

# CEGUERA VOLUNTARIA: UNA TEORÍA PELIGROSA <sup>1</sup>

Por

LUIZ REGIS PRADO <sup>2</sup> / LUÍS ROBERTO GOMES <sup>3</sup>

Profesor Catedrático de Derecho Penal en el Programa de Posgrado stricto sensu /  
Doctor en Derecho  
Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) / Faculdade Autônoma de Direito (FADISP)

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Penal* 35 (2021)

**RESUMEN:** La importación, acrítica y descontextualizada, por la jurisprudencia brasileña de la denominada willful blindness proveniente del sistema anglo-norteamericano, y su aplicación como nueva forma de imputación subjetiva puede conducir a una violación sistemática de la Constitución y la ley penal. La denominada ceguera voluntaria o deliberada aparece como un elemento subjetivo que sustituye el conocimiento en el referido sistema de imputación, en los casos en que el autor, a partir de la conciencia de la elevada probabilidad de la existencia de elementos objetivos de determinado tipo de delito y no creyendo en su inexistencia, se comporta en el sentido de evitar deliberadamente la comprobación del hecho. En Brasil, después de su utilización en casos paradigmáticos (asalto al Banco Central en Fortaleza y “Mensalão”), se extendió rápidamente en la jurisprudencia, principalmente como fundamento de equiparación al dolo eventual. Con ello, se desnaturalizan conceptos jurídicos penales esenciales del sistema continental, con la transgresión de principios básicos de imputación subjetiva y de legalidad. Se utiliza como si fuese verdadera panacea que permite la condena por delito doloso donde no hay dolo, lo que opera una regresión a modelos meramente objetivistas de responsabilidad penal.

**PALABRAS CLAVE:** imputación, subjetiva, ceguera, deliberada, dolo, dolo eventual, conocimiento.

**SUMARIO:** 1 Introducción; 2 Ceguera voluntaria o deliberada: la vía de entrada; 3 Sistema de imputación subjetiva norte americano; 4 Ceguera deliberada y ordenamiento jurídico brasileño; 5 Consideraciones finales. Referencias.

**ABSTRACT:** The uncritical and decontextualised import, by Brazilian jurisprudence of the so-called willful blindness coming from the Anglo-American system, and its application as a new form

---

<sup>1</sup> Traducción de Miguel Ángel Boldova Pasamar y Carlos Fuertes Iglesias. Universidad de Zaragoza.

<sup>2</sup> Postdoctorado en Derecho en las Universidades de Zaragoza (España) y Robert Schuman de Estrasburgo (Francia).

<sup>3</sup> Profesor de Derecho Penal en el Centro Universitário Toledo Prudente. Procurador de la República.

of subjective imputation is systematically violating the Constitution and the criminal law. The so-called voluntary or deliberate blindness appears as a subjective element that replaces the knowledge in the said imputation system, in cases in which the agent, being aware of the high probability of the existence of objective elements of a certain type of crime and not believing in their lack, behaves in the sense of deliberately avoiding proof of fact. In Brazil, after its use in paradigmatic cases (assault on the Central Bank in Fortaleza and Mensalão), it spread rapidly in jurisprudence, mainly as a basis for equating to eventual intent. In this way, essential legal-criminal concepts of the continental system are denigrated, with the transgression of basic principles of subjective imputation and legality. It is used as if it were a true panacea that allows condemnation for a felony where there is no deceit, which operates a regression to merely objectivist models of criminal responsibility.

KEYWORDS: subjective imputation, willfull blindness, knowledge, mens rea, culpability.

## 1. INTRODUCCIÓN

La denominada “ceguera voluntaria o deliberada” (*willful blindness*), “doctrina de las instrucciones del avestruz” (*ostrich instructions doctrine*) o “doctrina de la evitación de la conciencia” (*conscious avoidance doctrine*) constituye una vetusta forma de imputación subjetiva de responsabilidad penal procedente originariamente del Derecho anglosajón.

En el sistema de imputación anglo-norteamericano es considerada como un elemento subjetivo del conocimiento en los casos en los que el autor, con conciencia de la elevada probabilidad de la existencia de elementos objetivos de determinado tipo de delito y no creyendo en su inexistencia, se comporta en el sentido de evitar de forma deliberada la comprobación del hecho.

En Brasil, después de su utilización en casos paradigmáticos (asalto al Banco Central en Fortaleza y “Mensalão”), esta teoría se extendió rápidamente en la jurisprudencia, siendo aplicada en los más variados delitos, como por ejemplo, contrabando y desvío de dinero, tráfico internacional de narcóticos, fraude a los sistemas de previsión social, uso de documento falso, tráfico de armas de fuego, blanqueo de capitales, delitos en las subastas públicas y delitos contra el sistema financiero, entre otros.

En el presente estudio vamos a reflexionar sobre si la importación y aplicación de ese instituto que se pretende subjetivo -denominado como ceguera voluntaria o deliberada (*common law*)- es viable en la estructura del ordenamiento jurídico brasileño de responsabilidad penal (*civil law*) conforme a sus principios de imputación subjetiva, estricta legalidad, concepción legal subjetiva (*dolo y culpa*), entre otros.

Con respecto a esta distinción, propia al Derecho comparado, conviene destacar *ab initio* la temeridad que implica el traslado puro y simple de elementos de un sistema a otro, de filiación jurídica diferente, por ejemplo, del modelo consuetudinario (Derecho común o *common law*) en el Derecho anglo-norteamericano, al sistema escrito (romano-germánico o continental europeo) del Derecho brasileño. Los sistemas de Derecho

constituyen el producto de la historia y de la cultura de los diferentes pueblos. Tienen rasgos propios, desarrollados y ajustados con el transcurso de los años y de los siglos.

De ahí el hecho de que la simple transferencia de un instituto, construcción o teoría de un sistema a otro produzca, en general, conflictos, contrastes y disfunciones variadas, altamente peligrosas y, casi siempre, sea causante de injusticias. Esto sucede porque se presenta como un *elemento* extraño, ajeno al sistema en sí y fuera de contexto, dando lugar a la confusión y a la ambigüedad. Es producto de la arbitrariedad, contingente e ilógica, sin base consistente o relación de conectividad *intra*-sistema. El resultado no es otro que la falta de claridad y seguridad jurídica, la transgresión de la ley, el casuismo, la inversión de la fuente normativa, la responsabilización meramente objetiva, y, finalmente, la producción de un Derecho “desleal” o injusto.

En este estudio se propone rescatar, por así decirlo, algunos aspectos esenciales de la imputación subjetiva, comparando los conceptos de dolo directo, dolo eventual, culpa consciente y culpa inconsciente con los correspondientes elementos de ordenación norteamericana, tomada aquí como paradigma; *mens rea*: intención (*purpose*), conocimiento (*knowledge*), imprudencia (*recklessness*) y negligencia (*negligence*), en cuyo ámbito navega la *willful blindness*.

Por lo tanto, el objetivo consiste en entender qué representa el *novedoso* elemento subjetivo trasladado especialmente del sistema penal norteamericano al brasileño, a partir de los principios y conceptos penales fundamentales inherentes al modelo aquí vigente.

En el sistema federalista norteamericano, los Estados tienen competencia para legislar en materia penal, mientras la Unión legisla sobre crímenes federales, componiendo una pluralidad de pequeños ordenamientos jurídico-penales en los que no hay uniformidad con relación a la definición delictiva y de sus categorías básicas de imputación, incluso en el aspecto subjetivo. No hay patrón general o consenso sobre la definición e interpretación de los elementos que componen la denominada *mens rea*. Así, prevalece el análisis casuístico -caso por caso-, porque esta es una característica inherente al *common law*, agravada en función del federalismo norteamericano, lo que perjudica inmensamente la comparación con los elementos subjetivos adoptados en el ordenamiento jurídico brasileño.

Considerando, por lo tanto, la gran variabilidad en materia penal en el Derecho estadounidense y la ausencia de una definición legal general de los elementos subjetivos

de la *mens rea*, se adopta el *Model Penal Code*<sup>4</sup> (Código Penal Modelo) como referencia para el presente trabajo.

## 2. CEGUERA VOLUNTARIA O DELIBERADA: LA VÍA DE ENTRADA

La ceguera voluntaria o deliberada (*willful blindness*) aparece como instituto jurídico procedente de la jurisprudencia anglosajona del siglo XIX.

En Estados Unidos de América (EE.UU.), donde existe una amplia aplicación del mismo, viene siendo utilizado como sustituto del *knowledge*, presente cuando el autor, a partir de la conciencia de la elevada probabilidad de la existencia de los componentes de un injusto típico, y no creyendo en su inexistencia, actúa u omite, deliberadamente, en el sentido de evitar la comprobación del hecho.

Ejemplo común es el viajero que acepta una gran suma de dinero de un desconocido para transportar un equipaje, pero decide no examinar el contenido por miedo a descubrir que contiene productos de contrabando. Esta táctica parece preservar la excusa de la ignorancia cuando el conocimiento es un elemento del delito, pues el acusado puede negar el conocimiento real de los hechos y eludir la condena. Considerando la ignorancia deliberada como un intento culpable de defraudar a la justicia, los tribunales federales norteamericanos tratan de contrarrestar este argumento defensivo por medio de la expansión de la definición de conocimiento. Tradicionalmente, el conocimiento requiere una conciencia real de la existencia de un hecho específico. Este patrón de conocimiento positivo es rechazado por los tribunales en favor del abordaje preconizado por el Código Penal Modelo norteamericano, en el que el conocimiento de un hecho se constata *si la persona está informada de la alta probabilidad de su existencia, al menos que realmente crea que no existe*. La acusación solo necesita demostrar que el imputado reconoció la probabilidad de un hecho particular. Muchos de los acusados, que habrían evitado las condenas ignorando sus sospechas, son por tanto condenados<sup>5</sup>.

El antecedente histórico más mencionado por la doctrina como pionero en la utilización de la *willful blindness* se refiere al caso inglés *R. v Sleep* (1861), en el que se

---

<sup>4</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*: Oficial draft and explanatory notes (1962). Filadelfia: American Law Institute, 1985. Se procede a disciplinar, con notas explicativas, destinadas a estimular y auxiliar a los legisladores estatales de los Estados Unidos, y a actualizar y estandarizar la ley penal. Es un proyecto del *American Law Institute*, publicado en 1962, después de un periodo de elaboración de diez años. No obstante, aunque no haya sido acogido por la legislación, la Corte Suprema norteamericana ha indicado la aplicación de este texto a los delitos federales y se está llevando a la práctica.

<sup>5</sup> ROBBINS, Ira P., The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, n. 2, 1990, pp. 192-194. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2784406>. Consultado el: 12/10/2018.

decidió que no sería necesario demostrar el conocimiento efectivo de determinado hecho o situación para que se pudiese concluir que el autor actuó con conocimiento<sup>6</sup>. William Sleep fue condenado por llevar tornillos de cobre para uso naval marcados con la flecha larga- propiedad de las Fuerzas Armadas inglesas. La alegación de Sleep radicaba no saber que las piezas estaban marcadas, aunque las hubiese embalado personalmente. Acabó condenado por el jurado que, aunque valoró la inexistencia de pruebas suficientes para concluir que sabía que alguna parte de aquel cobre estaba marcado, estimó que había medios razonables para conocer la existencia de las marcas. En el recurso la Corte lo absolvió con el fundamento de que la ley vigente exigía expresamente la presencia de algún elemento de *mens rea* para esa clase de delito, considerando que existían casos en los que simplemente portar o poseer bienes públicos constituía un hecho desprovisto de relevancia penal, siendo contrario a los principios del Derecho inglés penar tales conductas.

En el ámbito norteamericano, el origen apuntado es el caso *Spurr v. United States*<sup>7</sup>, juzgado por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1899, en que la acusación se sustentaba por certificar cheques sin suficiente provisión de fondos, emitidos por empresarios que tenían cuenta en el banco presidido por Spurr. El saldo en la cuenta era insuficiente y tal hecho, aunque conocido por el cajero del banco y sus subordinados, era desconocido por Spurr. La Corte Suprema, considerando la previsión legal que exigía intencionalidad dirigida a la violación de la ley para la configuración del referido delito, entendió que esto podría ser presumido cuando el acusado, con relación a la existencia/inexistencia de saldo suficiente en la cuenta bancaria, se mantiene deliberadamente en situación de ignorancia o se muestra indiferente a cumplir su deber de verificar la situación real<sup>8</sup>.

En el desarrollo de la *willful blindness* en la jurisprudencia de los tribunales federales de Estados Unidos no se puede olvidar el caso *United States v. Jewell* (1976), que se convirtió en paradigmático y frecuentemente debatido. Jewell fue acusado de tráfico internacional de drogas al haber sido sorprendido en la frontera entre Estados Unidos y México conduciendo un vehículo dotado de un compartimento secreto en el maletero con 50 kgs. de marihuana. En la versión de Jewell, había viajado de Los Angeles a Tijuana (México) con un amigo en un coche alquilado. En aquella localidad fueron abordados por un desconocido que les ofreció marihuana y prometió pagarles 100 dólares para que

---

<sup>6</sup> CHARLOW, Robin. Wilful ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, 1992, pp. 1409-1410; ROBBINS, Ira P., The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*, cit., p. 196.

<sup>7</sup> ROBBINS, Ira P., op. cit., pp. 197-198; CHARLOW, Robin, op. cit., p. p. 1404; ROIPHE, Rebecca. The ethics of willful ignorance. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 24, 2011, p. 193.

<sup>8</sup> ROBBINS, Ira P., op. cit., p. 196.

llevasen un coche hasta Estados Unidos. El vehículo debería ser dejado en determinada dirección con la documentación y las llaves dentro del cenicero. Solamente Jewell aceptó la propuesta. Dijo haber sospechado que podría haber algo malo o ilegal en el coche. Sin embargo, como miró bajo los asientos, en la guantera, en el maletero y no encontró nada, se dio por satisfecho. Creyó que si hubiese algo, tampoco las autoridades lo encontrarían. Cuestionado sobre un compartimento secreto en el maletero, Jewell dijo haber visto uno vacío, pero no sabía lo que era. En el juicio ante el jurado, en primera instancia, Jewell fue condenado por el tráfico de narcóticos. Los miembros del jurado fueron instruidos sobre las cuestiones de Derecho, incluso con relación al elemento subjetivo, en el sentido de que si el reo no era realmente consciente de que había marihuana en el vehículo, su ignorancia sobre tal hecho estaba basada en un propósito consciente de evitar conocer la verdad. La posición mayoritaria del tribunal entendió que era posible condenar a alguien que no tuviese un grado absoluto de seguridad en cuanto a la presencia de drogas en el vehículo que conducía, bastando con que se demostrara que su ignorancia respecto de tal hecho era producto de un propósito consciente del autor de evitar conocer la verdad, dejando de verificar el contenido del vehículo<sup>9</sup>.

La sentencia que inauguró la discusión del tema en la jurisprudencia brasileña fue pronunciada en el juicio de la *11ª Corte Federal de la Subsección Judicial de Fortaleza/CE*, en los autos n.º 2005.81.00.014586-0, caso del hurto cualificado de casi 170 millones de reales (alrededor de 71 millones de dólares en esa época) en billetes de cincuenta reales de la sede del Banco Central, en Fortaleza, en la madrugada del 5 al 6 de agosto de 2005, hecho de gran repercusión en el país. Después de la sustracción, el mayor problema de los ladrones era esconder y transportar esa gran cantidad de dinero. Una parte del grupo adquirió once vehículos en un concesionario multimarca llamada *Brilhe Car* y en ellos escondió parte del dinero. El camión-cigüeña que transportaba tales vehículos fue interceptado y aprehendido por la Policía Federal. La ceguera deliberada fue aplicada en la sentencia justamente frente a los propietarios de la empresa que vendió los vehículos. Fueron condenados por blanqueo de dinero, en la modalidad de recepción de valores provenientes de infracción penal, con la intención de ocultar o simular su origen delictivo (art. 1º, §1º, inciso II, de la Ley 9.613/98). Recordando los conceptos de “dolo eventual” y de “ceguera deliberada”, y equiparándolos, el magistrado *a quo* concluyó que los propietarios de la empresa sabían que el origen del efectivo utilizado provenía del hurto del Banco Central, considerando la forma como transcurrió la venta y del pago en metálico. La sentencia, posteriormente, acabó reformada por el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región. Según consta en el resumen de la resolución,

---

<sup>9</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., pp. 1371-1372.

la imputación del delito de blanqueo ante la venta por la tienda establecida en Fortaleza de once vehículos, mediante el pago en metálico, de acuerdo con la transposición de la doctrina norteamericana de la ceguera deliberada (*willful blindness*), bordeaba efectivamente la responsabilidad penal objetiva. Se decidió que no se apreciaban elementos concretos en la sentencia recurrida que demostrasen que los acusados tenían conciencia de que los valores percibidos por ellos eran de origen ilícito, vinculado a uno de los delitos descritos en la Ley n.º 9.613/98, en cuanto que el inciso II del parágrafo 2º del art. 1º de esta ley exige la conciencia expresa y no solamente el dolo eventual. Según se determinó, tal vez pudiese ser atribuida a los empresarios la falta de una mayor diligencia en la negociación (culpa grave), pero no el dolo, pues usualmente los negocios en ese ámbito se realizan de modo informal y con base en la confianza construida en los contactos entre las partes, siendo relevante el hecho de que la venta se realizó un sábado por la mañana y el delito solamente fue descubierto por ocasión del inicio del expediente bancario, el lunes siguiente. No resultaba posible, por tanto, efectuar la deducción de que los empresarios debían suponer que la voluminosa cantidad de billetes de 50 reales podrían ser parte del producto del delito cometido<sup>10</sup>.

En suma, la sentencia recurrida reconoció que los propietarios del concesionario de vehículos, como todo indicaba, no poseían la percepción de que el efectivo utilizado tenía origen en el hurto del Banco Central, pero destacó que “seguramente sabían que era de origen ilícito”. Aplicó la *conscious avoidance doctrine*, en la línea de que la ignorancia deliberada equivale al dolo eventual, no confundiendo con la mera negligencia (culpa consciente). Justificó la adecuación de la doctrina originada en las “instrucciones del avestruz” (*ostrich instructions*), utilizada por los tribunales norteamericanos, al dolo eventual admitido en el Código Penal brasileño.

En el supuesto indicado la resolución dictada concluyó con la absolución, *no por rechazar la aplicabilidad de la ceguera deliberada como equivalente del dolo eventual*, sino por entender que los tipos penales en cuestión (incisos I y II del art. 1º del § 2º de la Ley 9.613/98) exigen el dolo *directo* que no fue demostrado en el caso concreto. Por el contrario, se admitió la adopción de la ceguera deliberada y su adecuación al Derecho brasileño en tanto que el tipo legal admita la punición del dolo eventual<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> BRASIL. TRF 5ª Região. *Apelação Criminal* n. 2005.81.00.014586-0. 2ª T. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. j. 09/09/2008, DJ 22/10/2008, pag. 207.

<sup>11</sup> En este sentido se destaca la ponencia del Relator Des. Federal Rogério Fialho Moreira: “Entiendo que la aplicación de la teoría de la ceguera deliberada depende de su adecuación al ordenamiento jurídico nacional. En el caso concreto, puede ser perfectamente adoptada siempre que el tipo legal admita la punición a título de dolo eventual. En lo que compete al tipo de utilizar “en la actividad económica o financiera, bienes, derechos y valores que proceden de cualquiera de los crímenes antecedentes referidos en este artículo” (inciso I do § 2º), la propia redacción de la disposición exige que el autor SEPA que el dinero procede de alguno de los delitos antecedentes.

Cabe, además, destacar el protagonismo en el juicio de la Acción Penal n.º 470/MG (caso “Mensalão”) del Tribunal Supremo Federal por la introducción de la ceguera deliberada en el Derecho brasileño<sup>12</sup>, especialmente mediante de la ponencia de la magistrada Rosa Weber, que se ocupó más específicamente en este aspecto, a propósito de la discusión sobre el elemento subjetivo del blanqueo de dinero para el cual, según afirma, “se admite por construcción del Derecho anglosajón la responsabilidad criminal a través de la denominada doctrina de la ceguera deliberada (*willful blindness doctrine*)”<sup>13</sup>.

En términos generales, según Rosa Weber, esta doctrina establece que actúa intencionadamente no solo aquel cuya conducta está movida por el conocimiento positivo, sino que también lo hace aquel que actúa con indiferencia en cuanto a los resultados de su conducta, de suerte que se puede “identificar en la conducta de los acusados-beneficiarios, especialmente de los parlamentarios beneficiados, la postura típica de aquellos que eligen deliberadamente cerrar los ojos para lo que, de otra manera, les sería obvio, o sea, actuar con indiferencia, ignorancia o “ceguera deliberada”<sup>14</sup>. No se trata de ampliar indebidamente el alcance del tipo contenido en el art. 1º de la Ley n.º 9.613/1998, como se justifica en la mencionada sentencia, “sino solamente de aplicar al delito de blanqueo los institutos consagrados en el Derecho Penal brasileño y reconocer que el delito se produce dolosamente no solo cuando el autor persigue el resultado delictivo, sino también cuando, indiferente ante resultado de su acción, asume el riesgo de producirlo”<sup>15</sup>.

---

El núcleo del tipo ni siquiera utiliza la expresión DEBERÍA SABER (generalmente denotativa del dolo eventual). Siendo así, entiendo que, bajo las circunstancias del caso concreto, no hay forma de aplicar la doctrina de la *willful blindness*. Las evidencias no llevan a la conclusión de que los socios de la BRILHE CAR sabían efectivamente del origen criminal de los activos. No hay la demostración concreta del dolo eventual” (Fuente: [https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860\\_20081022.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf). Consultado el: 14/10/2018) - mayúsculas en el original.

<sup>12</sup> BRASIL. STF. APn 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Dje*, 22/04/2013.

<sup>13</sup> BRASIL. STF. APn 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Dje*, 22/04/2013, p. 1297.

<sup>14</sup> BRASIL. STF. APn 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Dje*, 22/04/2013, p. 1297.

<sup>15</sup> BRASIL. STF. APn 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Dje*, 22/04/2013, p. 1300. Según consta en la ponencia de la magistrada Weber, “no cabe excluir, por lo tanto, la posibilidad de que el delito de blanqueo sea perpetrado con dolo eventual, lo que sucede cuando el autor realiza conductas de ocultación y simulación, estando informado de que el objeto de la transacción involucra, con elevada probabilidad, el producto de un delito, y, aún con ese conocimiento, permanece indiferente ante las consecuencias de su actuar delictivo. No se trata, se destaca, de criminalizar el dolo eventual ante la mera sospecha de la procedencia ilícita de los bienes involucrados en la transacción. Se exige para el reconocimiento del dolo eventual, cumulativamente, (i) que el autor realice conductas de ocultación y simulación (también exigidas en el directo), (ii) que el autor, al realizarlas, tenga conciencia de la elevada probabilidad de que los bienes, derechos o valores involucrados provengan de delitos anteriores, y (iii) que el autor, aunque tenga presente la probabilidad del origen delictivo, permanezca indiferente en la conducta delictiva de ocultación o simulación deliberadamente, evitando profundizar el conocimiento con

A partir de ahí la aplicación de la teoría de la ceguera voluntaria, importada de forma acrítica del Derecho norteamericano, se difundió rápidamente por los tribunales brasileños, siendo aplicada a los más variados delitos, como contrabando/desvío de dinero<sup>16</sup>, tráfico internacional de narcóticos<sup>17</sup>, fraude a los sistemas de previsión social<sup>18</sup>, uso de documento falso<sup>19</sup>, tráfico internacional de armas de fuego de uso restringido<sup>20</sup>, blanqueo de dinero<sup>21</sup>, delitos de la ley sobre licitaciones<sup>22</sup> y delitos contra el sistema financiero<sup>23</sup>.

En líneas generales, a la luz de la actual jurisprudencia brasileña, si el autor, cumulativamente, tiene conciencia de la elevada probabilidad de la existencia de alguna circunstancia esencial del delito y al mismo tiempo se muestra indiferente con relación a ella, evitando profundizar en el conocimiento sobre dicha circunstancia esencial de cuya existencia duda, deberá ser condenado por el delito a título de dolo eventual. De esta forma, con base en una aproximación forzada por el tamiz de *indiferencia de la conciencia* (inexistente en la jurisprudencia norteamericana<sup>24</sup>), se convirtió en usual y frecuente el fundamento de equiparación de la ceguera deliberada con el dolo eventual, extendiéndose *indebidamente* el concepto de este último elemento subjetivo y

---

relación al origen delictivo de los bienes, derechos o valores involucrados, a pesar de poder hacerlo" (STF, Apón 470/MG, De, 22/04/2013, p. 1300).

<sup>16</sup> TRF 4ª Região, Ap. Crim. 5009722-81.2011.04.7002, Rel. Con. Sergio Fernando Moro, De 23/9/2013; TRF4, ACR 5005154-31.2016.4.04.7007, 8ª T., Relator João Pedro Jabran Neto, juntado años autos en 22/03/2018; TRF4, ACR 5012591-75.2015.4.04.7002, 8ª T., Relator João Pedro Gebran Neto, 16/12/2017; TRF4, ACR 5012591-75.2015.4.04.7002, 8ª T., Relator João Pedro Gebran Neto, 16/12/2017; TRF4, ACR 5007847-37.2015.4.04.7002, 7ª T., Rel. Cláudia Cristina Cristofani, j. 01/06/2017;

<sup>17</sup> TRF 5ª Região, Ap. Crim. 0013326-44.2013.4.05.8100, 1ª T., Rel. Des. Fed. Flávio Lima, DJe 8/1/2016.

<sup>18</sup> TRF4, ACR 5003685-50.2016.4.04.7103, 7ª T., Rel. Cláudia Cristina Cristofani, 17/10/2018.

<sup>19</sup> TRF4, ACR 5004189-35.2016.4.04.7207, 8ª T., Relator Nivaldo Brunoni, 27/08/2018.

<sup>20</sup> TRF4, ACR 5004766-46.2016.4.04.7002, 7ª T., Rel. Salise Monteiro Sanhotene, 03/07/2018.

<sup>21</sup> TRF 3ª Região, Ap. Crim. 0003912-52.2005.4.03.6000/MS, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, 11ª T., j. 23/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 de 05/11/2018.

<sup>22</sup> TRF 1ª Região, HC 0070111-82.2016.4.01.0000, 3ª T., Rel. Des. Fed. Ney Bello, DJF1 5/5/2017.

<sup>23</sup> TRF 3ª Região, Ap. Crim. 0001123-17.2008.4.03.6181, Rel. Conv. Juíza Denise Avelar, e-DJF3, 10/12/2015.

<sup>24</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos emitió su primera decisión sobre la ceguera deliberada en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, sobre la violación civil del derecho de patentes, en el sentido de la constitucionalidad y de su aplicación a la esfera penal, cuando se demuestre que el imputado subjetivamente crea que hay una alta probabilidad de que el hecho exista y actúe deliberadamente para evitar el conocimiento del hecho (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 563 U.S. GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S.A. (2011). Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>. Consultado el: 12/01/2019), sin mención alguna a la extendida "indiferencia" agregada por la jurisprudencia brasileña.

permitiendo el castigo de los autores por la práctica de delitos dolosos sin que haya dolo<sup>25</sup>.

La proliferación de enjuiciamientos fundados mecánicamente en la ceguera deliberada y su equiparación indebida al dolo eventual, en un verdadero *tour de force*, constituye un activismo judicial prohibido por la ley penal y por la Constitución Federal<sup>26</sup>.

Efectivamente, además de violar principios penales fundamentales, se cercena ilegítimamente la libertad, haciendo la vista gorda a la imputación subjetiva y la estricta legalidad, además de generar inseguridad jurídica.

Son, por lo tanto, inadmisibles tales activismos en un Estado democrático de Derecho cuyo ordenamiento jurídico está fundado en el sistema romano-germánico y en sus principios característicos e inexorables<sup>27</sup>.

En realidad, tal postura altamente creativa de la jurisprudencia brasileña en el campo de la dogmática penal refleja una opción político-criminal impregnada de contenido moral e ideológico de los juzgadores, que enarbolan ilegítimamente la bandera de la necesidad de castigar situaciones identificables como hipótesis fácticas características de la ceguera deliberada, aunque atípicas, cuando no hay dolo directo ni eventual y no está prevista la forma culposa del delito.

Sin perjuicio de la necesidad de ganar eficacia en el combate contra la criminalidad moderna, los medios elegidos deben guardar consonancia con los principios fundamentales del sistema penal continental adoptado en Brasil, en el que no cabe que el Poder Judicial ejerza una función creativa en sustitución del legislador.

La introducción de la ceguera deliberada como nueva forma de imputación subjetiva no prevista en la ley penal es puro artificio que atenta contra la separación de poderes y contra la Constitución, siendo inadmisibile, por lo tanto, en un Estado democrático de Derecho.

---

<sup>25</sup> Nos remitimos a la extensa investigación realizada en LUCCHESI, Guilherme Brenner. *"Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil"*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

<sup>26</sup> Se observa que, "si el activismo judicial, en una noción preliminar, se relaciona con una disfunción en el ejercicio de la función jurisdiccional en notable detrimento de la función legislativa, la mencionada diferencia de grado permite comprender por qué en los ordenamientos afiliados al *common law* es mucho más difícil que en los sistemas de la familia romano-germánica que la caracterización de lo que sería una actuación activista de la magistratura sea rechazada en términos dogmáticos, en contraposición a una actuación más atrevida pero todavía dentro de los límites de lo jurídicamente permitido. En efecto, en la familia originada en la ley anglosajona existe una proximidad mucho mayor entre el desempeño del juez y el del legislador con respecto a la producción de normas legales" (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 109-110).

<sup>27</sup> De manera diferente al sistema del *civil law*, "en la medida en que en el ámbito del *common law* se concede al Poder Judicial una actuación extremadamente activa en el proceso de generación del Derecho, se vuelve mucho más compleja la tarea de buscar, en el plano de la dogmática jurídica, parámetros que permitan identificar eventuales abusos de la jurisdicción en detrimento del Poder Legislativo" (RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 112-113).

### 3. SISTEMA DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA NORTEAMERICANO

La esencia del Derecho penal norteamericano se basa en la máxima *actus non facit reum nisi mens sit rea* (un acto no hace a la persona culpable a menos que el pensamiento sea culpable).

El examen del elemento mental *mens rea* (“mente culpable”) -que se manifiesta en los elementos de intención (*purpose*), conocimiento (*knowledge*), imprudencia (*recklessness*) o negligencia (*negligence*)- viene a ser fundamental para la definición del delito, así como la conducta, las circunstancias y el resultado, estos últimos como elementos objetivos. *Mens rea* y *actus reus*, o sea, intención maliciosa y acción ilegal, deben concurrir para la constitución del delito, cuya práctica consiste justamente en la operación conjunta del acto con la intención o negligencia criminal<sup>28</sup>.

Para comprender el origen del concepto *mens rea* a finales del siglo XII, apunta Eugene Chesney que existen dos influencias específicas que deben ser tomadas en consideración. Una de ellas es la de la ley romana, cuyos conceptos de dolo y culpa fueron plasmados en la ley inglesa y, junto a ellos, la noción de elemento subjetivo del delito. La segunda influencia, más poderosa que la primera, vino del Derecho canónico con su consecuente insistencia en la culpa moral. Una consideración del pecado, desde el punto de vista de la ley canónica, involucra el elemento mental de forma análoga al acto físico, que debe ser aplicado al delito para saber de qué acción se trata y cuál es su castigo. En efecto, la ley canónica preconizaba que en el pecado el elemento subjetivo era tan grave como el físico y daba significado al acto cometido, lo que se trasladó al ámbito de la infracción penal<sup>29</sup>.

La expresión *mens rea* fue descartada en el Código Penal Modelo en favor del término *culpability*, que engloba los elementos subjetivos de las infracciones penales. En el lenguaje de ese Código, hay tres tipos básicos de elementos del delito: conducta, circunstancia y resultado (CAR). Todos los delitos que se construyen a partir de estas categorías elementales deben contener, al menos, el elemento de conducta. Los demás pueden combinarse con él, dependiendo de las necesidades típicas. Además de estos elementos, que pueden ser concebidos como elementos objetivos del delito, es necesario que existan “estados mentales” o “tipos de culpabilidad”, que serían los elementos subjetivos del delito para que el mismo exista. Es decir, la responsabilidad

---

<sup>28</sup> PERKINS, Rollin M. *Criminal Law*. Washington: The Foundation Press, 1957, p. 725.

<sup>29</sup> CHESNEY, Eugene J. Concept of mens rea in the criminal law. (1939). *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 29, n. 5, pp. 630-631. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>. Consultado el: 31/10/2018.

penal requiere una conducta voluntaria y un estado mental culpable, la unión del acto con la intención.

Los tipos de culpabilidad referidos como “estados mentales” son cuatro: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* y *negligence*, estando también prevista por el Código una quinta especie, denominada *strict liability*, que no es un estado mental, sino una *responsabilidad objetiva*, que refleja ausencia de estado mental, destinada a los delitos menores (“no criminales”), denominados *violations*, que están conminados con multa y otras medidas de carácter civil<sup>30</sup>.

De la comprensión del Código Modelo podemos derivar que, si la ley prevé que la *negligence* es suficiente como elemento subjetivo, también deben serlo los conceptos de *purpose*, *knowledge* o *recklessness*, y así sucesivamente, de forma que también hay *culpability* siempre que exista un estado mental más culpable que el exigido expresamente para el respectivo delito<sup>31</sup>.

Además, si el elemento subjetivo de la *culpability* no está previsto expresamente por la ley, tal elemento se considera presente si la persona actúa de forma intencionada, consciente o imprudente con relación al hecho, de suerte que el elemento subjetivo mínimo establecido en el sistema del Código Penal Modelo es la *recklessness*<sup>32</sup>.

Además, en función de la sistemática legal referida, se revela claramente la jerarquía que existe entre los elementos subjetivos, de forma que *purpose* es el estado más grave, y que *negligence* es el menos grave, revelándose la *culpability* como medida y límite de la pena, a la luz de los criterios adoptados<sup>33</sup>.

El elemento *purpose* aparece definido en el § 2.02 (2) (a) del Código Penal Modelo, y se refiere al *objetivo consciente* del autor cuando realiza el hecho. El autor actúa intencionadamente con relación a un elemento material del delito -elemento que afecta a la naturaleza de su conducta o del resultado-, si su objetivo era llevar a cabo la conducta o causar el resultado. Y el elemento afecta a las circunstancias presentes si el autor es consciente de la existencia de tales circunstancias o cree (o espera) que estas existan. O

---

<sup>30</sup> DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford University Press; Ed. Kindle, 2015, pp. 36-41.

<sup>31</sup> Art. 2, Sección 2.02 (5): “When the law provides that negligence suffices to establish an element of an offense, such element also is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly. When recklessness suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely or knowingly. When acting knowingly suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely”.

<sup>32</sup> Art. 2, Sección 2.02 (3): “Culpability Required Unless Otherwise Provided. When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto”.

<sup>33</sup> Se pone de manifiesto que el Código Penal Modelo tuvo una nítida inspiración en la teoría causal de la acción, pues los elementos subjetivos están alojados en la denominada *culpability* y no en el tipo de lo injusto penal.

sea, “conforme a lo definido por el Código Penal Modelo, la finalidad exige que el resultado prohibido sea el objetivo consciente de alguien o que sea consciente -o espere o crea- que existe una circunstancia prohibida (por ejemplo, que la propiedad está siendo sustraída)”<sup>34</sup>.

Con relación al *knowledge*, el § 2.02 (2) (b) del Código Penal Modelo así lo define:

“Una persona actúa con conocimiento con relación a un elemento material de una infracción cuando: (i) sobre el elemento que implica la naturaleza de su conducta o las circunstancias concomitantes, es consciente de que su conducta es de esa naturaleza o que tales circunstancias existen; y (ii) sobre el elemento que implica un resultado de su conducta, sabe que es prácticamente seguro que su conducta causará tal resultado”.<sup>35</sup>

Se extrae de esta definición legal que el conocimiento con relación al resultado (*v.g.*, muerte, lesiones, daños) exige que se tenga *prácticamente seguridad* de que la conducta de la persona conducirá a tales resultados. Por otro lado, el conocimiento con relación a las circunstancias surge cuando se es consciente de la existencia de esas circunstancias<sup>36</sup>.

A su vez, la *recklessness* viene definida por el Código Penal Modelo de la siguiente forma:

“Una persona actúa de forma imprudente con relación a un elemento material de una infracción cuando conscientemente ignora un riesgo substancial 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 la finalidad de la conducta del autor y las circunstancias conocidas por él, su desatención implique una grave desviación del modelo de conducta que una persona respetuosa con la ley observaría en el lugar del autor en la misma situación”<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and culpability: a theory of criminal law* (Cambridge Introductions to Philosophy and Law). New York: Cambridge University Press; Kindle, 2009, p. 23.

<sup>35</sup> “A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result”.

<sup>36</sup> ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler, op. cit., p. 23.

<sup>37</sup> Art. 2, Sección 2.02(c) *Recklessly*. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its

El estado relativo a la *imprudencia* se verifica, por lo tanto, aun cuando sin conocimiento, el autor tiene conciencia de un *riesgo substancial e injustificable* con relación a la existencia de un elemento material o del resultado de la conducta, pero conscientemente lo ignora.

La conciencia del riesgo creado y la desconsideración consciente del riesgo son determinantes del concepto, siendo que “para actuar de forma imprudente es necesario ser consciente de algo menos que de la certeza o la cuasi-certeza del hecho en cuestión, y solo es necesario ser consciente de una probabilidad substancial del hecho”<sup>38</sup>.

Robin Charlow advierte la semejanza entre la imprudencia y el conocimiento, fundada en que ambos requieren una conciencia subjetiva real del autor. La diferencia, sin embargo, radica en *qué* se debe depositar exactamente tal conciencia. Para ser *imprudente*, aduce Charlow, el autor debe estar informado de la posibilidad o, como máximo, de la probabilidad substancial de un hecho; pero para actuar *conscientemente*, el autor debe ser conocedor de un hecho real. O sea, mientras que el *knowledge* demanda la creencia de que un hecho es cierto o casi cierto, la *recklessness* requiere una conciencia de que el hecho es algo menos que seguro, y nunca requiere una conciencia de que el hecho es más que sustancialmente probable<sup>39</sup>. “Conocimiento e imprudencia difieren también en que el primero es un concepto totalmente subjetivo, mientras que el segundo requiere tanto un elemento subjetivo como una evaluación objetiva. En el caso de la imprudencia, el autor debe estar subjetivamente informado del riesgo que enfrenta, pero la substancialidad, injusticia o la posibilidad del riesgo, o lo que sea necesario, se mide objetivamente”, dice el autor<sup>40</sup>.

Sobre el elemento *negligence*, la persona actúa *con negligencia* respecto a un elemento material de un delito “cuando debería ser consciente de un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o se deriva de su conducta” (§ 2.02(5)(d) del Código Penal Modelo). Y ese riesgo “debe ser de tal naturaleza y grado que el hecho de que el autor no lo perciba, considerando la naturaleza y el propósito de su conducta y las circunstancias conocidas por él, constituya una grave desviación del modelo de cuidado que una persona razonable observaría en la situación del autor”<sup>41</sup>.

---

*disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.*

<sup>38</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., pp. 1380-1382.

<sup>39</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., p. 1380.

<sup>40</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., p. 1380.

<sup>41</sup> Art. 2, Sección 2.02(d): “Negligently. A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and

Como podemos advertir, el paradigma aquí lo constituye el deber general de cuidado que debe observarse por todas las personas, resaltando la colocación, en lugar del autor, de una persona razonable. Ya con relación a la *recklessness*, la desatención implica una grave desviación del modelo de conducta que una persona cumplidora de la ley observaría en el lugar del autor en la misma situación (§ 2.02(5)(d) del Código Penal Modelo).

Además de definir el conocimiento en el ámbito penal, el Código Penal Modelo extiende dicho concepto al declarar que el conocimiento de la existencia de un hecho se establece igualmente en el caso en que el individuo tenga conciencia de la alta probabilidad de su existencia, a menos que realmente crea que no existe<sup>42</sup>.

La presencia de la conciencia de la alta probabilidad de la existencia del hecho y la ausencia de la creencia real en su inexistencia son factores suficientes para equiparar la ignorancia intencionada al conocimiento, a los efectos de la ley penal norteamericana. Se concluye que la presencia de la *willful blindness* permite que alguien sea condenado por conocer el hecho delictivo, aunque en realidad no lo conozca efectivamente. Los tribunales pueden, por lo tanto, condenar a alguien en los delitos en los que la *mens rea* o *culpability* exijan *conocimiento* aunque el individuo, en realidad, no tenga conciencia efectiva con relación al hecho, al resultado y a las circunstancias concomitantes.

La justificación sustantiva para la equiparación se basa en la lógica de la culpabilidad equivalente de los comportamientos, pues ignorancia deliberada y conocimiento positivo son igualmente reprobables. Esta tesis de la culpabilidad equivalente constituye la pieza central de la justificación normativa para la doctrina de la ceguera voluntaria o deliberada, para la cual tan malo es actuar con ignorancia intencionada que hacerlo conscientemente<sup>43</sup>.

Tomando como parámetro las definiciones basadas en el Código Penal Modelo, se puede decir que la *willful blindness* se sitúa en algún lugar en un *continuum* de certeza entre *knowledge* y *recklessness*, ya que todas representan diferentes niveles de

---

the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation".

<sup>42</sup> Art. 2, Sección 2.02(d): (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.

<sup>43</sup> SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, 2015, p. 1043. Disponible en: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol88/iss4/4>. Consultado el 4/11/2018. El autor presenta tres vertientes que sostienen la tesis de la culpabilidad igualitaria: a) la consideración de la ceguera deliberada como una especie de conocimiento; b) la afirmación de la igual reprobación de la conducta de quienes evitan el conocimiento y de quienes actúan conscientes de la ilegalidad; c) la exigencia de motivación inidónea de la ceguera deliberada (SARCH, Alexander F., op. cit., pp. 1043-1045).

conciencia del hecho. Como el conocimiento y la imprudencia, la ignorancia voluntaria regulada en el Código requiere la constatación de una conciencia subjetiva por parte del acusado, esto es, el autor debe estar informado de una “alta probabilidad” de la existencia del contexto fáctico. De esa forma, si para “conocer” es necesario estar informado de la seguridad o casi seguridad de un hecho; y si para ser imprudente se debe tener conciencia, a lo sumo, de la probabilidad sustancial de un hecho; la conciencia de quien es consciente de la alta probabilidad del hecho se asienta en algún lugar entre el nivel de convicción exigido para el conocimiento y el requerido para la imprudencia<sup>44</sup>.

Tribunales y estudiantes del Derecho penal norteamericano han luchado durante décadas para resolver la relación entre el concepto básico de conocimiento, que es central para la noción de responsabilidad criminal, y el concepto de ceguera voluntaria. Todos los circuitos federales emplearon esta doctrina, utilizada para facilitar la condena de acusados que no tienen conocimiento real del hecho crucial, pero que son considerados culpables en razón de la conciencia de una alta probabilidad de su existencia. No obstante, decisiones del Segundo, Noveno y Décimo Circuitos destacaron la confusión y el conflicto que la doctrina de la ceguera deliberada voluntaria ha generado desde el tratamiento dado por el Noveno Circuito al caso *United States v. Jewell*<sup>45</sup>.

Las construcciones utilizadas en los tribunales norteamericanos en su aplicación emplean, por ejemplo, el siguiente lenguaje, entre otros términos: “rehén intencionado de obtención de conocimiento”; “permanencia voluntaria e intencionada de permanecer ignorante sobre un hecho”; “elección deliberada de no saber”; “conciencia del propósito de evitar saber la verdad”; “planificación deliberada de evitar conocer la conducta ilegal”; “evitación deliberada y consciente de confirmar”; “prevención deliberada de conocimiento

---

<sup>44</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., pp. 1382-1384. El autor sostiene, en este sentido, que la ignorancia intencionada se corresponde más con la imprudencia que con el conocimiento, porque la diferencia entre una alta probabilidad y una probabilidad sustancial es solamente de grado, mientras que la diferencia entre una alta probabilidad y una casi certeza es una diferencia en especie. Por otro lado, dice que toda vez que la certeza y la probabilidad son ambas grados de certeza es más apropiado imaginarlas como puntos del mismo espectro. Empíricamente, sin embargo, tal y como un jurado lego podría entender estos términos, parece que la diferencia entre una probabilidad sustancial y una alta probabilidad no es tan grande y puede ser delimitada; mientras que la diferencia entre una alta probabilidad y una práctica certeza es mucho más significativa. Por lo tanto, si el acusado debe ser consciente de la sustancialidad del riesgo que enfrenta o de los factores que convierten el riesgo en sustancial para ser imprudente, esta visión arrojaría formulaciones basadas en el Código de la ignorancia intencionada, por lo menos en este particular caso, más como imprudencia que como conocimiento (CHARLOW, Robin, op. cit., p. 183).

<sup>45</sup> MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. *Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, pp. 2231-2233, 1993. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol102/iss8/13>. Consultado el: 18/10/2018.

positivo” y “cerrar los ojos para lo que, de otra forma, habría sido obvio”<sup>46</sup>. Tales expresiones revelan claramente el “malabarismo en la cuerda floja” que hacen los tribunales para equiparar el conocimiento a la ausencia de conocimiento, conteniendo contradicciones insuperables por la disparidad de los objetos cotejados.

Jonathan L. Marcus advierte que los conflictos y la confusión creados por las aplicaciones dispares del concepto de la ignorancia deliberada necesitan resolverse, defendiendo una revisión del Código y proponiendo que los tribunales dejen de confiar en la noción de evitación consciente como una alternativa al rígido modelo de conocimiento de un hecho. La segunda parte de la Sección 2.02 (7) por ejemplo, expone este autor al tratar de la creencia en la existencia de un hecho o circunstancia, es confusa y extremadamente redundante. Cuando el conocimiento de la existencia de un hecho en particular es un elemento del delito, ese conocimiento se establece si una persona tiene conciencia de la alta probabilidad de su existencia, a menos que realmente crea que no exista. Esta formulación en dos frentes es confusa, según el mencionado autor, porque es difícil imaginar cómo se puede simultáneamente estar informado de una alta probabilidad de que un hecho exista, y aún así creer que no exista<sup>47</sup>.

Ira Robbins, a su vez, defiende que la formulación del Código Penal modelo con relación a la ignorancia deliberada debería ser rechazada, pues el parámetro de exigencia de la alta probabilidad que se describe, en realidad, es imprudencia y no conocimiento. El lenguaje impreciso acaba por permitir condenas por mera culpa, dice Robbins, debiendo prohibirse la manipulación de la definición de conocimiento. Este autor argumenta que su adopción por el Poder Judicial infringe la prerrogativa del legislador de definir los tipos penales e infringe el derecho de prueba del acusado, más allá de la duda razonable, de cada elemento del delito imputado<sup>48</sup>.

Douglas Husak y Craig Callender defienden que la equiparación de la ignorancia deliberada con el conocimiento contraviene el principio de la legalidad, admitiendo que su utilización se da por necesidades de orden político-criminal. No obstante, intentan delimitar su alcance al proponer elementos que permitan descartar hipótesis en las que el desconocimiento es, por ejemplo, fruto de la pereza, la mera estupidez o la falta de curiosidad<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> CHARLOW, Robin, op. cit., pp. 1419-1423.

<sup>47</sup> MARCUS, Jonathan L., op. cit., pp. 2236-2256.

<sup>48</sup> ROBBINS, Ira P., op. cit., pp. 231-234.

<sup>49</sup> 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. *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, p. 34. Disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/>. Consultado el: 2 nov. 2018. Los autores indicaron la necesidad de que se constatasen, por lo menos, tres elementos en la conducta, para poder afirmar que el autor actuó ignorando

Estos pocos extractos de la doctrina son suficientes para demostrar la fuerte discusión que se ha centrado sobre la equiparación de la ignorancia al conocimiento, controvertida en la propia jurisprudencia norteamericana, puesto que la equiparación se encuentra fundada en un puro *artificialismo*, sin base real, y no representa más que una especie de *instrumentalización* del hombre para la consecución de fines meramente preventivos, que encarna una concepción puramente objetiva, *despersonalizada* de lo injusto, inadmisibles en un Estado democrático de Derecho que apuesta por el respeto a la libertad y a la dignidad humana.

#### 4. CEGUERA VOLUNTARIA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

El Estado Constitucional, en la forma de Estado social y democrático de Derecho<sup>50</sup> adoptado por la República Federativa brasileña, se basa en la soberanía, la ciudadanía y la dignidad de la persona humana (CF, art. 1º), con el objetivo de construir una sociedad libre, justa y solidaria, y de promocionar el bien de todos, regida, entre otros, por los principios de la prevalencia de los derechos humanos, así como de la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad (CF, arts. 3º, 4º, e 5º, *caput*). Aboga por un entorno de libertad y dignidad que rechaza la instrumentalización del hombre y acoge la máxima kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo que impide que pueda ser utilizado como una *cosa*, ya sea por los poderes públicos o por los propios particulares.

El principio de imputación subjetiva y el principio de legalidad constituyen un obstáculo impeditivo a la aplicación de la ceguera voluntaria o deliberada a la vista de la falta de previsión legal en el ordenamiento jurídico brasileño de esa categoría que se pretende subjetiva. Cabe refutar de plano cualquiera de las manifestaciones de *versari in re illicita*,<sup>51</sup> especialmente en Derecho penal, siendo el intento de su reducción “uno de los esfuerzos más importantes de todo Estado de Derecho<sup>52</sup>, porque “imputar un daño o

---

deliberadamente datos penalmente relevantes: (1) el autor debe tener una sospecha justificada sobre la presencia de elementos típicos en su conducta. Así, se consideran solamente aquellas situaciones en que existan buenas razones objetivas para desconfiar, descartándose los casos en los que la sospecha es infundada (v.g. personas que sufren paranoias u otros delirios); (2) la información rechazada por el autor debe estar disponible, de modo que pueda conocerla por medios “viables, rápidos y ordinarios”; (3) se trata de un elemento motivacional, exigiéndose que el sujeto tenga un motivo para mantenerse alienado, fruto del deseo consciente de exonerarse de una eventual culpa o responsabilidad futura en el caso de que sea descubierto (HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A, op. cit., p. 34).

<sup>50</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 69.

<sup>51</sup> Cf. CEREZO MIR, José. El “*versari in re illicita*” y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código Penal Español. En: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982, pp. 90 y ss. Se traduce en plena responsabilidad objetiva: “quien quiera el hecho, que asuma sus consecuencias”, o, a decir de Plutarco: “Siempre así: quien la hace, la paga”.

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte*

un peligro para un bien jurídico sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación), equivale a degradar el autor a una *cosa causante*<sup>53</sup>.

En el sistema continental, el *principio de imputación subjetiva* tiene como objeto esencial, precisamente, fijar las condiciones de atribución subjetiva de un hecho a quien materialmente lo realiza o produce, lo que significa que solo pertenece a determinada persona -como obra suya- el acto o suceso realizado por ella material u objetivamente, cuya exteriorización puede ser controlada por la voluntad de realización (dolo o culpa)<sup>54</sup>.

Con ello “se excluye la imputación objetiva en relación con las conductas/resultados imprevisibles (que no pueden ser abarcados por la voluntad ilícita)”<sup>55</sup>, refiriéndose, entonces, “a la imposibilidad de responsabilizar criminalmente por una acción u omisión a quien haya actuado sin dolo o culpa: *no hay delito o pena sin dolo o culpa* (art. 18 y 19, CP)”<sup>56</sup>.

Dolo y culpa son, por lo tanto, conceptos jurídico-penales cuyo sentido y alcance son determinantes para la consustanciación de la imputación subjetiva y de sus límites al poder punitivo estatal.

De esta forma, el Código Penal brasileño define el delito doloso como aquel en que el autor *quiso* el resultado o asumió el riesgo de producirlo (art. 18, I) y determina la inexistencia del dolo en el caso de error sobre el elemento constitutivo del tipo legal (art. 20, *caput*).

El *querer* y el *saber* son requisitos indispensables del dolo, también del dolo eventual, aunque con menor intensidad. Ahora bien, el elemento *intelectual* corresponde a la *conciencia*, al *conocimiento* de la realización de los elementos objetivos del tipo, mientras que el *volitivo* corresponde a la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, no siendo posible la equiparación con la hipótesis de la ausencia de conocimiento, aunque ésta fuera a propósito (ceguera deliberada).

El sistema de imputación subjetiva positivado viene a ser garantía fundamental, limitando el poder punitivo estatal y protegiendo la libertad, en plena sintonía con los principios del Estado democrático y social de Derecho que la garantizan junto con la

---

*general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 565.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 139.

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 249. Véase, con detalles, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. 6ª ed. Madrid: Tecnos, II,1998, pp. 100 y ss; DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, teoría general del delito - I, pp. 505 y ss.; STRATENWETH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A.Sancinetti. Madrid: Thomson, 2005, pp. 145 y ss.

<sup>55</sup> Idem, ibidem, p. 250.

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 250.

dignidad de la persona, como principios fundamentales y estructurales del ordenamiento jurídico. Cualquier intento de inserción de una categoría subjetiva autónoma no prevista en ley, como parámetro de equiparación al dolo o al dolo eventual, está prohibido bajo pena de violación del principio de legalidad, una de las más valiosas garantías de libertad del Estado de Derecho.

En ese sentido, se afirma que el mejor modo de entender la ignorancia deliberada es como un ilícito atípico, y no siendo una figura conceptualmente similar al dolo eventual, no puede equipararse con él, pues la reprensión penal a través de este concepto vulneraría el principio de legalidad penal<sup>57</sup>.

A propósito de esta cuestión, aun cuando es favorable a la adopción de la ceguera deliberada, Ragués i Vallès destaca que en los sistemas jurídicos que han optado por definir legalmente el dolo exigiendo, de manera directa o indirecta, conocimiento de determinados elementos típicos, afirmar que es conocedor quien actúa en un estado de ignorancia con relación a tales elementos parece imposible sin forzar más allá de lo deseable la letra de ley: “se trataría de una auténtica *contradictio in terminis* difícilmente asumible por un principio de la legalidad que quiera conservar una mínima vigencia”<sup>58</sup>. De esa forma, para el Derecho español, que no tiene definición expresa de dolo, el mencionado autor propone la adopción de la ceguera deliberada como *tertium genus* de imputación subjetiva, una categoría que estaría posicionada de forma intercalada entre los clásicos conceptos de dolo eventual e imprudencia<sup>59</sup>.

A su vez, volviendo al Derecho brasileño, Spencer Toth Sydow propone crear una teoría de ceguera deliberada compuesta por la conjugación de la idea de deberes de cuidado con el principio de la probabilidad, que se aplica de manera subsidiaria a aquél<sup>60</sup>, lo que resulta en una miscelánea confusa de aspectos problemáticos planteados

---

<sup>57</sup> MANRIQUE, Maria Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomia*, n. 40, abril 2014, pp. 192-193. En ese sentido sobre el tema de la ceguera deliberada en los delitos de blanqueo de capitales, se destaca que, “*de lege lata*, parece insuperable el obstáculo de la creación de un tercer título de imputación dolosa en el Derecho brasileño, junto con el dolo directo y el dolo eventual. En relación con el principio de legalidad, cualquier solución propuesta tendrá de adaptarse a los límites del canon según el cual existe “*delito doloso cuando el autor quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo*” (Código Penal, art. 18, I) (PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 299).

<sup>58</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 196.

<sup>59</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Discusiones: Ignorancia Deliberada y Derecho Penal*. v. 13-2, 2013, pp. 149-152. Disponible en: [http://www.academia.edu/22655140/Discusiones\\_XIII](http://www.academia.edu/22655140/Discusiones_XIII).

<sup>60</sup> SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 258. Los requisitos para la aplicación dogmática de esta teoría tendrían en cuenta, según este autor, que: “1) debe existir una situación en la que el autor no tenga conocimiento suficiente de la información que compone el elemento de un tipo penal en el que se incorpora; 2) tal información, a

por la jurisprudencia y la doctrina, repletos de elementos de carácter valorativo y de “motivación egoísta e ilícita” -en expresión del autor- que mantendría al sujeto en situación de desconocimiento deliberado. No pasa de ser un intento frustrado de “parir a fórceps” un concepto de ceguera deliberada que se aproxime a los elementos subjetivos previstos en la ley penal brasileña.

Esta teoría, en realidad, que puede convertir conductas negligentes en dolosas y ampliar indebidamente la *actio libera in causa*, deturpando sus requisitos legales, encuentra correspondencia en el *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto*, siendo nada más y nada menos que responsabilidad penal objetiva<sup>61</sup>. Transgrede, por lo tanto, el principio de imputación subjetiva<sup>62</sup>, siendo extremadamente abusiva y temeraria su inserción en el Derecho brasileño vía Derecho comparado.

Se comprueba, además, que los elementos subjetivos y normativos de lo injusto penal en el Derecho penal brasileño (dolo directo de primer grado, dolo de segundo grado, dolo eventual, culpa inconsciente y culpa consciente) difieren substancialmente de los elementos subjetivos del *common law* (*purpose, knowledge, recklessness and negligence*), sin perjuicio de la existencia de algunos puntos en común. En realidad, como se describió anteriormente, los sistemas de imputación como un todo -y el propio concepto analítico de delito- tienen principios, fundamentos y estructuración totalmente distintos.

La ceguera deliberada implica desconocimiento. Significa conciencia de la elevada probabilidad de la existencia de algún ilícito penal. Sin embargo, no hay conciencia de los elementos objetivos del tipo y mucho menos se tiene voluntad de realizarlos. Lo que hay es ignorancia intencionada de conocer eventuales elementos, por algún motivo que puede ser reprobable (eludir la persecución penal, beneficiarse con la alegación del desconocimiento) o no (egoísmo, incredulidad, inocencia, paranoia, etc.). Se aleja, por lo tanto, del dolo directo y del propio dolo eventual.

---

pesar de ser insuficiente, debe estar disponible para acceder a ella inmediatamente y con facilidad; 3) el autor debe comportarse con indiferencia por no querer conocer la información sospechosa relacionada con la situación en la que se encuentra; 4) debe existir un deber de cuidado legal o contractual del autor sobre tales informaciones; 5) es necesario identificar una motivación egoísta e ilícita que mantenga al sujeto en situación de desconocimiento; 6) ausencia de una garantía constitucional que excluya deberes de cuidado; 7) ausencia de la circunstancia de exención de responsabilidad originada por la naturaleza de la relación existente; 8) ausencia de la circunstancia de acción neutra” (SYDOW, Spencer Toth, op. cit., p. 258).

<sup>61</sup> CRUZ, Flavio Antonio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 86, pp. 99-147, set-out. 2010; *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. 2, p. 679 - 724, jul. 2011.

<sup>62</sup> En este sentido, CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Fausino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. *Quaestio Iuris*, vol. 11, n. 3, Rio de Janeiro, 2018, pp. 1609-1610.

Así, la ceguera deliberada fue concebida como medida de política criminal para sustituir el *knowledge* del Derecho penal norteamericano, conforme establece el Código Penal Modelo. Pero, el concepto de *knowledge* no se confunde con el “conocimiento” propio del Derecho penal brasileño, que es un elemento intelectual del dolo y se halla umbilicalmente emparejado con el elemento volitivo.

No se encuentra paralelismo, además, con el dolo de segundo grado (dolo directo mediato), pues este implica que el autor, “aunque no pretenda la producción de determinados efectos *secundarios*, su verificación aparece como consecuencia *necesaria e indispensable* de su conducta y, por eso, están también abarcados por la voluntad de realización, por la finalidad”<sup>63</sup>. El efecto no es buscado de primera mano, pero el autor tiene la convicción de su producción, como consecuencia inevitable e imprescindible de la acción perpetrada, lo que no ocurre con la hipótesis de la ceguera deliberada, en la que está ausente el conocimiento. De este modo, el *dolo de consecuencias* necesarias es aquel por medio del cual se produce un hecho típico indisolublemente relacionado con el perseguido por el autor y que, por eso mismo, es conocido y querido por él.<sup>64</sup>

La ceguera deliberada tampoco se equipara al dolo eventual, pues son estructuralmente diferentes. El dolo eventual está presente cuando el autor, no deseando directamente la consecución de los elementos de determinado tipo penal cuya producción no está vinculada directamente al fin pretendido, asume el riesgo de su producción, que le presenta como posible o probable. En los términos del artículo 18, I, del Código Penal, actúa con dolo eventual quien *asume el riesgo de producir el resultado*.

En el dolo eventual, además del conocimiento, “la voluntad también se hace presente, aunque de forma más atenuada”<sup>65</sup>. El conocimiento y la propia voluntad, además, van perdiendo intensidad en la línea de desdoblamiento subjetiva (dolo directo de primer grado - dolo directo de segundo grado - dolo eventual), siendo más intensos cuando el autor pretende alcanzar el resultado y menos intensos cuando concurre la asunción del riesgo de producirlo, hasta llegarse al tenue límite que separa el dolo indirecto de la culpa consciente.

---

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, I, op. cit., p. 638.

<sup>64</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho penal. Parte general*. Lima, Peru: Ara Editores, 2004, p. 830.

<sup>65</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, op. cit., p. 638.

En el dolo eventual hay conocimiento y también voluntad, aunque en forma más atenuada que en el dolo directo<sup>66</sup>. En el dolo eventual hay asunción del riesgo, lo que no se verifica en la ceguera deliberada. Es cierto que esta última se presenta en un contexto fáctico determinado, con todas las circunstancias, detalles y particularidades del caso concreto. Puede ser que la situación fáctica respectiva cumpla las características del concepto jurídico-penal del dolo eventual. Pero en tal caso la imputación subjetiva estará configurada sobre la base del dolo eventual y no simplemente de la ceguera deliberada, no siendo precisa la introducción de esta figura en el Derecho penal brasileño<sup>67</sup>.

Por otro lado, la situación de hecho que representa la ceguera también puede encajarse en la culpa consciente o incluso en la culpa inconsciente, dependiendo del caso, y el procedimiento para forzar su encaje en el dolo eventual en estas condiciones podrá provocar la tipificación incorrecta de una conducta que, en realidad, puede ser atípica dependiendo de qué injusto penal se trate y si admite o no la forma culposa.

De este modo, es incorrecta la pretensión de equiparar la ceguera deliberada al dolo eventual en lo que concierne al blanqueo de dinero, sustentada en el argumento de que la figura del dolo eventual viene siendo admitida en los tribunales norteamericanos<sup>68</sup>,

---

<sup>66</sup> En ese sentido, se destaca que “el dolo eventual, exige para su configuración el elemento cognitivo, siendo imposible asumir el riesgo de producir el resultado de aquello que no se conoce, aunque sea mínimamente” (CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Fausino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. *Quaestio Iuris*, vol. 11, n. 3, Rio de Janeiro, 2018, p. 1607).

<sup>67</sup> Se afirma con precisión que “además de las incorrecciones conceptuales y los equívocos en el empleo de la metodología del derecho comparado, existe un fallo en la proposición de la equivalencia entre ceguera deliberada y del dolo eventual. Si la ceguera deliberada equivale al dolo eventual, no es necesario construir una teoría sobre ceguera deliberada. Bastaría aplicar el dolo eventual” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*, op. cit., p. 164).

<sup>68</sup> En ese sentido, se señala que “las construcciones jurisprudenciales norteamericanas vienen admitiendo el dolo eventual por medio de la denominada *willful blindness* (‘ceguera deliberada’: caso *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854 - 4º Cir. 1992, decidido por el “Cuarto Circuito Federal”) o *conscious avoidance doctrine* (actuó deliberadamente para ‘evitar la conciencia’: caso *United States v. Barnbart*, 979 F.2d 647, 651-652 - 8º Cir. 1992), siempre que exista evidencia de que el autor tenía conocimiento de la elevada probabilidad de que los bienes, derechos o valores involucrados procedían del delito y de que el autor actuó de modo indiferente ante este conocimiento” (DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008, p. 51). En este sentido, se destaca que “la ley norteamericana no es explícita en cuanto a la admisión o no del dolo eventual en el delito de blanqueo de dinero. No obstante, por construcción jurisprudencial, tal figura viene siendo admitida en los tribunales norteamericanos por medio de la denominada *willful blindness* o *conscious avoidance doctrine*, literalmente, la doctrina de la ‘ceguera deliberada’ y la de ‘evitar la conciencia” (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63). Para este autor, la ceguera deliberada se aproxima, de cierta forma, al dolo eventual de la legislación y doctrina brasileña, por lo que considerando la previsión genérica del art. 18, I, del CP y la falta de disposición legal específica en la ley de blanqueo contra la admisión del dolo eventual, puede ser incorporada a nuestra práctica jurídica” (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69). Oponiéndose rigurosamente a este posicionamiento, se pronuncia: BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, vol. 957/2015, pp. 2013-256, jul. 2015.

siendo que la noción de dolo eventual es extraña al Derecho penal norteamericano, dado que el dolo eventual no ha de confundirse con *knowledge* -ámbito en el cual se aplica la ceguera deliberada - ni tampoco con *recklessness*<sup>69</sup>.

Lo que se ve es una inmensa confusión en la doctrina cuando se trata de discutir la aplicación de la ceguera deliberada y su aproximación con el dolo eventual en el blanqueo de dinero. Además, esto “puede terminar siendo un medio de llevar toda negligencia a la conducta dolosa, permitiendo, por medio de esta equiparación, la punición de un autor que actuó con culpa consciente pero que, de acuerdo con la ley, no respondería por nada, toda vez que no existe previsión de la modalidad culposa”<sup>70</sup>, es decir, “si la doctrina no adopta la posición debida, la teoría de la ceguera deliberada terminará por castigar cualquier conducta culpable como si fuese dolosa, reflejándose también en la pena aplicable a cada caso”<sup>71</sup>, como ya viene ocurriendo en la jurisprudencia brasileña.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia brasileña, por “conveniencia probatoria”, por necesidades de orden político-criminal de sentido “punitivista” o por otros motivos, ha procedido indebidamente a la aplicación de la teoría de la ceguera voluntaria o deliberada como si fuese una categoría de imputación subjetiva equivalente al dolo eventual, ampliándola excesivamente y sin base legal.

Tal activismo judicial de creación normativa, nefasta y corrosiva, está prohibido por la Constitución, pues, además de violar principios y derechos fundamentales, cercena ilegítimamente la libertad y no observa la separación de poderes, siendo, por lo tanto, inadmisibles en un Estado de Derecho.

El Estado Constitucional, en la forma del Estado social y democrático de Derecho adoptado por la República Federativa brasileña, se basa en la soberanía, la ciudadanía y la dignidad de la persona humana (CF, art. 1º), con el objetivo de construir una sociedad libre, justa y solidaria, y de promocionar el bien de todos, regida, entre otros, por los

---

<sup>69</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner, op. cit., p. 131. Dice este autor, *verbis*: “Parece, por tanto, que los conceptos de ceguera deliberada proporcionados por la jurisprudencia y por la doctrina no son equivalentes al dolo eventual. Se trata de conceptos con diferentes fundamentos y premisas. La supuesta equivalencia entre *dolo* y *ceguera deliberada* se crea artificialmente, al incluir algunas palabras y expresiones clave en la propuesta de definición de la *ceguera deliberada*, con el objetivo de reforzar una hipótesis previa: que la ceguera deliberada debe ser trasplantada al sistema jurídico-penal brasileño como si fuese dolo eventual. A partir de la manipulación de conceptos, se cumple una profecía autorrealizada” (LUCCHESI, Guilherme Brenner, op. cit., p. 164).

<sup>70</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 194.

<sup>71</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti, op. cit., p. 194.

principios de la prevalencia de los derechos humanos, así como de la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad (CF, arts. 3º, 4º, y 5º, *caput*). Aboga por un entorno de libertad y dignidad, rechazando la instrumentalización del hombre y acogiendo la máxima kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo e impidiendo que pueda ser utilizado como una cosa, ya sea por los poderes públicos o por los propios particulares.

El sistema de imputación subjetiva positivizado es una garantía fundamental que limita el poder punitivo estatal y protege la libertad, no siendo admisible la inserción de una categoría subjetiva ajena al dolo o a la culpa, bajo pena de una grave falta de respeto a la legalidad, la seguridad jurídica y al derecho fundamental a la libertad. El principio de imputación subjetiva y el principio de legalidad constituyen un obstáculo impositivo absoluto -constitucional y legal- a la aplicación de la ceguera deliberada, a la vista de la falta de previsión legal en el ordenamiento jurídico brasileño de este elemento subjetivo, que no es equivalente al dolo eventual o la culpa consciente.

La introducción de la ceguera deliberada en el derecho penal brasileño infringe los más básicos principios esenciales del derecho contemporáneo, desnaturaliza conceptos jurídico-penales nucleares del sistema continental aquí adoptados, y desprecia los principios de imputación subjetiva y de legalidad, así como la separación de poderes, al margen de que no encuentra respaldo en el postulado de la seguridad jurídica.

Se está cometiendo una indeseable y nefasta confusión conceptual, patrocinada ciegamente por el activismo judicial penal del Tribunal Supremo Federal y avalada por otros tribunales sin mayores cuestionamientos, tal vez motivados por atender al anhelo punitivista de la opinión pública, por la facilidad que brinda en el aspecto probatorio del elemento subjetivo o por cualquier otro argumento, pero sin ninguna una base teórica sólida que la sustente con fundamento en la verdad objetiva relativa a la realidad fáctica, salvo como factor meramente persuasivo y como una falaz manifestación del dolo eventual, aunque este sea inexistente. Es decir, se manipulan datos y conceptos con el único propósito de castigar.

En un Estado de Derecho, verdaderamente democrático y liberal, no está permitido tratar a una persona como una cosa, como un medio o instrumento de un fin ajeno, impóniéndole una pena sin considerar el sentido impuesto por su voluntad de acción, pues esto transgrede el principio de dignidad de la persona humana en la formulación que presupone el valor absoluto de un ser que es un fin en sí mismo, simplemente por poseer razón y voluntad inherentes a él.

En otras palabras, la objetivación de la responsabilidad penal, promovida por la incorporación de la ceguera deliberada como categoría subjetiva, ignora al hombre como fin, cosificándolo para la consecución de fines ajenos a su autonomía y personalidad,

degradando, por lo tanto, su dignidad, como parámetro inamovible del Estado democrático de Derecho.

Ante tales hechos, la doctrina brasileña debe rechazar terminantemente este constante y escandaloso intento, que implica la manipulación del derecho para fines ajenos a su verdadera naturaleza de elemento de garantía de las libertades fundamentales y límite al *ius puniendi*.

Es necesario, más que nunca, despertar la conciencia de la verdadera importancia del papel atribuido en democracia al juzgador e intérprete de la Constitución y de las leyes, en el sentido de hacer valer el Estado de Derecho, sus principios y garantías, para impedir el traslado acrítico y absurdo de “artificios” extraños e incompatibles con el ordenamiento jurídico-penal brasileño, que están condenados a causar distorsiones, abusos e injusticias.

## REFERENCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code: Oficial draft and explanatory notes (1962). Filadélfia: American Law Institute, 1985.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and culpability: a theory of criminal law* (Cambridge Introductions to Philosophy and Law). New York: Cambridge University Press; Kindle, 2009.

BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, vol. 957/2015, pp. 2013-256, jul. 2015.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho penal. Parte general*. Lima, Peru: Ara Editores, 2004.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Fausino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. *Quaestio Iuris*, vol. 11, n. 3, Rio de Janeiro, 2018.

CEREZO MIR, José. El “versari in re illicita” y el párrafo tercero del artículo 340 bis a del Código Penal Español. En: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. 6ª ed. Madrid: Tecnos, II, 1998.

CHARLOW, Robin. Wilful ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, 1992.

CHESNEY, Eugene J. Concept of mens rea in the criminal law. (1939). *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 29, n. 5, pp. 630-631. Disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>. Acesso em 31/10/2018.

CRUZ, Flavio Antonio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 86, pp. 99-147, set-out. 2010; *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, vol. 2, pp. 679 - 724, jul. 2011.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, teoria general del delito - I, 2008.

DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. 2. ed. New York: Oxford University Press; Ed. Kindle, 2015.

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", *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, p. 34. Disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/>. Acesso em 2 nov. 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MANRIQUE, Maria Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomia*, n. 40, Progreso Tizapan, Ciudad del México, abril 2014, pp. 163-195.

MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. *Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, pp. 2231-2233, 1993. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol102/iss8/13>. Acesso em 18/10/2018.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERKINS, Rollin M. *Criminal Law*. Washington: The Foundation Press, 1957, p. 725.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª edição. São Paulo: Forense, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

- Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Discusiones: Ignorancia Deliberada y Derecho Penal*. v. 13-2, 2013, p. 32. Disponible en:

[http://www.academia.edu/22655140/Discusiones\\_XIII\\_Ignorancia\\_deliberada\\_y\\_derecho\\_penal](http://www.academia.edu/22655140/Discusiones_XIII_Ignorancia_deliberada_y_derecho_penal). Acesso em 2/11/2018.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROBBINS, Ira P., The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, n. 2, 1990, pp. 231-234. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2784406>. Acesso em: 12/10/2018.

ROIPHE, Rebecca. The ethics of willful ignorance. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 24, 2011.

SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, 2015.

STRATENWETH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson, 2005.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

- ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.