VANDERHORT, Lucinda. “*Honest Beliefs, Credible Lies, and Culpable, Awareness: Rhetoric, Inequality, and Mens Rea in Sexual Assault*” *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 42 No. 4. Article 5. Canada. 2004. pp. 625-660.
- VARELA, Lorena. “*Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal*”. *InDret* 3/2012. España. 2012. pp. 1-25.

- VILLEGAS DELGADO, César. “*La sumisión del poder público al derecho en el civil law y el common law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito Internacional*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XLVI. No. 137. México 2013.*
- VON HIPPEL, William. / TRIVERS, Robert. “*The Evolution and Psychology of Self-Deception*”. *Behavioral and Brain Sciences. Vol. 34. No. 1. USA. 2011.*
- VON KAENEL, Frans J. “*Willful blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?*”. *Washington University Law Quarterly. Vol. 71. USA. 1993. pp. 1189-1216.*
- WALEN, Alec. “*Crime, Culpability and Moral Luck*”. *Law and Philosophy. Vol. 29. USA. 2010. pp 373-384.*
- WEBSTER, Adam. “*Recklessness: Awareness, Indifference or Belief?*”. *Criminal Law Journal. Vol. 31. Australia. 2007. pp. 272.*
- WEDGWOOD, Ralph. “*Outright Belief*”. *Dialectica. Vol. 66. No. 3. UK. 2012.*
- WHITE, Alan R. “*Misleading Cases*”. Clarendon Press. Oxford. 1991.
- WILLEM WIELAND, Jan. J. “*Responsibility for Strategic Ignorance*”. *Synthese. Springer. 2016*
- “*Willful Ignorance*”. *Ethic Theory Moral Practice. Vol. 20. No. 1. 2017. pp. 105-119.*
- “*What’s Special About Moral Ignorance?*” *Ratio. Vol. 30. No. 2. UK. 2015. pp. 1-16*
- WILLIAMS, Bernard. “*The Actus Reus of Dr. Caligari*”. *University of Pennsylvania Law Review. Vol. 142. USA. 1994. pp. 1661-1673.*
- WILLIAMS, Glanville. “*Criminal Law: The General Part*”. Stevens & Sons. 2nd edition. London. 1961.
- “*Recklessness Redefined.*” *Cambridge Law Journal. Vol. 40. No. 2. UK. 1982.*
- WILSON, Larry C. “*The Doctrine of Wilful Blindness*”. *UNB Law Journal. Vol. 28. Canada. 1979. pp. 175-194.*
- WISEMAN, Timothy. “*Limiting Innovation Through Willful Blindness*”. *Nevada Law Journal. Vol. 14. USA. 2013. pp. 210-235.*
- YAFFE, Gideon. “*Conditional Intent and Mens Rea*”. Cambridge University Press. USA. 2004. pp. 273-310.
- “*The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance*”. *Criminal Law and Philosophy. Vol. 12. USA. 2016. pp. 19-44.*
- “*The Voluntary Act Requirement*”. In Andrei Marmor (Ed.) *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Routledge. USA. 2012. pp. 174-191.

YOUNG, Douglas R. "Rethinking the Specific-General Intent Doctrine in California Criminal Law". California Law Review. Vol. 63. Issue 5. Article 6. USA. 1975. pp. 1352-1378.

Patrones de Instrucciones Criminales:

- Pattern Criminal Jury Instructions of the 1st. Circuit. 2015. "There must be a deliberate effort to remain ignorant of the fact", disponible en web: <http://www.rid.uscourts.gov/menu/judges/jurycharges/PJI.pdf> (última consulta 3 de junio 2018).
- Pattern Criminal Jury Instructions of the 3rd Circuit. 2014. disponible en web: <http://www.ca3.uscourts.gov/model-criminal-jury-table-contents-and-instructions> (última consulta 3 de junio de 2018);
- *Pattern Criminal Jury Instruction of the Third Circuit* (§5.06), actualizado 2015. Disponible en web: <http://www.ca3.uscourts.gov/sites/ca3/files/Chapter%205%20Rev%20April%202015.pdf> (última consulta 3 de junio 2018).
- Pattern Criminal Jury Instructions of the 7th Circuit; disponible en web: http://www.ca7.uscourts.gov/Pattern_Jury_Instr/7th_criminal_jury_instr.pdf (última consulta 3 de junio 2018).
- Pattern Criminal Jury Instructions of the 8th Circuit. 2014. disponible en web: http://www.ne.fed.org/Model_Criminal_Jury_Instructions_2014.pdf, (última consulta 3 de junio de 2018);

Decisiones Judiciales:

Estados Unidos de América

United States v. Macias No. 13-2166 7th Cir. (2015)
United States v. Figueroa-Lugo, 793 F. 3d 179, 191 (2015).
Theodor E. Okechuku v. United States of America. Petition for a writ of certiorari for the 5th Circuit U.S. Court of Appeals.
United States v. Anaya, 727 F. 3d 1043, 1060 10th Cir. (2013).
Global-Tech Appliances, Inc., v. SEB S. A., 131 S. Ct. 2060 (2011).
United States v. Quinones, 635 F. 3d 590, 595 2nd Cir. (2011).
United States v. Jones, 664 F. 3d 966, 979 5th Cir. (2011);
United States v. Mitrano, 658 F. 3d 117, 123 (2011).
United States v. Lighty, 616 F. 3d 321, 378-379 4th Cir. (2010);
United States v. Ciesiolka, 614 F. 3d 347, 354-355 7th Cir. (2010);
United States v. Flores Figueroa, 129 S. Ct. 1886, 1890 (2009)
United States v. García-Pastrana, 584 F. 3d 351, 379 1st Cir. (2009);
United States v. Anthony, 545 F. 3d 60 (2008).
United States v. Heredia, 483 F.3d 913 9th Cir. (2007).
United States v. Lizardo, 445 F. 3d 73, 86 (2006)
United States v. Carrillo, 435 F. 3d 767, 780 (2006).
United States v. Alston-Graves, 435 F. 3d 331 D.C. Cir (2006).
United States v. Flores, 454 F. 3d 149, 156 3rd Cir. (2006).

United States v. Fuchs, 467 F. 3d 889, 902 5th Cir. (2006).
United States v. Leahy, 445 F. 3d 634, 654 3rd Cir. (2006).
United States v. Brodie, 403 F. 3d 123, 148 3rd Cir. (2005).
United States vs. Salinas, 763 F3d. 896, 881 (2004).
United States v. Beaty, 245 F. 3d 617, 621 6th Cir. (2001).
United States v. Wert-Ruiz, 228 F.3d 250, 255 3rd Cir. (2000).
United States v. Coviello, 225 F. 3d 54, 70. (2000).
United States v. Ruhe, 191 F. 3d 376, 384 4th Cir. (1999).
United States v. McClellan, 165 F. 3d 535, 549 7th Cir. (1999).
United States v. Covington, 133 F. 3d 639, 645 8th Cir. (1998).
United States v. Mari, 47 F. 3d 782, 786 6th Cir. (1995).
United States v. Richardson, 14 F. 3d 666, 671 (1994).
United States v. Stone, 9 F. 3d 934, 939. 11th Cir. (1993).
United States v. Sanchez Robles, 927 F 2d. 1070, 1073 9th Cir. (1991).
United States v. Rivera, 944 F. 2d 1563, 1570-1571. 11th Cir. (1991).
Griffin v. United States, 502 U.S. 46 (1991).
United States v. Sanchez Robles, 927 F. 2d 1070, 1075 9th Cir. (1991).
United States v. Hunt, 794 F. 2d 1095. 5th Cir. (1986).
Liparota v. United States, 471. U.S. 419, 423. (1985).
United States v. Kerley, 643 F. 2d. 299 5th Cir. Unit B (1981).
United States v. Precision Medical Lab., Inc., 593 F. 2d 434, 445 2^d Cir. (1978).
United States v. Pomponio, 429 U.S. 10 (1976).
United States v. Jewell, 532 F. 2d 697 (1976).
Leary v. United States 395 US. 47-53. (1969).
Morrisette v. United States. 342 U.S. at. 248 (1952).
Christoffel v. United States, 338 U.S. 84, 89 (1949).
United States v. Yasser, 114 F. 2d 558 3rd Cir. (1940).
Rachmil v. United States, 43 F. 2d 878 9th Cir. (1930).
United States v. Erie R.R. 222 F. 444 (D.N.J. 1915).
United States v. Scarfo et al. 11-Cr-740 RBK (D.N.J.).
United States v. Wiltberger, 18 U.S. (5 Wheat) 76, 95-96 (1820).

Inglaterra

Roper v. Taylor's Ltd (1951) 2. T. L. R. 284, at. 289 (*King's Bench*)
Regina v. Sleep.

Canada

R. v. Sault Ste. Marie 2 S.C.R 1299 (1978)
R v Sansregret 1 S.C.R. 570 (1985)
R v. Briscoe, 2010 SCC 13, 1 S.C.R. 411. (2010)

Singapur

Tam Kiam Peng v. Public Prosecution, 1 SLR 1 (2008).
Koo Pui Fong v. Public Prosecutor, 2 SLR 266 (1996).

España

STS 1637/1999 de 10 de mayo de 2000, ponente Joaquín Jiménez García
 STS 1583/2000 de 16 de octubre, ponente Joaquín Jiménez García
 STS 307/2011 de 25 de abril, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo
 STS 946/2002 de 22 de mayo, Joaquín Jiménez García
 STS 263/2003 de 17 de febrero, Joaquín Jiménez García
 STS 785/2003 de fecha 29 de mayo, Joaquín Jiménez García
 STS 1524/2003 de fecha 5 de noviembre, Joaquín Jiménez García
 STS 1142/2005 de 20 de septiembre, Joaquín Jiménez García
 STS 1410/2005 de 30 de noviembre, ponente Joaquín Jiménez García
 STS 420/2003 de 20 de marzo, Julián Artemio Sánchez Melgar
 STS 628/2003 de 30 de abril, Julián Artemio Sánchez Melgar
 STS 97/2007 de fecha 12 de febrero, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar
 STS 633/2009 de 10 de junio, Julián Artemio Sánchez Melgar
 STS 33/2005 de fecha 19 de enero, ponente José Ramón Soriano Soriano
 STS 1034/2005 de 14 de septiembre, Francisco Monterde Ferrer
 STS 1611/2005 de 26 de diciembre, Francisco Monterde Ferrer
 STS 31/2006 de 13 de enero, del ponente Francisco Monterde Ferrer
 STS 562/2006 de 11 de mayo, ponente Carlos Granados Pérez
 STS 1012/2006 de 19 de octubre, ponente Andrés Martínez Arrieta
 STS 16/2009 de 27 de enero, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
 STS 1257/2009 de fecha 2 de diciembre, ponente Carlos Granados Pérez
 STS 1372/2009 de 28 de diciembre, ponente Carlos Granados Pérez
 STS 1021/2011 de fecha 11 de octubre, ponente José Ramón Soriano Soriano
 STS 314/2011 de fecha 14 de abril, ponente José Manuel Maza Martí
 STS 441/2010 de fecha 13 de mayo, ponente José Ramón Soriano Soriano
 STS 413/2008 de fecha 30 de junio del ponente José Ramón Soriano Soriano
 STS 797/2006 de fecha 20 de julio, ponente Enrique Bacigalupo Zapater
 STS 234/2012 de fecha 16 de marzo, ponente Manuel Marchena Gómez
 STS 954/2009 de fecha 30 de septiembre, ponente Manuel Marchena Gómez
 STS 54/2009 de fecha 2 de febrero, ponente Manuel Marchena Gómez

Páginas de internet:

- http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=92
- www.supremecourt.gov;
- <http://www.uscourts.gov>;
- <http://www.rollbackcampaign.org>
- https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf
- www.supremecourt.gov;
- <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx>;
- <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingFederalCourts/DistrictCourts.aspx>; <http://www.rollbackcampaign.org>
- <http://www.fjc.gov>
- <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/el-mercado/estudios-informes/4768018.html?idPais=US>
- <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18/showToc>
- “*The US Legal System: A Short Description*”, Federal Judicial Center, disponible en web: <http://www.fjc.gov> (última consulta 20 de junio de 2017).