

IGNORANCIA DELIBERADA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿UN ESTÁNDAR DE RESPONSABILIDAD PENAL SUBINCLUSIVO?

Noelia MATALONE (UBA)*

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2025

Resumen

La ignorancia deliberada constituye una base de imputación subjetiva escasamente explorada ante la Corte Penal Internacional. El estándar vigente sobre la responsabilidad penal individual resulta subinclusivo: únicamente el artículo 28.a del Estatuto de Roma admite la fórmula “hubiere debido saber” respecto del jefe militar, mientras que los superiores civiles (artículo 28.b) y los autores y partícipes en general (artículo 25) quedan al margen, sin que se advierta una razón sustantiva que justifique esa diferencia. El trabajo reconstruye el problema, examina las principales vías propuestas para afrontarlo (la reinterpretación del dolo, la tesis de la equivalencia, el tratamiento de la ignorancia deliberada como indicio de dolo y el recurso a la *actio libera in causa*) y fija una posición sobre el alcance y los límites de la figura en el derecho internacional penal.

Palabras clave: Ignorancia deliberada – Responsabilidad penal individual – Corte Penal Internacional – Elemento subjetivo – Derecho internacional penal

Title: *Wilful blindness before the International Criminal Court: a sub-inclusive standard of criminal responsibility?*

Abstract

Wilful blindness is a scarcely explored basis of subjective attribution before the International Criminal Court. The standard currently governing individual criminal responsibility is sub-inclusive: only Article 28(a) of the Rome Statute admits the “should have known” formula with respect to the military commander, whereas civilian superiors (Article 28(b)) and perpetrators and accomplices in general (Article 25) are left aside, without any substantive reason justifying that difference. This paper reconstructs the problem, examines the main avenues proposed to address it (the reinterpretation of intent, the equivalence thesis, the treatment of wilful blindness as

* El presente trabajo es una versión revisada de mi tesis de maestría presentada y aprobada por la Universidad Torcuato Di Tella en noviembre de 2023. Se agradecen comentarios y sugerencias a: nmatalone@derecho.uba.ar

evidence of intent, and the recourse to *actio libera in causa*) and takes a position on the scope and limits of the doctrine in international criminal law.

Keywords: Wilful blindness – Individual criminal responsibility – International Criminal Court – Mental element – International criminal law

Sumario: I. Introducción; II. Interpretación estándar del derecho aplicable sobre la responsabilidad penal individual en el derecho internacional penal; III. Problemas de la subinclusión; IV. La ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva; V. Actualización y equivalencia; VI. Ignorancia deliberada como indicio de dolo; VII. Acciones libres en su causa; VIII. Conclusión; IX. Bibliografía

I. Introducción

De acuerdo con el sistema de fuentes previsto en el Estatuto de Roma (en adelante, ER) la teoría de la responsabilidad individual ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) se compone de un elemento objetivo (los modos de participación) y de un elemento subjetivo (el estado mental correspondiente a cada uno). El elemento objetivo se informa de dos aristas. La primera, llamada *intervención*, estudia las contribuciones comisivas de autores, cómplices e instigadores (art. 25 ER). La segunda arista, denominada *extensión* por responsabilidad de mando, se encarga de las omisiones de los superiores jerárquicos (art. 28 ER).

En la faz de intervención hay un concepto muy amplio de participación criminal comprensivo de cualquier contribución causal a un crimen internacional, lo cual es especialmente importante para imputar líderes en organizaciones jerárquicas que actúan por vía de la coautoría mediata por aparato organizado de poder. La faz de *extensión* de la responsabilidad refiere a las formas de expansión de la imputación, principalmente la responsabilidad del superior jerárquico, en la cual los criterios de atribución se formulan a través de infracciones a un deber que emana de su posición de garante.¹

La distinción entre *intervención* y *extensión* consiste en que la primera conlleva la realización de conductas comisivas vinculadas con la teoría del dominio por organización, mientras que en la

¹ AMBOS, K., “Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, Disponible (en línea): <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/48040> consulta: 26/10/2022, p. 22.

segunda cobra relevancia la responsabilidad de los jefes por el mando y la omisión.² Esta categorización es importante porque impacta directamente en el elemento subjetivo que se exigirá en uno y otro caso³.

Ahora bien, el elemento subjetivo comprende los diversos grados de estados mentales requeridos de modo diferencial para la responsabilidad por *intervención* y por *extensión*. Respecto de autores, cómplices e instigadores (art. 25 ER) se exigirá conocimiento e intención y, según la jurisprudencia, se admite solo dolo directo (art. 30 ER). Para los jefes militares, en cambio, se admite, indistintamente, dolo, negligencia e ignorancia deliberada.

Desde los juicios militares por los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, la teoría de la responsabilidad en Derecho Internacional Penal ha ido fluctuando su contenido y modo de atribución. En ese entonces, había fuertes presunciones acerca del conocimiento con base en las actividades peligrosas (deber general) y el cargo oficial (deber concreto). Básicamente, la razón consistía en que el carácter extraordinario de los hechos criminales que se estaban juzgando justificaba la ampliación de los límites para imputar penalmente a los acusados. Durante la experiencia de los tribunales *ad hoc* en los años 1990, si bien la atribución de responsabilidad seguía consistiendo en reglas severas, se produjo un alejamiento de algunos aspectos de las justificaciones de aquéllos precedentes. Esta tendencia se acentuó aún más en el Estatuto de la CPI produciendo un déficit en materia de imputación por crímenes internacionales. Esta impresión constituye nuestro punto de partida.

En orden a esquematizar el presente artículo, primeramente, desarrollaré la interpretación actual de la responsabilidad por crímenes internacionales. Allí demostraré que conforme el estándar predominante, la Corte Penal Internacional aplica un umbral bastante alejado de la interpretación tradicional del Derecho Internacional Penal previamente reseñada y existen buenas razones para considerar que el estándar actual de responsabilidad penal por crímenes internacionales es *subinclusivo* ya que, salvo para el jefe militar (art. 28.a ER), no se admite la ignorancia deliberada. Esto no debería ser así porque excluye una gran cantidad de casos sin una razón relevante, entre

² AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. E. Malarino, Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, p. 74.

³ Estas tres dimensiones de la responsabilidad, según Ambos, pueden ser consideradas como principios generales de derecho penal internacional universalmente reconocidos, más allá de su consagración textual en los arts. 25, 28 y 30ER. Cfr. AMBOS, Kai, *supra* nota 1, p. 22.

ellos a los jefes civiles (art. 28.b ER) y quienes cometen los crímenes de propia mano, ayudan o los instigan (art. 25 ER).

En segundo término, se delimitará cuáles son las objeciones a tal subinclusión. En este contexto, el argumento central de este trabajos se identifica en que existe un problema jurídico con consecuencias prácticas lamentables, puesto que la interpretación *subinclusiva* se contradice con la premisa central del Derecho Internacional Penal que consiste en la rendición de cuentas, dado que este estándar ciertamente asegura la impunidad de una porción considerable de agentes que han colaborado con la causación de los crímenes internacionales, sin que haya motivos razonables para tal exclusión.

En tercer lugar, se brindarán los motivos para incluir a la ignorancia deliberada como base de la imputación subjetiva en Derecho Internacional Penal. Puntualmente, entiendo que la ignorancia deliberada debe formar parte de los estados mentales atribuibles a título de dolo, además de a los jefes militares, a todos los autores, partícipes e instigadores acusados por la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte resistencia dogmática a esta posición bajo el fundamento de que el art. 30 ER, al establecer la *mens rea* y requerir conocimiento e intención, excluye tácitamente tanto la negligencia como la ignorancia deliberada.

Así, en cuarto lugar, frente a este problema se analizarán críticamente algunas soluciones disponibles en la literatura jurídica. Por una parte, algunos autores proponen la actualización de la dogmática a través de una reinterpretación teórica de la noción de dolo comprensiva, alternativamente, de conocimiento (e intención) e ignorancia deliberada. También, encontraremos posiciones que sugieren que la ignorancia deliberada puede ser equivalente e incluso reemplazar al conocimiento tradicional. Las principales objeciones a estas propuestas radicarán en el principio de legalidad, tanto formal como material y, concretamente, la prohibición de analogía *in malam partem*.

Por lo expuesto, se investigarán otras alternativas. Así, en quinto lugar, indagaré si es posible considerar a la ignorancia deliberada como un indicio de conocimiento en sentido meramente probatorio, de modo de no alterar el elemento mental de *lege lata* ni *lege ferenda*, ni violar el principio de legalidad. Es decir que, en lugar de seguir analizando el problema desde el derecho de fondo, lo haremos desde el campo del procedimiento y la prueba. No obstante, si bien este argumento procesal parece muy bueno para la mayoría de los casos, continúa siendo una manta corta porque no comprende algunos supuestos en los que el tipo penal exige algo más que el dolo general (por ejemplo, dolo específico, elementos subjetivos distintos del dolo, etc.). En este sentido, puede

considerarse a la ignorancia deliberada como evidencia circunstancial del conocimiento general, pero resulta muy forzado extenderlo para probar otras motivaciones subjetivas requeridas por los elementos específicos de algunos actos subyacentes dentro del elenco de crímenes internacionales,⁴ que no son pocos.

En sexto y último lugar, en la búsqueda de otra propuesta que cubra todos los escenarios, tanto los que exigen dolo general como los demás, existen algunos doctrinarios que proponen, para casos domésticos, que los supuestos de ignorancia deliberada sean resueltos de igual modo que las acciones libres en su causa. Es decir, del mismo modo que es responsable quien comete un delito en estado de inconsciencia provocada por una acción previa y voluntaria, en la ignorancia deliberada también se debe responder por toda decisión dolosa de no informarse que sea anterior al hecho. Por ello, el último aporte consiste en establecer los fundamentos por los cuales se puede trasladar esa solución de dogmática común hacia los crímenes internacionales.

Una conclusión identificará las principales proposiciones que aquí defenderé.

II. Interpretación estándar del derecho aplicable sobre la responsabilidad penal individual en el derecho internacional penal

De acuerdo con el sistema de fuentes que constituye el Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, los modos de responsabilidad penal individual están regulados *-numerus clausus-* en los arts. 25(3) y 28 ER.⁵ El art. 25(3)(a) ER establece tres formas de autoría: directa (“por sí solo”), co-autoría (“con otros”) y mediata (“por conducto de otro”). En los *sub* párrafos (b) y (c) se consagran otros modos de participación criminal, que suponen distintos niveles de responsabilidad, tales como “ordenar”, “solicitar” o “inducir”. Estos tres verbos incluyen la instigación *-sub* párr. (b)-⁶ y cualquier otra forma de complicidad: colaboración, asistencia, ayuda o encubrimiento, con el

⁴ La CPI ha analizado desde hace más de una década conductas desplegadas con dolo específico ya desde el caso *Al Bashir*. En la Segunda Orden de Arresto de *Al Bashir* se estableció que éste obró con dolo específico de destruir parcialmente a los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa, de conformidad con los criterios asentados por la Sala de Apelaciones respecto de la Primera Orden de Arresto. Cfr. CPI, SCP I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, Orden de arresto, 12/7/2010.

⁵ AMBOS, K., “Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista De Derecho (Coquimbo)*, n° 8, 2001, pp. 199-229. Disponible (en línea): <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2185>.

⁶ Efectivamente, la versión en lengua francesa del Estatuto de Roma refiere a “sollicite ou encourage” utilizando, entonces, una forma de instigación que expresa el término inglés “induce”.

fin de facilitar -*sub párr. (c)-*. Todas estas contribuciones y aportes son comisivos y requieren una conducta activa por parte del agente.

Por su parte, el art. 28 ER criminaliza las omisiones del superior jerárquico⁷ y distingue expresamente el mando militar del civil.⁸ Esta clasificación responsabiliza al comandante militar por tres alternativas: conocimiento (dolo), *hubiere debido saber* (ignorancia deliberada) y negligencia. En cambio, el jefe civil responde únicamente por conocimiento⁹ y solo puede ser acusado cuando ignore “conscientemente la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o se proponían a cometerlos” -art. 28(b)(i) ER-.¹⁰ Así, en la responsabilidad de mando se imputan las infracciones a la norma que conmina al comandante a actuar, es decir, cumplir con los deberes en función de la posición de garante originada en su cargo jerárquico. Primordialmente, esta forma de atribución comprende omisiones, por consiguiente el jefe militar puede ser imputado, ya sea por la ausencia de control sobre sus subordinados, o bien por no prevenir ni reprimir la comisión de los crímenes en curso.¹¹

Los presupuestos del factor subjetivo general están previstos en el art. 30 ER, que exige que, para ser penalmente responsable, una persona deberá actuar “con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen” en cuestión. No obstante, la fórmula de “conocimiento e intención” no fue siempre pacíficamente aceptada.¹² Durante los trabajos preparatorios del Tratado

⁷ CPI, SA, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal, 8/6/2018, párr. 5.

⁸ Si revisamos las normas previas al Tratado de Roma, tales como los IV Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo Adicional I de 1977, no se observa esta diferenciación; cuestión relevante si deseamos rastrear los antecedentes y evolución de esta norma en dichas fuentes consuetudinarias, ya que resultan de vital importancia para las leyes y usos de los conflictos armados.

⁹ Esta distinción entre militares y civiles fue bastante criticada por varias de las delegaciones en las negociaciones de Roma.

¹⁰ El art. 28 ER establece distintos criterios subjetivos para militares y civiles; el estándar *hubiere debido saber* (“should have known”) se aplica a los comandantes militares pero no a los jefes civiles. Van Sliedregt afirmó que la distinción del elemento cognitivo entre jefes militares y civiles va en contra de precedentes que reflejaron derecho consuetudinario internacional acerca de los principios de la responsabilidad del superior, tales como los casos *Celebici* y *Kayishema*. *cfr.* VAN SLIEDREGT, E., *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 201-202.

¹¹ AMBOS, K., *supra* nota 6.

¹² En febrero de 1997 el Comité Preparatorio se inclinó por la fórmula acumulativa, que efectivamente fue adoptada en la Conferencia de Roma de 1998, bajo el fundamento de que un agente no puede realizar una acción o causar un resultado intencionalmente a menos que tenga también conocimiento de las circunstancias en las cuales esa acción o consecuencia fueron efectuadas. *Cfr.* PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., “Article 30. Mental element”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed, C.H.BECK-Hart-Nomos, Munich, 2016, p. 1117.

de Roma se discutió si estos componentes del dolo eran conceptos disyuntivos o conjuntivos.¹³ En efecto, los términos “conocimiento” e “intención” podrían considerarse dos tipos distintos de elemento mental.¹⁴ Sin embargo, de conformidad con los precedentes iniciales de la CPI y la doctrina, la fórmula se refiere a ambos como integrantes necesarios de la *mens rea*.¹⁵ Por tal motivo, la acumulación aseguraría que, a pesar de que el conocimiento de una circunstancia particular sea un elemento del crimen, el sujeto no puede ser penalmente responsable, a menos que los otros elementos materiales sean cometidos también con intención¹⁶ de conformidad con la interpretación de la norma referida.¹⁷

Entonces, cada crimen internacional requiere tanto la intención (de participar en la línea de conducta) como el conocimiento (de las consecuencias y circunstancias) de los elementos materiales que lo constituyen.¹⁸ En este sentido, entiendo que la redacción del Estatuto resulta desafortunada porque excluye un elenco importante de opciones de imputación. Al respecto, KLAMBERG explica que en sistemas penales del *common law* el conocimiento puede ser incluso un tipo de intención (probabilidad cercana a la certeza); en la tradición romanista el conocimiento es un requisito que va junto con la voluntad para hablar de intención. En el derecho penal comparado, el conocimiento se encuentra comprendido en la intención, ya sea como parte o como una forma de él.¹⁹

Hay autores que sostienen que el art. 30 ER consiste en una norma dinámica, ello pues su aplicación opera excepcionalmente,²⁰ es decir que es una cláusula por *default* porque se utiliza cuando los crímenes en particular no prevén un elemento subjetivo específico.²¹ VALLINI la denomina “cláusula de reserva”, porque se aplica solo cuando no hay otra norma en el sistema de

¹³ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, Compilation of Proposals, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996), p. 92.

¹⁴ KLAMBERG, M. (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Bruselas, 2017, p. 314.

¹⁵ CPI, SCP I, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30-9-2008, párr. 529.

¹⁶ Pigaroff y Robinson han especulado con que esa fórmula legal es el producto de la negociación del tratado y que habría sido importado de otros instrumentos internacionales, tales como los IV Convenios de Ginebra de 1949, o bien, que ciertas delegaciones deseaban despejar dudas acerca de la naturaleza intencional de los delitos previo a acceder a su inclusión en el Estatuto. Cfr. PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

¹⁷ CPI, SPI VI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359-tFRA, Judgment, 8/7/2019, párr. 735.

¹⁸ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

¹⁹ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 314.

²⁰ *Idem*.

²¹ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1118.

fuentes que se ajuste mejor al caso concreto.²² Esto significa que el art. 30 ER, como toda norma general, se aplica siempre que no exista otra específica que la desplace. Puntualmente, se ofrecen tres supuestos en los que ello ocurre:²³ el dolo especial del genocidio,²⁴ los elementos subjetivos distintos del dolo de algunos actos subyacentes²⁵ y la negligencia del superior jerárquico²⁶.

Ahora bien, el art. 30 ER tiene varias partes. Su párrafo (1) señala que los elementos materiales²⁷ de los crímenes deben ser desplegados dolosamente, con conocimiento e intención,²⁸ pero no define exactamente a qué se refiere con elementos materiales. Esto es parcialmente subsanado en los incisos siguientes, al asignar distintos niveles de culpabilidad para cada uno de los elementos materiales del crimen. ROBINSON señala que ello mejora la precisión de la definición del delito, proporciona una advertencia apropiada de la prohibición penal y reduce las posibilidades de una interpretación extensiva.²⁹

El párrafo (2) define el elemento volitivo del dolo al establecer que la intencionalidad sucede cuando el sujeto *se propone* incurrir en una conducta o, en relación con una consecuencia, *se determina* a causarla o *se representa* que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos. El individuo será responsable tanto por el disvalor de su conducta (acciones y omisiones), como por los resultados (las consecuencias).³⁰

El párrafo (3) conceptualiza al elemento cognitivo del dolo como la *conciencia* de que existe una circunstancia o que va a producirse una consecuencia en el curso normal de los eventos. Por lo tanto, la norma consagra el siguiente estándar general: excepto los tres supuestos ya referidos,³¹ el

²² VALLINI, A., “El mens rea”, en AMARI, E. *et al.* (coords.), *Introducción al derecho penal internacional*, trad. Yezid Viveros, Giuffré, Milán, 2009, p. 181.

²³ AMBOS, K., *supra* nota 6.

²⁴ La intención de destruir desplaza al dolo general. *Cf.* VAN DER VYVER, J., “The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in International Criminal Law”, 12 U. Miami Int’l & Comp. L. Rev. 57 (2004), p. 71; Además, TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 538-40, 543-44, 724, 2/9/1998; *Prosecutor v. Ignace Baglishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, 60, 7/6/2001.

²⁵ Agrega un requisito al dolo general, no lo reemplaza, por ejemplo, el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado. Ver más en VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 100; OLÁSOLO, H. y CUENCA CURBELO, S. (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 110.

²⁶ La omisión del jefe puede ser con o sin intención.

²⁷ Las conductas descriptas en los arts. 6 a 8 bis ER, sus consecuencias y toda otra circunstancia objetiva que deba acreditarse.

²⁸ Por ejemplo, el verbo típico, condiciones objetivas de punibilidad, modalidades comisivas de tiempo, modo y lugar, características de los sujetos pasivos o activos, etc.

²⁹ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 315.

³⁰ CPI, SPI IX, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Judgment, 4/2/2021, párr. 2695.

³¹ Dolo específico, elemento subjetivo distinto del dolo y negligencia del superior jerárquico.

sujeto será responsable dolosamente siempre que tuviese conocimiento e intención de su conducta, circunstancias o consecuencias.³²

Con relación al grado de conocimiento, la CPI ha sostenido que el art. 30 ER no daría lugar a ningún estándar de *mens rea* por debajo del umbral del conocimiento de las consecuencias en términos de certeza práctica.³³ Sin embargo, CASSESE y GAETA opinan que hay otras formas de asunción consciente del riesgo en relación con el resultado que en derecho penal satisfacen los estándares de dolo, por lo que podrían cumplir con el requisito del art. 30 ER.³⁴ LIÑAN agrega que esta discusión de la doctrina, en torno al grado de conocimiento, pendula entre la “asunción del riesgo” y la ignorancia deliberada.

Por su parte, la intención abarca el deseo del resultado pero además un extremo cognitivo. Esto plantea una reflexión sobre qué tan probable debe ser esa consecuencia para quedar capturada en la fórmula “ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos”. Si tomamos en cuenta que la certeza es una cuestión de grados de probabilidad y que es prácticamente imposible tener certeza plena sobre las consecuencias de nuestras acciones, la ocurrencia de una consecuencia derivada de un acto concreto será altamente probable³⁵ conforme al sentido común³⁶ o al estándar causalista de “curso normal” que distingue entre certeza virtual y mera probabilidad.³⁷

³² CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges, 15/6/2009, párr. 355.

³³ *Ibidem*, párr. 359; SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, 5/4/2012, párr. 1011; CPI, SA, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Public redacted Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1/12/2014, párrs. 441 y ss.

³⁴ CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29/1/ 2007, párrs. 352 y ss; Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, *supra* nota 16, párr. 251.

³⁵ En este momento quizás resulte confuso estudiar el estado mental a partir del abordaje de cursos normales porque lo primero es psicológico y lo segundo es fáctico. No obstante, lo que puede aclarar la cuestión es que debemos limitarnos a la normativización de la representación agencial de ese curso normal.

³⁶ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1122.

³⁷ La noción de “curso normal” requiere analizar dos conceptos: certeza virtual y mera probabilidad/riesgos improbables. En la célebre obra de Triffterer y Ambos se señala que la jurisprudencia ofrece estos dos criterios respecto del grado de probabilidad exigido por la CPI. Por un lado, parece claro que el dolo, tanto de propósito como el indirecto, abarcan las consecuencias conocidas cercanas a la certeza (“prácticamente seguro”, “sustancialmente cierto”), *cf.* CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 362). Por otro lado, parecería que los riesgos improbables o las meras posibilidades no podrían satisfacer el estándar de “ocurrirá”. Es por esta justa razón que a menudo se ha dicho que la imprudencia y el dolo eventual no están incluidas en el Estatuto de Roma, ya que comprenden, precisamente, estas meras posibilidades; *cf.* WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 154–155; CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp 382–383. Véase: BADAR (2009) 12 NCLRev 433 pp. 451–452; WEIGEND (2008) JICJ 471, pp. 482–484; CASSESE,

Ahora bien, el ER establece un estándar específico para la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores. De conformidad con el art. 28(a) ER la responsabilidad del superior comprende escenarios cognitivos del comandante que van más allá del conocimiento y la intención, llevándolo hacia la negligencia y, más al extremo: el “hubiere debido saber” (*should have known*) o ignorancia deliberada.³⁸ Esto implica, ni más ni menos, una posición de garantía que reviste al jefe militar, quien se encuentra obligado a tomar medidas para mantenerse informado de las actividades de las tropas bajo su mando, autoridad y control,³⁹ a efectos de prevenir, impedir o sancionar los crímenes perpetrados por sus soldados.⁴⁰ Si el comandante omite accionar en esas 3 direcciones se gatilla su responsabilidad por el obrar de sus subordinados, siempre que se satisfaga el requisito probatorio de que el superior haya sabido o haya tenido razones para saber que sus soldados estaban cometiendo crímenes o que iban a cometerlos.⁴¹

A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 915–916; CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párrs. 357–359; SPI I, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, *supra* nota 34, párr. 1011). Lo anterior apunta a la conclusión de que lo dirimente, aquí, es la estructura interna del riesgo. Si es un riesgo sustancialmente cierto (certeza virtual) la conducta satisface el umbral subjetivo. De tal modo, el criterio objetivo podría sostenerse de la siguiente manera: si el peligro era prácticamente imposible será insuficiente para formular la imputación, tal como se expidió la Corte en el caso *Bemba Gombo*, al establecer que la mera posibilidad no puede satisfacer el estándar “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”, *cf.* CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 363.). En el caso *Katanga*, la CPI también se inclinó por la tesis de “certeza virtual” (CPI, SPI II, Prosecutor v. Germain Katanga, No. ICC-01/04-01/07-3436, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, 7/3/2014, párrs. 770–779). En este escenario, Pigaroff y Robinson opinan que el parágrafo 3 del art. 30 ER indica que toda la discusión sobre el conocimiento deriva en que la consciencia agencial de que una circunstancia existe es una cuestión de grados (más o menos probable). El fundamento de este enunciado yace en que muchos sistemas jurídicos del mundo incluyen dentro de este factor mental los supuestos en los cuales, por ejemplo, una persona sospecha mucho del verdadero estado de las cosas, pero deliberadamente evita seguir los pasos para determinar la validez o no de su percepción, o voluntariamente cierra los ojos frente a una fuente obvia de conocimiento. Un criterio subjetivo, por el contrario, afirmará que el riesgo podría bastar si el acusado lo aceptó o estuvo de acuerdo con el conjunto de circunstancias, de un modo similar al funcionamiento del dolo eventual. Esta doctrina fue determinada por otra sala de la CPI en el caso *Lubanga Dyilo* (CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *supra* nota 35, párr. 352). De todos modos, en este último caso, el tribunal aclaró que un “riesgo bajo” no es suficiente, pero al ser las consecuencias futuras siempre algo incierto, algunas consideraciones de probabilidad son necesarias (CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *cit.*, párr. 1012). Este precedente parecería sugerir, según Pigaroff y Robinson, que las probabilidades sustanciales pueden satisfacer el umbral.

³⁸ Hay una distinción entre “tenía razones para saber” (contenido en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*) y “hubiere debido saber”, conforme se desprende de los trabajos preparatorios. Ya desde el Protocolo Adicional I de 1976 a los IV Convenios de Ginebra de 1949 para la responsabilidad de mando dichas categorías se consideran estados de imprudencia. No obstante, la del ER es más laxa, por lo tanto es labor de la CPI nivelarla con la primera. *Cf.* METRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 83, 87, 210 y 263.

³⁹ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1118.

⁴⁰ KISS, A., “La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS, Núm. 2016/1, p. 50.

⁴¹ MARCHUK, I., *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative law analysis*, Springer, Copenague, 2014, p. 242.

Según este criterio, el factor subjetivo de atribución para la responsabilidad de mando puede cumplirse en virtud de la ignorancia deliberada como sustituto del conocimiento, en función de existió una conciencia de la alta probabilidad de la existencia de un hecho determinado, a menos que el comandante realmente crea que el hecho no existe.⁴² Esta forma de atribución de responsabilidad por omisión es única en el derecho penal, porque se castiga al comandante por no impedir los hechos cometidos por sus soldados y por perder el control sobre ellos, siempre que sea posible conservarlo.⁴³ En síntesis, los tres elementos que originan la responsabilidad del comandante militar son: la existencia de relación superior-subordinado, el conocimiento o ignorancia deliberada del superior sobre los crímenes de sus tropas, el incumplimiento del superior de sus deberes de prevenir y sancionar los crímenes.⁴⁴

Distinto es el supuesto de negligencia criminal del superior jerárquico civil, tal como prescribe el art. 28(b) ER al requerir que éstos hayan sabido, o bien, hayan descartado conscientemente la información que claramente indicaba la comisión de los crímenes por parte de sus dependientes.⁴⁵ La atribución de responsabilidad al superior civil es más indulgente que la del superior militar, ya que éste tiene el deber de establecer un sistema de disciplina militar⁴⁶ que lo mantenga informado y le brinde los recursos idóneos para tomar medidas.

⁴² Código Penal Modelo, American Legal Institute, § 2.02; PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 535.

⁴³ ROCHA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, vol. 6, pp. 9-58.

⁴⁴ PERES-LEON ACEVEDO, J. P. (2007), “La responsabilidad del superior”*sensu stricto*” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 5(10). Disponible (en línea): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13962>. Ver además en el caso *Bemba* la Sala, apoyándose en la teoría del riesgo, estableció que debe existir algún tipo de causalidad entre la falta de supervisión del superior y los crímenes específicos cometidos por sus subordinados. Esta omisión debió haber aumentado el riesgo (Ambos, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso ‘Bemba’”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011, p. 28). Podemos elucubrar qué pudo haber pasado si el comandante actuaba debidamente. Al respecto, Sancinetti opina que a veces el curso hipotético explica la importancia del curso real, es decir, qué pudo haber pasado si el comandante en vez de omitir, cumplía con el imperativo legal de su posición de garante. *Cfr.* Sancinetti, Marcelo, “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011, p. 532.

⁴⁵ FENRICK, W., Responsibility of commanders and other superiors, in CASSESE, A. *et al.* (eds), *supra* nota 38, p. 517.

⁴⁶ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1119.

III. Problemas de la *subinclusión*

Como he adelantado, considero que el marco jurídico aquí analizado resulta problemático. En efecto, podría argumentarse que de interpretarse de manera estricta, solo los comandantes están obligados a informarse. Por lo tanto, al no haber un deber normativizado expresamente para los demás agentes, éstos podrían alegar que tienen derecho a desconocer incluso en los supuestos en los que han hecho un esfuerzo por no saber algo que era a todas luces evidente o claramente impermisible, con base en el principio de reserva y de legalidad en sentido amplio, y así evadir su responsabilidad penal. Ello así pues si defendemos que los participantes sin cargo jerárquico no poseen la obligación general de informarse, sobre si su conducta derivará o no en resultados criminales, podría ser equivalente, de mínima, a otorgarles un derecho a desconocer y, de máxima, puede constituir un “premio” a no saber, también en los casos en los que el sujeto contaba con la posibilidad material de realizar un mínimo análisis acerca de la licitud de la situación. Por todo ello, se analizarán aquí distintas razones por las que esta posición restrictiva debería abandonarse.

En primer lugar, si bien el Estatuto no exige expresamente la obligación de informarse para autores, instigadores y cómplices, luce razonable pensar que es un deber general derivado de la participación en una actividad peligrosa.⁴⁷ Entonces, sí existe una norma de cuidado que consiste en no dañar, entonces informarse para evitar el resultado lesivo forma parte de dicho deber. Eludir el conocimiento no neutraliza la impermisibilidad de dañar a otros. En este sentido, en cuanto a la fundamentación del deber, PUPPE afirma que la obligación de cuidado de todo autor constituye, en la medida que este sujeto lo lesiona, un peligro no permitido del cual parte la imputación objetiva.⁴⁸ Su teoría señala que eso sucede cuando las características del comportamiento del autor son incompatibles con la norma de cuidado, constituidas por medio de sus conocimientos, y se dan plenamente en el verdadero curso causal que explica la real producción del resultado.⁴⁹

Por otro lado, la exclusión de la ignorancia deliberada como *mens rea* para la autoría y otras formas de participación se opone a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Ya desde los juicios militares por los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, se viene construyendo la idea de que es inadmisibles alegar el desconocimiento de que una actividad peligrosa puede derivar

⁴⁷ *Inter alia*: conflictos armados, despliegue de fuerzas de seguridad, operaciones militares, o cualquier otro tipo de acción estatal u organizacional que, con o sin uso de la fuerza, pueda dañar a la población civil u otros bienes o personas protegidos, etc.

⁴⁸ PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, BdeF, Montevideo, 2021, p. 198.

⁴⁹ *Ídem*.

en hechos criminales.⁵⁰ Esto plantea la posibilidad de que exista una norma consuetudinaria o un principio general más inclusivo -y adecuado- que la interpretación actual del estándar del art. 30 ER. Si observamos el trabajo de los tribunales *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha utilizado frecuentemente ese estándar, el concepto de *constructive knowledge* y también la ignorancia deliberada.⁵¹

En efecto, en el caso *Anto Nobile*, por ejemplo, ese tribunal determinó que no es necesario acreditar un conocimiento actual de la ilegalidad si la conducta se llevó adelante con ignorancia deliberada, es decir que es posible probar el requisito de conocimiento si el acusado sospechaba que el hecho existía, o sabía que su existencia era altamente probable, pero se abstuvo de averiguarlo porque quería poder negar su conocimiento. Por tal razón, la Sala interpretó que la culpabilidad en la ignorancia deliberada es equivalente a la del conocimiento actual.⁵² Asimismo, en el caso *RUF* el Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió que, a los efectos de la utilización de niños soldados, la imputación incluía tanto dolo en todos sus grados -directo, indirecto y eventual-, como también ignorancia deliberada (*should have known*), toda vez que el Estatuto establecía que el acusado podía actuar a sabiendas de la probabilidad sustancial de que el crimen se produciría como consecuencia de su conducta.⁵³ Como vemos, una redacción muy afín al art. 30 ER pero con una interpretación judicial menos subinclusiva.

Por último, y tal como se desarrollará en el siguiente punto, la interpretación normativa aquí criticada también contradice la práctica frecuente de los ordenamientos domésticos que, en general, aplican ignorancia deliberada en casos sensiblemente menos graves que los que juzga la CPI y que, naturalmente, no cuentan con comandantes, porque son hechos ordinarios suscitados en tiempos de paz. Todo indicaría que, si este concepto continúa su evolución mundial con este pulso, un pronóstico posible es que se convierta en una regla o principio general de derecho penal.

⁵⁰ Casos tales como *Pohl, Justice, Campo de Concentración Mauthausen, Campo de Concentración Dachau y Farben*, entre otros.

⁵¹ RODRIGUEZ, S., *Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war of terror*, Legal Scholarship Repository, 2014, pp. 721-722. Disponible (en línea): <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1146&context=jil>. Últ. consulta: 28/6/2023.

⁵² TPIY, SA, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-AR77, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 30/5/2001. Disponible (en línea): https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp24-e/aleksovski.htm. Últ. consulta: 28/6/2023.

⁵³ TESL, SPI I, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Judgment, 2/3/2009, párr. 250; ver también: WASCHFORTH, G., "Justice for child soldiers? The RUF trial of the SCSL", International Humanitarian Legal Studies, 2010, p. 201.

IV. La ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva

Un camino adecuado para resolver este déficit de imputación en el ER consiste en considerar a la ignorancia deliberada como un modo de imputación dolosa por crímenes internacionales, en la medida en que esta forma de atribución captura correctamente el estado mental culpable del agente que, por un lado, produce un resultado lesivo y, por otro, se esfuerza por no tomar conocimiento actual. La ignorancia deliberada es un aspecto subjetivo que consiste en la renuncia agencialmente voluntaria al conocimiento -o vías de información- que, de haberlo tenido, habrían dado lugar indudablemente a su responsabilidad dolosa. Esta figura surge del derecho penal comparado, puntualmente, el Tribunal Supremo español suele utilizarla para casos de criminalidad organizada, tales como tráfico de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo, entre otros.⁵⁴ Así, la ignorancia deliberada se configura si se demuestra: 1) decisión de ignorar a pesar de **sospechar**; 2) **posibilidad** o el deber de informarse, y 3) una motivación o **propósito** de beneficiarse del estado de ignorancia (indicio más que requisito).

En el mismo sentido, el derecho anglosajón utiliza la *willful blindness* para imputar a quien “cierra los ojos” frente a indicios reveladores de actividades ilegales o circunstancias sospechosas.⁵⁵ En el precedente *Regina v. Sleep*, de 1861, se asentó que la **decisión** de abstenerse de obtener información merece una reacción penal equivalente al conocimiento efectivo.⁵⁶ En 1899, el *obiter dictum* del caso *Spurr v. United States*, identificó un propósito infractor en el agente ciego ante los hechos, el cual puede presumirse cuando el sujeto se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de la ilicitud, o bien cuando muestra una grosera indiferencia respecto de su deber de asegurar tal circunstancia.⁵⁷

En Latinoamérica por ejemplo, el Código Penal colombiano establece el contenido del dolo que comprende, según María Laura MANRIQUE PÉREZ, una compatibilidad con la ignorancia deliberada por la determinación de la voluntad hacia el delito.⁵⁸ En contra, SOCHA MAZO⁵⁹ pone en

⁵⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 22.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

⁵⁶ Cita tomada de Robbins, en “JCJL”, 81 (1990), p. 196, que expone las referencias originales.

⁵⁷ 174 US 728 (1899), p. 735; LUBAN, D., *Contrived Ignorance*, en Georgetown University Law Center, n° 87, 1999, ps. 967 a 971.

⁵⁸ Cfr. MANRIQUE PEREZ, M., *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 61 y ss.

⁵⁹ SOCHA MAZO, J., *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*. Medellín, 2021. Disponible (en línea): <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29623>

duda que la ignorancia deliberada sea viable en el derecho penal de Colombia, a pesar de que en el año 2000 el Tribunal Supremo de ese país haya empezado a utilizarla, porque el concepto legal de dolo exige el conocimiento y su reemplazo violenta el principio de legalidad. En Argentina, contamos con los casos *Iriart* (2003) y *Storchi* (2009).⁶⁰ En el fallo *Iriart* la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que basta con que el acusado se encuentre en condiciones razonables para poder enterarse y que su negativa de haber tomado conocimiento es irrelevante, porque basta con probar que las circunstancias lo hicieran arbitrar los medios para conocer. En el precedente *Storchi* la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional expresó que obrar de forma contraria a las obligaciones a cargo representa un supuesto de ceguera ante los hechos toda vez que lo evidente es directamente descartado para actuar y ello debe ser considerado como dolo.⁶¹

En la ignorancia deliberada, entonces, hay una falta de representación arbitraria -distinta a la culpa sin representación- que, al igual que en los casos de representación óptima, comunica un desacuerdo objetivo con la regla, pero en este caso por provocación o desafío. Es decir, desde el punto de vista de un observador objetivo, el autor se comporta de un modo desafiante contra la regla.⁶² Por ello, la reprochabilidad no será más o menos grave en razón de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino en la medida de que ese estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente. El efecto comunicativo del apartamiento de la regla es más intenso cuanto más objetivamente previsible resulta, pues el grado de previsibilidad determina cuán orientado está el autor en el mundo.⁶³

Ahora bien, existe una discusión genuina acerca de si esta figura es efectivamente equiparable al dolo. Supongamos un caso de transporte de estupefacientes en el que un cadete transporta droga en su motocicleta. El cadete lo sospecha por el contexto en que se dieron las circunstancias (remitente anónimo, gran pago por el traslado, actitud sospechosa tanto del remitente como del destinatario, zona del itinerario, tamaño del bulto y forma de pago, entre otros). No obstante,

⁶⁰ cit. en HUERGO, M., “Nuevas tendencias en torno al dolo”, Revista Intercambios, UNLP, 2019, p. 13.

⁶¹ Manuela Lopérfido, a través del análisis de jurisprudencia argentina, concluye en que la ignorancia deliberada es pasible de ser empleada en nuestro sistema interno, *vid.* LOPERFIDO, María Manuela, “Delegación administrativa e ignorancia deliberada: la imputación penal subjetiva en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos” en Repositorio Digital de la Universidad de San Andrés. Disponible (en línea): <http://hdl.handle.net/10908/1834>. Últ. Consulta: 22/7/2023. En contra, María Laura Manrique se opone porque -a diferencia de otros ordenamientos- no existe espacio legal para emplearla ya que la única opción sería el dolo eventual, por lo que solo la admitiría como un supuesto de imprudencia.

⁶² PÉREZ BARBERÁ, G., “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, Cuadernos de Derecho Penal N. 6, 2011, pp. 30-31.

⁶³ *Ibidem*, p. 31.

decide continuar el viaje como si nada pasara. En lugar de abrir el paquete o negarse a hacer el viaje, “cierra los ojos” y sigue adelante, porque quiere cobrar el envío (esta es la motivación o finalidad).

Según FEIJOO SÁNCHEZ, si el cadete es detenido no podrá decir que no sabía lo que llevaba en su moto. Ya desde el *leading case United States v. Jewell* quien no sabe exactamente lo que transporta, pero algo sospecha, actúa con dolo respecto de las posibilidades razonables.⁶⁴ El problema es que en realidad no lo sabe con precisión (sabe que es ilícito pero no sabe exactamente qué es: droga, pornografía infantil, dinero para un soborno, documentos falsos). El *quid* del asunto es que debió saberlo porque los datos objetivos lo conminaban a despejar su sospecha de la ilegalidad del hecho pero tomó la decisión de desentenderse: esa es la asunción del riesgo que lo tiñe de intención a pesar de que no esté tan claro que tuviese certeza sobre los hechos.

De acuerdo con ese criterio, entiendo que es posible imputar a los autores y cómplices de crímenes internacionales por ignorancia deliberada. En el caso *Regina v. Finta*,⁶⁵ la justicia canadiense sostuvo que la *mens rea* de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra puede satisfacerse con ignorancia deliberada, si se logra probar que el acusado intencionalmente cerró los ojos frente a los hechos o circunstancias. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también siguió este criterio en el célebre caso *Tadic* al decir que la ignorancia deliberada es equivalente al conocimiento si el perpetrador sabe, si es que no tiene la certeza, que existe al menos la posibilidad de que un delito ocurrirá o que pueden ocurrir las consecuencias por las que sería responsable. Ello así pues esto denota la disposición mental de alguien que no quiere saber lo que en realidad ya sabe o prevé y finge ignorancia para eludir su responsabilidad.⁶⁶ Por lo tanto, el contenido del dolo del autor o partícipe, que no ejerza un cargo jerárquico, ancla su imputación en la decisión de no ejecutar ciertas medidas de prevención, sanción o esclarecimiento de sus sospechas frente a hechos criminales. Esta determinación a no saber constituye los cimientos de su culpabilidad.

Ahora bien, es cierto que podría no existir un deber jurídico concreto de conocer en derecho internacional penal -salvo para el comandante-, como sí lo tienen los sistemas nacionales. No obstante lo cual podemos sostener una normativización del conocimiento que, frente a hechos sospechosos, le impida al sujeto desligarse de responsabilidad alegando el desconocimiento (que el mismo se provocó). El reproche hacia este agente se sostiene en su mala fe al abstenerse de

⁶⁴ FEIJOO SANCHEZ, B., “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, n° 13, 2/2013, pp. 101-138, p. 106.

⁶⁵ R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, 819; see also 1 S.C.R. at 765 (La Forest, J., en disidencia).

⁶⁶ VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 75.

informarse y en la búsqueda de la premiación/impunidad por “mejor no saber”. Por estas razones, el concepto de ignorancia deliberada constituye una excepción al criterio tradicional de conocimiento efectivo, cuando una persona es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un crimen internacional.⁶⁷ Ello así, a menos que verdaderamente crea que el hecho o circunstancia no existen, en cuyo escenario podríamos discutir un supuesto de error de tipo como eximente de responsabilidad (art. 31 ER).

Sin embargo, autores como Kai AMBOS se oponen al uso de la ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva porque lo asocia a las presunciones *iure et de iure* del dolo que sirvieron para imputar a los nazis en función de su cargo jerárquico. Este tipo de presunciones permitieron que los juicios militares se llevaran adelante “simulando” el conocimiento de los acusados, bajo el argumento de la ostensible punibilidad de los hechos investigados.⁶⁸ Es menester señalar que esta objeción no es tal. La ignorancia deliberada no es una presunción de conocimiento sino un indicio de dolo,⁶⁹ que debe ser normativizado para obtener una aplicación estable. Puntualmente, este ensayo no propone que tengamos por acreditada la *mens rea* automáticamente en función del cargo jerárquico del partícipe, sino que se pueda inferirse a partir de evidencia circunstancial y del beneficio obtenido por el acusado al seguir adelante con una actividad que era objetivamente peligrosa y de la cual concretamente sospechaba que era ilegal.

Así, la ignorancia deliberada se distingue de la falta de conocimiento, tomando lo dicho por la CPI: la reacción esperable de alguien que no sabe de los sucesos no es disfrazar los hechos para negar que se hayan cometido crímenes buscando su encubrimiento, sino una sorpresa genuina. Negar y encubrir son maniobras desplegadas con el fin de promover la actividad criminal.⁷⁰

⁶⁷ La probabilidad alta de riesgo se traduce en una aceptación de la comisión del crimen, similar a la teoría del consentimiento *cf.* TPIY, Appeal Chamber, Prosecutor v. Braskic, IT-95-14, Judgement, 29-7-2004, párr. 34 y ss.

⁶⁸ AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁶⁹ Si observamos el caso *Farben* el Tribunal de Nuremberg sostuvo que deben realizarse legítimas y razonables inferencias a partir del hecho de que el acusado ocupó una determinada posición, convirtiendo la presunción *iure et de iure*, en *iuris tantum*, ya que el sujeto puede contrarrestar las inferencias (U.S. v. Carl Krauch et al. (the *Farben* case), reprinted in VIII Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Washington, D.C: GPO, 1949). En cuanto a estas presunciones *iuris tantum* producidas con base en deducciones de los hechos, el tribunal sentenció que al considerar la voluminosa cantidad de evidencia y circunstancias del caso, no debe valorarse la conducta del sujeto *ex post*, sino que debe buscarse determinar su conocimiento, ánimo y motivos tal como sucedió o debió haber sucedido al tiempo de los hechos (Voto del Juez Herbert).

⁷⁰ CPI, SCP I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of charges, 16/12/2011, párr. 126-127.

Ahora bien, no es menos cierto que existen personas perezosas, temerosas o que toman la actitud de un “avestruz” para no tener problemas. Sin perjuicio de ello, solo una mente criminal puede tomar la decisión de encubrir o ignorar voluntariamente la verdad de los hechos, cuya revelación está materialmente a su alcance, con el exclusivo fin de sustraerse de responsabilidad penal. Por ello es que la interpretación actual del dolo resulta una “manta corta” para analizar la configuración de los crímenes internacionales y, por lo tanto, deben estudiarse teorías que revisen el contenido de la *mens rea*. La necesidad de hacerlo radica en que el obrar de estos sujetos es doblemente disvalioso: desean la consumación del crimen y además especulan con salir impunes.⁷¹

Si analizamos la aplicación textual de la ignorancia deliberada en el Estatuto respecto de la responsabilidad de mando, es generalmente aceptada ya que la posición privilegiada de garante que reviste al superior jerárquico también da lugar a la suposición de su conocimiento de los hechos, si es que existe la posibilidad -incluso remota- de ser consciente de los crímenes o del riesgo de su producción.⁷² Por este motivo es que hay buenas razones para atribuir responsabilidad al jefe militar en los términos del art. 28 ER con base en su ignorancia, sea deliberada o imprudente. Pero si acercamos la lupa sobre los fundamentos que informan al contenido de esta tipicidad subjetiva, no hay buenas razones para excluir a otras formas de autoría,⁷³ independientemente de que existen diferencias objetivas en cuanto a la conducta agencial, entre las omisiones del superior y las formas de intervención del art. 25 ER.⁷⁴

Ello así, puesto que la ignorancia deliberada ha sido utilizada de modo consistente en distintos sistemas, tal como fue reseñado. Con claridad se observa que tales vías de atribución subjetiva han alcanzado a todo el elenco de intervinientes en hechos desplegados, no solo de forma mancomunada (por ejemplo, trata de personas u otras formas de criminalidad compleja y organizada), sino también individuales (tales como, casos de contrabando, fraude fiscal o transporte/almacenamiento de estupefacientes, entre tantos otros).⁷⁵ Este estándar parece más compatible con la naturaleza de los

⁷¹ En derecho penal, este tipo de ultraintenciones son más gravemente sancionadas, porque ostentan un mayor desprecio por el bien jurídico, v.gr. homicidio *criminis causae*.

⁷² AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁷³ MARCHUK, I., *supra* nota 42, p. 242.

⁷⁴ Por cuanto éstas reclaman la realización de una acción causalmente positiva por parte del agente, en una posición de autoridad o no, mientras que la responsabilidad de mando implica abstenerse de tomar medidas o no satisfacer el nexo de evitación.

⁷⁵ Tomando en cuenta que incluso en casos de criminalidad doméstica agentes, que ni lejanamente son responsables jerárquicos, pueden ser imputados por la representación remota del riesgo que los conduce a colocarse en una posición de desconocimiento, es decir, la sospecha de que algo ilícito está en ciernes, con mucha más razón deben ser alcanzados por el brazo de la justicia penal aquellos que *ab initio* se involucran en actividades o conductas peligrosas, tales como, un conflicto

crímenes internacionales, pero no es recogido por la CPI. La interpretación actual, entonces, es discutible porque conduce a la impunidad de quienes obran con temeridad subjetiva, es decir, que se abstienen deliberadamente de indagar a pesar de que los medios de conocimiento están disponibles.⁷⁶

V. Actualización y equivalencia

Conforme lo desarrollado hasta ahora, parece evidente la necesidad de revisar la interpretación del umbral subjetivo exigido en el art. 30 ER de modo tal que incluya, además del conocimiento (e intención), las ignorancias dolosas de los hechos, en igualdad de posición. La primera posibilidad que exploraré aquí es equiparar la ignorancia deliberada al dolo.

SÁNCHEZ MÁLAGA recoge precedentes del derecho penal angloamericano para extraer el criterio de que el conocimiento incluye a la ignorancia deliberada.⁷⁷ Por ejemplo, en el caso *Taylor's Central Garages Ltd. v. Roper* (1951) se sostuvo la fórmula “debiera haber sabido” para imputar un delito común, precisamente como el ER lo hace para los superiores militares. Así, el estado mental se encuentra construido por: conocimiento actual (creencia verdadera), conocimiento de segundo grado (ignorancia deliberada) y conocimiento de tercer grado (ausencia de conocimiento por negligencia).⁷⁸ Más aún, para WILLIAMS es esencial la equivalencia entre la ignorancia deliberada y el conocimiento, pero con una aplicación limitada: el agente sospecha del ilícito y es consciente de su probabilidad, pero se abstiene de confirmarlas ya que, de ser cierta su sospecha, podría negar su conocimiento. Esta maniobra tiene como fin engañar a la administración de justicia,⁷⁹ siendo un motivo más para no excluir este factor subjetivo de las formas de reproche.

Pero más allá de lo que pase en algunos ordenamientos nacionales, la definición de dolo del ER para autores, partícipes e instigadores es compatible con la ignorancia deliberada al introducir el término “conciencia”. Notables juristas en este campo, tales como CASSESE, sostienen que la CPI se encuentra habilitada a interpretar que el término legal “conciencia” -*vide* art. 30(3) ER- comprende a la ignorancia deliberada, dado que el art. 30 ER milita su inclusión como una forma de

armado, el uso de la fuerza o la pertenencia a organizaciones con la capacidad de desplegar los crímenes internacionales a los que alude el art. 5ER.

⁷⁶ DE THAN, C. Y HEATON, R., *Criminal law*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 80.

⁷⁷ SÁNCHEZ MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 124-125.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁷⁹ WILLIAMS, G., *Criminal law. The general part*, 2a ed., Steven & Sons Limited, Londres, 1961, p. 159.

conocimiento suficiente a efectos de que el perpetrador no escape al reproche que le cabe a su culpabilidad por cerrar sus ojos ante la verdad, a pesar de la representación de aquellos hechos que simplemente no quiere ver.⁸⁰ En este sentido, el desconocimiento voluntario podría ser equivalente a un asentimiento principalmente porque en ciertos escenarios, como los de la criminalidad en masa, deviene insostenible que el individuo no sospeche. Esta situación puede darse tanto en las intervenciones del art. 25 ER como en las del art. 28 ER, siendo indiferente si el sujeto tiene o no posición de garante u obligación de controlar. Quien se determina a no confirmar o descartar sus dudas o sospechas que se materializan en un daño a terceros debe responder, sin importar bajo qué forma de participación se lo imputa, porque en ambos casos identificamos una mente criminal.⁸¹

CASSESE entiende que éste es el estándar aplicable al interpretar el art. 30(3) ER, cuando desglosa el contenido del concepto conocimiento, porque el Tratado incluye la *conciencia* de que exista una circunstancia o de la *probabilidad* de un resultado conforme el curso normal de los acontecimientos. Por ello, en el caso *Katanga* se dijo que el art. 30(3) ER establece que, respecto de una circunstancia, el conocimiento implica la conciencia del acusado de que ella existe y, en relación con las consecuencias, implica que sepa que ocurrirá en el curso ordinario de los eventos.⁸²

Si aceptamos que la introducción del término “conciencia” en la redacción de la norma es adecuada, nos comprometemos a pensar que el dolo requerido para las participaciones del art. 25 ER y del superior jerárquico civil incluyen la ignorancia deliberada por dos motivos. El primero consiste en que la ignorancia deliberada excluye la mera imprudencia o negligencia (que son impunes según el Estatuto, salvo para comandantes); en segundo término, la ignorancia deliberada tampoco se arrima a las circunstancias eximentes de responsabilidad del art. 31 ER - *vgr.* error de tipo.⁸³

Entiendo que descartar la ignorancia deliberada solo porque el art. 30 ER no la expresa textualmente no es un argumento demasiado sólido, ya que gran parte de nuestra dogmática

⁸⁰ CASSESE, A. *et al.* (eds.), *supra* nota 38, pp. 902, 931-932.

⁸¹ *Cfr.* CHINCHÓN, J., La exigencia de un comportamiento culpable en la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana. Tesis Doctoral (Madrid: Universidad Complutense), p. 174. Disponible (en línea): <http://webs.ucm.es/BUCM/tesis//der/ucm-t29166.pdf>. Últ. consulta: 19/3/2023.

⁸² CPI, SPII, Prosecutor v. Germain Katanga, *supra* nota 38, párr. 778.

⁸³ El TPIY ya ha descartado que la ignorancia deliberada se explique en términos de negligencia porque es una omisión intencional y no una mera infracción culposa. TPIR, Sala de Apelaciones, Prosecutor v. Baglishema, No. ICTR-95-1A-A, Judgment, 3/7/2002, párrs. 32–45; véase además, SPII, Prosecutor v. Kamuhanda, No. ICTR-95-54A-T, Judgment, 22/1/2004, párrs. 601–610; y Prosecutor v. Muvunyi, No. ICTR-2000-55A-T, Judgment, 12/9/2006, párrs. 473–475.

funciona de esta manera, sobre todo en torno a la dogmática de los estados mentales. Pero más allá de eso, asimilar el conocimiento actual que se exige en casos domésticos al requerido en un conflicto internacional entraña una ingenuidad muy grande dado que en contextos masivos es bastante implausible que el agente opere con el mismo detalle de conciencia, acerca de todos los elementos materiales y contextuales, que en un caso ordinario. Aun así, para delitos ordinarios se recepta la ignorancia deliberada de los autores y cómplices y en el ER no. En efecto, la intencionalidad del sujeto activo no debe ser recortada al momento del hecho en sí, sino que el *iter crimins* debe valorarse integralmente, incluso retrotraerse a momentos previos para evaluar comportamientos preexistentes que hayan torcido causalmente su toma de conocimiento. En efecto, STRUIENSEE sostiene que el dolo sólo requiere “la representación de las circunstancias que fundamentan el peligro, no la conclusión de la posibilidad de una lesión”.⁸⁴

Todo esto nos lleva, nuevamente, a cuestionar el contenido del dolo en la teoría del delito. En este sentido, parece problemática la falta de representación de fuentes de peligro en casos de violaciones masivas de derechos humanos, ya que todo el contexto fáctico conlleva conductas riesgosas a gran escala que ponen en alerta a todo el elenco de intervinientes y los conmina a cumplir con la norma genérica de cuidado (no dañar).⁸⁵ Por lo tanto, obrar en estos contextos ignorando la criminalidad de acciones que derivarán en resultados ilícitos implica violar la norma de cuidado en el marco de un riesgo no permitido. Quien se conduce de este modo se desvía de la conducta esperada de una persona razonable en iguales circunstancias.⁸⁶ Esta determinación a no corroborar (voluntad de no informarse) es el factor subjetivo relevante para adjudicar al sujeto el carácter de aceptación a tal “desconocimiento”, ni bien se observa que quien no quiere saber el delito que puede conocer, provoca su propia falta de conocimiento.⁸⁷

Si aceptamos como válido ese análisis del deber de informarse, surge la cuestión de la posibilidad de hacerlo. Más allá de la fuente del deber (normativa, actividad peligrosa, etc.) es crucial determinar si era materialmente posible cumplir con el deber de cuidado, es decir de informarse y no dañar. En el caso *Tadic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia desarrolló una normativización del dolo al considerar suficiente un conocimiento derivado de las

⁸⁴ STRUIENSEE, E., “Exposición y abandono de personas. Los delitos de tenencia”, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 104.

⁸⁵ GARROCHO, A., “Imprudencia y derecho penal internacional: algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 19, p. 15.

⁸⁶ VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 61.

⁸⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R., *supra* nota 55, p. 25.

circunstancias de los hechos, con base en la suposición de que la notoriedad objetiva del carácter criminal de los eventos obliga al autor directamente a reconocer que su actuar es típico y antijurídico, a la luz de la observación de un sujeto promedio razonable.⁸⁸ En esa sentencia, el carácter de autor, cómplice o comandante no fue determinante para la imputación, sino el abordaje razonable del estado mental del acusado y de su culpabilidad, más allá de qué clase de conocimiento e intención hubiese podido ser efectivamente acreditado con prueba directa. Este razonamiento deriva en que, si bien no se crea una obligación de conocer los crímenes, *iuris tantum* se descarta normativamente la posibilidad de que los haya desconocido.

Por cierto, los tribunales *ad hoc* han fallado mayormente en favor de una comprensión cognitiva del dolo y una intención general en cuanto a la realización del plan común del hecho, en el marco de intervenciones múltiples.⁸⁹ Esto establece un criterio de previsibilidad del sujeto que consiste en fijar un “observador objetivo”, es decir, un sujeto de referencia que realice el juicio de riesgo, a quien se le otorga la misma posibilidad de información que tuvo el autor al momento del hecho.⁹⁰ ROXIN no encuentra problemas en dotar al observador razonable y cuidadoso de los conocimientos del sujeto actuante, incorporándolos a la base fáctica del pronóstico de peligro. Es decir, admite los conocimientos del agente concreto en el juicio sobre la peligrosidad objetiva.⁹¹

CHARLOW analizó si la ignorancia deliberada puede reemplazar al conocimiento tradicional.⁹² Este autor explica que generalmente esta sustitución, que apareció por primera vez en la jurisprudencia, es utilizada en derecho penal como un estado mental que satisface el conocimiento requerido por la tipicidad subjetiva. CHARLOW expone que quienes se oponen al reemplazo es porque no tienen en cuenta las distintas modalidades de ignorancia deliberada y por eso fallan en el análisis de los detalles de las diferencias y similitudes entre conocimiento, negligencia y las distintas formas de ignorancia deliberada. Por lo tanto, este autor entiende que las conclusiones que impiden la aplicación no se encuentran debidamente fundamentadas.⁹³ Su aporte puntual estriba en cuestionar por qué nos concentramos tanto en probar el conocimiento de los hechos en lugar de indagar en la culpabilidad de un comportamiento desplegado con ignorancia deliberada. Por eso, él

⁸⁸ AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 84.

⁹⁰ CRUZ MARQUEZ, B., “Imputación del resultado en supuestos de consumación prematura”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *supra* nota 45, p. 126.

⁹¹ *cit.* en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *supra* nota 45, pp. 634-635.

⁹² CHARLOW, R., “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, 70 TEX. L. REV. 1351, (1992).

⁹³ *Ibidem*, p. 1357.

se pregunta cuán censurable es este estado mental y, con base en ello, dónde podemos ubicarlo en la jerarquía de *mens rea*.⁹⁴

De acuerdo con esta perspectiva, conforme a su culpabilidad una persona puede ser imputada si: (1) está al tanto, de muy buena fuente que el hecho existe; o (2) si sospecha que el hecho existe y deliberadamente evita corroborarlo con el fin de evitar la responsabilidad penal que resultaría si realmente supiera. Esta formulación particular de ignorancia deliberada describe un estado mental que, para CHARLOW, es moralmente tan reprochable como el conocimiento y que identifica más estrechamente las formulaciones de conducta que la sociedad pretende penar.⁹⁵ Ni más ni menos, si tenemos una mente culpable, la ignorancia deliberada puede reemplazar al conocimiento a los fines de la imputación subjetiva puesto que los resultados típicos se encuentran alineados con la voluntariedad del sujeto.

Ahora bien, defender que la ignorancia deliberada puede, sin mediar modificación convencional, reemplazar al conocimiento colisiona con aspectos centrales del derecho penal liberal. En primer lugar, la sustitución del “conocimiento” por la “ignorancia deliberada”, puede violentar el principio de legalidad en dos dimensiones. Por un lado, el intento de equiparar la decisión del agente de desconocer los hechos al conocimiento efectivo, es una afirmación basada en un proceso de analogía. Ello se encuentra prohibido en función del principio de legalidad en sentido material o sustantivo, ya que la aplicación de la norma penal debe satisfacer los principios de ley cierta, estricta, previa y escrita.⁹⁶

A los fines de este apartado son relevantes los dos primeros. La certeza de la norma estará dada por su autosuficiencia, es decir, debe contener todos los elementos necesarios para su interpretación y estar exenta de ambigüedad o vaguedad. Por otro lado, el carácter estricto con el que debe ser aplicada la norma consiste en una máxima taxatividad legal e interpretativa y la prohibición de analogía. Esto significa que existe una limitación a otorgarle igual efecto a dos conceptos distintos extendiendo la descripción de uno al otro. En nuestro caso de estudio, extender los efectos de “conocimiento” a “ignorancia deliberada” vulneraría este principio.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1429.

⁹⁶ Este aspecto puede verse complementado por los principios que rigen a la costumbre internacional conforme el sistema de fuentes de la CPI, *cf.* art. 21 ER.

En respuesta a ello, CHARLOW ha sostenido que no hay tal problema, puesto que el “conocimiento” es en sí mismo un término ambiguo, que no tiene efectivamente un contenido fijo ni un sentido limitado, por ello es que el concepto deja la cuestión abierta a la interpretación judicial.⁹⁷ En esa interpretación judicial pueden intervenir varias modalidades de obrar doloso. Por tal razón puede que no logremos probar el conocimiento, pero sí que podamos inferirlo de la clara finalidad del autor y de su deseo de beneficiarse del resultado ilícito. GILCHRIST también dispara en contra de esta alternativa al sostener que cuando los tribunales establecen que la ignorancia deliberada es un sustituto del conocimiento no están interpretando la norma existente, sino que están legislando una nueva;⁹⁸ para lo cual no tienen competencia, lo cual afecta el principio de legalidad en sentido formal.

Sin adentrarnos demasiado en los procesos de creación de normas internacionales, es dable mencionar que cuando los magistrados aplican el Estatuto de Roma deben desplegar un complejo procedimiento intelectual para subsumir los enormes hechos que juzgan, en las amplias normas que integran su sistema de fuentes y su derecho aplicable (art. 21 ER). Si bien no hemos de coincidir con esta crítica de GILCHRIST, parece adecuado mostrar brevemente, que hay más de una objeción a la equivalencia entre conocimiento e ignorancia deliberada, más allá de la prohibición de la analogía *in malam partem*.

VI. Ignorancia deliberada como indicio de dolo

Otra manera de procurar resolver el problema de subinclusión consiste en considerar a la ignorancia de liberada como prueba indiciaria de conocimiento, es decir, abandonar la discusión del derecho penal sustantivo y abordarla desde el campo procesal. Al respecto, corresponde subrayar que los problemas probatorios de los estados mentales en derecho penal -en general- y en derecho internacional penal -en particular- no son una novedad.⁹⁹ Ya desde las negociaciones del Estatuto, algunas delegaciones expresaron preocupaciones en cuanto a las posibles dificultades para acreditar la *mens rea*.¹⁰⁰ Puntualmente, el Párrafo 3 de la Introducción General a los Elementos de los Crímenes, reafirma la proposición básica de que “la existencia de intención y conocimiento *puede inferirse* de hechos y circunstancias relevantes”. Este temperamento, asimismo, fue confirmado por

⁹⁷ CHARLOW, R., *supra* nota 93, p. 1355.

⁹⁸ GILCHRIST, G., “Willful Blindness as Mere Evidence”, 54 Loy. L.A. L. Rev. 405, p. 415 (2021).

⁹⁹ Cabe mencionar que los problemas probatorios no se acotan únicamente al estado mental del sujeto activo, sino también a la materialidad ilícita. Es una preocupación habitual en nuestro ámbito.

¹⁰⁰ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

la CPI en el caso *Bemba*.¹⁰¹ Por lo tanto, el dolo puede probarse a través de hechos y circunstancias indiciarios, pero la cuestión es: ¿qué circunstancias pueden tomarse en cuenta? ¿La ignorancia deliberada es una de ellas?

GILCHRIST concretamente sugiere que debemos considerar a la ignorancia deliberada como un *indicio* de conocimiento y, de este modo, no alterar el elemento mental de *lege lata* ni *lege ferenda*, ni violar el principio de legalidad. En consecuencia, en lugar de seguir analizando el problema desde la parte general del derecho penal, lo hace desde el procedimiento y la prueba. Este argumento no resuelve todos los casos (entre ellos: dolo especial, elementos subjetivos distintos del dolo, etc.) y es por eso que seguiré analizando otras alternativas en subsidio.¹⁰²

Para poder realizar este abordaje corresponde aceptar que los estados mentales, en general, se acreditan con prueba indiciaria extraída de hechos objetivamente observables y que esos hechos se componen de circunstancias relevantes. Una de ellas puede ser la decisión agencial de ignorar hechos criminales que el sujeto puede y debe conocer. Por lo tanto, la ignorancia deliberada puede constituir un indicio del conocimiento y así probar el estado mental doloso.

Ahora bien, es frecuente la relación entre la tipicidad subjetiva y la evidencia indiciaria, entendiendo por indicios a los hechos de los que puede inferirse la existencia de otro hecho (principal), a través de una operación lógica.¹⁰³ Esto es relevante ya que la ignorancia deliberada a menudo sugiere una culpabilidad igual a la de quien actúa con conocimiento efectivo. Si aceptamos la falta de rigor analítico y los límites epistémicos para estudiar el conocimiento, principalmente los del pasado, necesariamente debemos recurrir a la prueba indirecta para probar la *mens rea*.¹⁰⁴ Como cualquier factor subjetivo, el dolo es muy difícil de probar con prueba directa y, por lo tanto, esto nos conmina a extraer de los hechos ciertos indicios de la mentalidad criminal -o no- del acusado. Con más razón la ignorancia deliberada es una condición de la cual los tribunales pueden inferir el conocimiento.¹⁰⁵ En vez de reemplazar al conocimiento con ignorancia deliberada: que la ignorancia deliberada sea la prueba indiciaria del conocimiento real. De ello se deriva, en palabras de GILCHRIST, que si valoramos a la ignorancia deliberada como prueba circunstancial, evitamos los

¹⁰¹ CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 137.

¹⁰² GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 415.

¹⁰³ CAFFERATA NORES, J., La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Córdoba, 6a ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 192.

¹⁰⁴ BROWN, Teneille y MURPHY, "Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States", 62 STAN. L. REV. 1119, p. 1130 (2010).

¹⁰⁵ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 415.

problemas de prohibición de analogía y, adicionalmente, mantenemos las intuiciones que nos llevaron a construir la culpabilidad del acusado.¹⁰⁶

Esta postura no es una novedad. Si rastreamos precedentes, en la disidencia del juez Anthony KENNEDY del caso *United States v. Jewell* de 1976 este magistrado sostuvo que no es correcto sustituir al conocimiento con ignorancia deliberada, pero que es plausible que esta sea su evidencia indirecta. A pesar de que su idea llamó la atención de la doctrina, ningún tribunal recogió el criterio. Esto parece increíble puesto que, pese a sortear la violación al principio de legalidad -tanto en su dimensión adjetiva como sustantiva-, brindaba una solución mucho más convincente.¹⁰⁷ Si la solución procesal prospera, no solo se acredita -indiciariamente- el conocimiento, sino que tampoco hay óbices porque el propósito del agente nunca estuvo en duda, es más, precisamente esto es lo que permite establecer la ignorancia deliberada. Este enfoque requiere un salto cognitivo adicional: para condenar el tribunal debe considerar que la ignorancia deliberada del acusado es un indicio que le permite determinar que el sujeto “realmente sabía”.¹⁰⁸

Sin embargo, alguien podría tener reparos con respecto a la inferencia del conocimiento a través de las circunstancias de la ignorancia deliberada porque intuitivamente puede parecer una expansión punitiva¹⁰⁹ a supuestos no legislados expresamente. GILCHRIST defiende que en verdad esta es una respuesta más razonable frente a la fenomenología de la criminalidad internacional, que acude ni más ni menos que a probar indiciariamente el conocimiento a través de otra información del propio caso, es decir, la ignorancia deliberada del autor.¹¹⁰ Este argumento persuade más aún si reconocemos que, en realidad, casi nunca hay evidencia directa del conocimiento relevante,¹¹¹ sobre todo de un estado mental del pasado. Los indicios suelen ser la única evidencia disponible, principalmente, porque carecemos de acceso directo a la mente del acusado. Tal como afirma VAN DER VYVER, no todos los perpetradores de crímenes internacionales se jactan de sus malas acciones -aunque muchos lo hacen-. Por ello los tribunales deben interpretar el estado mental basándose en prueba indiciaria acerca del conocimiento de los hechos y circunstancias.¹¹²

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 416.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 424.

¹⁰⁹ *Vid.* HUSAK, D. y CALLENDER, C., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, 1994 WIS. L. REV. 29, p. 43.

¹¹⁰ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 426.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 69.

De tal manera, inferimos el conocimiento de la conducta, extrapolando de hechos demostrables las circunstancias que nos permitan llegar a una conclusión sobre la *mens rea* del sujeto. Entonces, la ignorancia deliberada cobra relevancia como medio de prueba: es simplemente el reconocimiento a través de la experiencia de que el conocimiento puede ser acreditado mediante este tipo particular de evidencia circunstancial.¹¹³ GILCHRIST agrega que, a fin de cuentas, cuando queremos calificar un hecho (objetivo o subjetivo) puede haber o no certezas, pero las pruebas carecen de un método epistemológico para determinarlo. Las valoraciones operan a través de la evidencia y el acceso a la verdad objetiva es -en el mejor de los escenarios- indirecto.¹¹⁴

Por lo tanto, si es correcto el argumento de que son igualmente culpables los que conocen que quienes actúan mediante ignorancia deliberada,¹¹⁵ y por “correcto” nos referimos a consistente con los principios, reglas y normas que rigen en derecho penal, entonces podemos esperar condenas en las que la cuestión del conocimiento o la ignorancia deliberada dependa simplemente del grado de evidencia. En efecto, el tribunal podría evaluar la prueba de ignorancia deliberada (evidencia de conocimiento actual o de una alta probabilidad junto con un esfuerzo activo para evitar conocer) y de ello inferir el conocimiento. Esta propuesta sería viable toda vez que el conocimiento es solo una categoría de *mens rea* que configura una referencia para la culpabilidad entendida desde el sentido común, tal como es un estado mental analíticamente cohesivo.¹¹⁶ En este sentido, si la ignorancia deliberada constituye una prueba circunstancial e indirecta, se valida la conclusión de que el acusado efectivamente conocía la existencia del hecho en cuestión: un indicio de su mente criminal.¹¹⁷

De ello se desprende que muchas conclusiones derivadas de la ignorancia deliberada pueden también coincidir con el conocimiento. Así, al calificar un estado mental como conocimiento -entendiendo por ignorancia deliberada la mera, potencial y significativa evidencia de conocimiento- los tribunales pueden superar los problemas de legalidad -formal y material- de la sustitución.¹¹⁸

¹¹³ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 427.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Gardner analiza que en el principio *actus non facit reum nisi sit rea* radica la idea de que no existe un acto culpable sin una mente culpable. Esta afirmación podría sustentar que no hay diferencia moral entre el conocimiento y la ignorancia deliberada porque en ambos casos hay una mente igualmente culpable. *Vide* GARDNER, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 62-63.

¹¹⁶ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 428.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 431.

¹¹⁸ HUSAK, D. y CALLENDER, C., *supra* nota 110, pp. 48-49.

Los efectos jurídicos serían los mismos (determinación de responsabilidad penal) pero con una reducción del costo vinculado a la violación de ese principio.

VII. Acciones libres en su causa

Ahora bien, la propuesta de GILCHRIST resuelve los casos que exigen dolo general, pero no da una solución completa para los casos en los que el art. 30 ER se complementa o es desplazado por otra disposición del Estatuto. Estos son estados mentales más complejos, como una intención especial (*vgr.* genocidio) o un elemento subjetivo distinto del dolo (*vgr.* crímenes de lesa humanidad de embarazo forzado, exterminio, apartheid, desaparición forzada de personas; crímenes de guerra de lanzar un ataque intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertas zonas a cubierto de operaciones militares, etc.). Es decir, el uso de la ignorancia deliberada sigue sin resolver plenamente el problema aquí abordado.

Una posibilidad para afrontar esta dificultad podría ser importada del derecho penal interno; la figura dogmática de la *actio libera in causa*, utilizada para los estados de inconsciencia relativa (en la culpabilidad) se aplica a todos los tipos penales, incluso a los que poseen elementos subjetivos complejos, que es justamente en lo que falla la propuesta de la prueba indiciaria. Tanto la inconsciencia relativa producto de una acción libre como la ignorancia deliberada tienen en común que impiden que el agente, cuya conducta es reprochable, pueda beneficiarse de las causales de exclusión de responsabilidad que él mismo provocó.¹¹⁹ Es por eso que este aporte adicional seduce un poco más que la propuesta de GILCHRIST porque es también aplicable a los puntos ciegos de su teoría: ultrafinalidad y dolo específico.

Algunos autores ya utilizan la teoría de las acciones libres para resolver casos de ignorancia deliberada doméstica. Para JESCHECK y WEIGEND, por ejemplo, lo relevante de ese obrar se basa en el concepto de acto relevante del derecho penal, reconocido en países como Austria, Alemania, Italia y España que incluye un componente de libre determinación de actuar.¹²⁰ De tal modo, si el agente no se informó cuando debía hacerlo, y de todos modos dirigió su conducta hacia un resultado criminal, le son atribuibles dolosamente todos los resultados que ocurran en el marco de esa

¹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 119; RAGUÉS I VALLÉS, R., *supra* nota 55, p. 160; JOSHI JUBERT, Ujala, *La doctrina de la actio libera in causa*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 83- 84.

¹²⁰ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 316.

ignorancia deliberada. La defensa viable frente a ello no será alegar el desconocimiento del acusado, porque ello reforzaría esta propuesta de imputación, sino proponer que su información era incorrecta por razones ajenas a su dominio. Por lo tanto, al igual que el sujeto es culpable de los hechos que acaecen mientras está inconsciente ya que se colocó dolosamente en esa situación, *mutatis mutandi* quien ignora a través de una decisión libre de no informarse responderá por los resultados típicos.

Si bien esta propuesta se adecua mejor a nuestras intuiciones de justicia en relación con las anteriores, FEIJOO SÁNCHEZ señala que de todos modos se aparta de las exigencias de conocimiento del tipo objetivo para la imputación a título de dolo ofreciendo como solución adelantar el momento de la intencionalidad que adquiere relevancia para el derecho penal.¹²¹ Este autor sostiene que este modo de imputación es extraordinario y una especie de dolo por asunción, dado que el sujeto será responsable de su ignorancia deliberada o cuando su falta de conocimiento derive de una grosera indiferencia, porque es este acto el que lo pone en situación de desconocimiento. Este pasa a ser, entonces, el momento decisivo para determinar si el autor debe ser castigado.¹²²

Para poder atribuir ignorancia deliberada como un injusto doloso, FEIJOO SÁNCHEZ afirma que la *actio libera* o el actuar precedente deliberado tendrá que reunir a su vez todas las características que exige el ordenamiento jurídico para poder hablar de responsabilidad dolosa. De este modo, el autor delimita con precisión la forma de excluir supuestos de error e imprudencia. Con este ajuste, considero que él supera algunos problemas de la ignorancia deliberada porque su teoría no lleva a que no se deban imputar indiscriminadamente todos los casos de ignorancia, ni todos los casos, ni todas las conductas.¹²³

VIII. Conclusión

Frente a todo lo desarrollado, es menester señalar que la solución más lineal y prolija sería proponer una reforma al Estatuto de Roma, para que la redacción de su art. 30 incorpore textualmente a la ignorancia deliberada. Hasta que eso suceda, debemos discutir si el estándar actual es adecuado o si, en cambio, es *subinclusivo* respecto de casos que deberían ser criminalizados.

¹²¹ FEIJOO SANCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina judicial”, InDret 3/2015, p. 2

¹²² *Ibidem*, p. 3.

¹²³ *Ibidem*, p. 13.

A lo largo de este trabajo se detalló cómo se construye el sistema de responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional Penal conforme a su dimensión objetiva y cómo esta determina el factor de atribución subjetivo aplicable. Explicué la correspondencia entre las formas de intervención comisivas de autores, cómplices e instigadores con la *mens rea* genérica del art. 30 ER cuya letra exige conocimiento e intención en oposición a la regulación específica para los jefes militares que permite imputarles los crímenes, además de dolo, por negligencia e ignorancia deliberada. Dentro de estas dos categorías excluidas para los primeros, seleccioné el problema de la ignorancia deliberada, no porque la negligencia no sea un asunto interesante para abordar, sino únicamente a los efectos de delimitar el objeto de la presente investigación.

El trabajo central de la primera parte de este ensayo consistió en cuestionar tanto la redacción del art. 30 ER como su interpretación estándar ante la Corte Penal Internacional. De acuerdo con el análisis de casos de ese tribunal quedó claro que en la práctica se excluye cualquier estado mental por debajo del dolo directo compuesto por conocimiento e intención. No obstante, se recuperaron las opiniones de algunos expertos que defienden la posibilidad de satisfacer el umbral doloso con otras modalidades de asunción consciente de riesgo. Para ello, se analizaron los conceptos de curso normal, certeza virtual y mera probabilidad como factores a considerar para calificar los estados mentales.

En tal dirección, reflexioné acerca de la justificación del estándar *subinclusivo*. Así, no se hallaron buenas razones para poder imputar a un jefe militar por su actuar bajo ignorancia deliberada y no al resto de los partícipes; y ello no ocurre porque la responsabilidad del superior jerárquico militar sea más severa, sino porque el factor de atribución de todos los demás sujetos punibles resulta *subinclusivo*. En definitiva, no se les impone el deber de conocer y esto podría ser interpretado como un derecho a no informarse o un premio a no saber.

Consecuentemente, se analizaron los problemas de dicha subinclusión. En general, al no haber una obligación legal para los individuos que no son jefes militares, incluso en los supuestos en que han hecho un esfuerzo por no saber algo que era evidentemente impermissible, permite que evadan su responsabilidad penal por los hechos criminales más graves del catálogo de prohibiciones penales. El primer señalamiento acerca de esta cuestión radicó en que en los derechos internos, para resolver casos domésticos -cuya naturaleza y gravedad son lejanamente comparables con los crímenes internacionales-, sí se utiliza la ignorancia deliberada para reprocharle al autor resultados que debió haber conocido. El segundo tópico consistió en que los tribunales *ad hoc* han utilizado

frecuentemente esta lógica para responsabilizar individuos por su participación en crímenes masivos.

Asentado ello, se desarrolló el marco teórico de la ignorancia deliberada en general, la cual se configura si se demuestra: 1) decisión de ignorar a pesar de **sospechar**; 2) **posibilidad** o el deber de informarse. Si se identifica una motivación o **propósito** de beneficiarse del estado de ignorancia, constituye un indicio más del obrar doloso del autor. En este sentido, en la ignorancia deliberada existe una falta de conocimiento arbitraria que comunica un desacuerdo con las prohibiciones y órdenes de las normas penales, puesto que el autor se comporta de un modo desafiante contra el Derecho. Por ello, el contenido del dolo de estos sujetos se construye a partir de la decisión del agente de no esclarecer sus dudas frente a los hechos criminales siempre que esto sea materialmente posible. Aquí se plantea el problema de si existe o no un deber jurídico concreto de conocer. La obligación de informarse, o de despejar sus sospechas acerca de la ilicitud de los hechos, nace del deber general derivado de dos principios: (a) normas genéricas de cuidado y obligación de no dañar, y (b) participación en actividades peligrosas. La mala fe al no informarse, o mirar para otro lado, en general es correlativa a la búsqueda de premiación por no saber y obtener su impunidad.

En cuanto a las soluciones recolectadas para aclarar estos problemas, se presentó primeramente el argumento de la actualización del contenido del dolo en la dogmática del Derecho Internacional Penal. Una solución intermedia explicará que, repensando la noción de dolo, podemos integrar en la faz cognitiva tanto al conocimiento como a la ignorancia deliberada alternativamente puesto que el sujeto que se determina a no confirmar o descartar sus dudas o sospechas, sobre hechos que dañan a terceros, debe responder sin importar bajo qué forma de participación se los imputa, porque también en estos casos identificamos una mente criminal, al igual que en los que hubo conocimiento actual. La razón central de este argumento se apoya en que obrar en contextos de violencia en masa, ignorando la criminalidad de acciones que derivarán en resultados ilícitos, implica violar la norma de cuidado en el marco de un riesgo no permitido. Quien se conduce de este modo se desvió de la conducta esperada de una persona razonable en iguales circunstancias.

Bajo esta premisa, se estudió de qué forma hay que atribuir dicha responsabilidad. Puntualmente, la normativización del dolo nos permite considerar suficiente un conocimiento derivado de las circunstancias de los hechos con base en la suposición de que la notoriedad objetiva del carácter criminal de los eventos obliga al autor directamente a reconocer que su actuar es típico y antijurídico, a la luz de la observación de un sujeto promedio razonable.

Una alternativa más radical, como la expuesta por CHARLOW, aboga directamente por una opción en la que la ignorancia deliberada pueda desplazar o sustituir al conocimiento en el marco de la imputación dolosa. Esta alternativa consiste en priorizar el análisis de la culpabilidad de un comportamiento desplegado con ignorancia deliberada, en lugar de descartar casos sólo porque se falla en probar el conocimiento de los hechos del modo clásico. Es decir, esta posición propone que la solución aborde cuán reproachable es el estado mental de ignorancia deliberada y, luego, evaluar cómo clasificarlo dentro de los tipos de *mens rea*.

Las críticas a esta propuesta de la actualización radican principalmente en el principio de legalidad, dado que sólo puede sostenerse a través de una interpretación por analogía del dolo y del conocimiento. A raíz de esto, se desarrolló otra alternativa, que en principio parecía superadora, pero que luego también debió ser descartada. De tal manera analizamos la posibilidad de considerar a la ignorancia deliberada como un indicio de conocimiento y, así, sostener el concepto tradicional de dolo sin alterar su contenido (conocimiento e intención), solo modificando cómo probarlo. Este argumento era muy atractivo porque permitía sortear las objeciones a la ignorancia deliberada generadas desde la dogmática y los principios limitadores pero, sin embargo, también debió dejarse de lado.

Ello así puesto que si bien es cierto que la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y circunstancias relevantes, tal como desarrolla GILCHRIST, este argumento no abarca todos los casos. Concretamente, podemos considerar que la actitud del sujeto de mirar hacia otro lado o no confirmar la criminalidad de los hechos pueden ser prueba indiciaria de su conocimiento y, consecuentemente, su obrar doloso, esto funciona solamente para delitos cuya estructura típica requieren únicamente dolo general. En consecuencia, los tipos penales del ER que requieran un dolo específico, como el genocidio, o un elemento subjetivo distinto del dolo, como el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado, no pueden resolverse con esta teoría.

Por tales motivos, se analizó un último aporte. Algunos autores utilizan la figura de la *actio libera in causa* para resolver casos de ignorancia deliberada doméstica. La teoría de las acciones libres se aplica a todos los tipos penales, incluso a los que poseen elementos subjetivos complejos, que es justamente en lo que falla la propuesta de la prueba indiciaria. Tanto la inconsciencia relativa autoprovocada como la ignorancia deliberada tienen en común impedir que el agente, cuya conducta es reproachable, pueda beneficiarse de las causales de exclusión de la culpabilidad que él mismo provocó.

En definitiva, he intentado demostrar que la importancia de revisar las reglas de la responsabilidad por crímenes internacionales estriba en que el estándar actual de la CPI *subinclusivo* permite la impunidad de sujetos que han provocado hechos graves a través de una estrategia que consiste en manipular premeditadamente las vías de información para poder evadir la justicia internacional. Estas conductas son doblemente disvaliosas porque potencian la capacidad lesiva del autor: mayores probabilidades de concretarlo y mayor posibilidad de no rendir cuentas. No obstante lo cual, es cierto que la ignorancia deliberada punza una fibra sensible del sistema jurídico y nos coloca todo el tiempo en la incomodidad propia de una encrucijada entre la apelación de estricto apego a la letra de la norma y la vocación de justicia frente a hechos aberrantes. Por todos los argumentos expuestos es que considero que incluir a la ignorancia deliberada en la *mens rea* del art. 30 ER es necesario no solo porque respeta la política criminal del tratado, sino que se alinea con el sentido de justicia de las personas.

IX. Bibliografía

1. Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

SCP I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, Orden de arresto, 12/7/2010.

SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29/1/ 2007.

SCP I, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30-9-2008.

SCP I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of charges, 16/12/2011.

SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, 5/4/2012.

SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges, 15/6/2009.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

SPI II, Prosecutor v. Germain Katanga, No. ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, 7/3/2014.

SPI VI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359-tFRA, Judgment, 8/7/2019.

SPI IX, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Judgment, 4/2/2021.

SA, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal, 8/6/2018.

SA, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Public redacted Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1/12/2014.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SPI, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 538-40, 543-44, 724, 2/9/1998.

SPI, Prosecutor v. Ignace Baglishema, Case No. ICTR-95-1A-T, 60, 7/6/2001.

SPI II, Prosecutor v. Kamuhanda, No. ICTR-95-54A-T, Judgment, 22/1/2004.

SPI, Prosecutor v. Muvunyi, No. ICTR-2000-55A-T, Judgment, 12/9/2006.

SA, Prosecutor v. Baglishema, No. ICTR-95-1A-A, Judgement, 3/7/2002.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

SA, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-AR77, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 30/5/2001.

SA, Prosecutor v. Braskic, IT-95-14, Judgement, 29-7-2004.

Tribunal Especial para Sierra Leona

SPI I, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Judgment, 2/3/2009.

VIII Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10

U.S. v. Carl Krauch et al. (the *Farben* case), reprinted in Washington, D.C: GPO, 1949.

2. Tratados y otros documentos

Código Penal Modelo, American Legal Institute.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, Compilation of Proposals, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996).

3. Doctrina

AMBOS, K., “Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, Disponible (en línea): <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/48040>. Últ. consulta: 26/10/2022.

AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. E. Malarino, Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

AMBOS, K., “Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista De Derecho (Coquimbo)*, n° 8, 2001, pp. 199-229. Disponible (en línea): <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2185>. Últ. consulta: 26/10/2022.

BADAR, 12 NCLRev 433 (2009) pp. 451–452.

BROWN, Teneille y MURPHY, “Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant’s Past Mental States”, 62 STAN. L. REV. 1119 (2010).

CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, 6a ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

CASSESE, Antonio et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

CHARLOW, R., “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, 70 TEX. L. REV. 1351, (1992).

CHINCHÓN, J., La exigencia de un comportamiento culpable en la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana. Tesis Doctoral (Madrid: Universidad Complutense), p. 174. Disponible (en línea): <http://webs.ucm.es/BUICM/tesis//der/ucm-t29166.pdf>. Últ. consulta: 26/10/2022.

CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dirs.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

DE THAN, C. Y HEATON, R., *Criminal law*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

FEIJOO SANCHEZ, B., “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, n° 13, 2/2013, pp. 101-138.

FEIJOO SANCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina judicial”, *InDret* 3/2015.

GARDNER, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GARROCHO, A., “Imprudencia y derecho penal internacional: algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 19.

GILCHRIST, G., “Willful Blindness as Mere Evidence”, 54 Loy. L.A. L. Rev. 405 (2021).

HUERGO, M., “Nuevas tendencias en torno al dolo”, *Revista Intercambios*, UNLP, 2019.

HUSAK, D. y CALLENDER, C. “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, 1994 WIS. L. REV. 29.

JOSHI JUBERT, U., *La doctrina de la actio libera in causa*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1992.

KISS, A., “La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional”, en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, ZIS. Núm. 2016/1.

KLAMBERG, M. (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Bruselas, 2017.

LOPERFIDO, M., “Delegación administrativa e ignorancia deliberada: la imputación penal subjetiva en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos” en Repositorio Digital de la Universidad de San Andrés. Disponible (en línea): <http://hdl.handle.net/10908/1834>. Últ. consulta: 26/10/2022.

LUBAN, D., *Contrived Ignorance*, en Georgetown University Law Center, n° 87, 1999.

MAIER, SANCINETTI y SCHÖNE (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011.

MANRIQUE PEREZ, M., *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

MARCHUK, I., *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative law analysis*, Springer, Copenague, 2014.

METRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

OLÁSOLO, H. y CUENCA CURBELO, S. (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PERES-LEON ACEVEDO, J. P. (2007), “La responsabilidad del superior”sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 5(10). Disponible (en línea): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13962>. Últ. consulta: 26/10/2022.

PÉREZ BARBERÁ, G., “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, Cuadernos de Derecho Penal N. 6, 2011.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, BdeF, Montevideo, 2021.

RAGUÉS I VALLÉS, R., *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROCHA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 6.

RODRIGUEZ, S., *Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war of terror*, Legal Scholarship Repository, 2014, pp. 721-722. Disponible (en línea): <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1146&context=jil>. Últ. consulta: 26/10/2022.

SANCHEZ MALAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

SOCHA MAZO, J., *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*. Medellín, 2021. Disponible (en línea): <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29623>. Últ. consulta: 26/10/2022.

STRUENSEE, E., “Exposición y abandono de personas. Los delitos de tenencia”, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

TRIFFTERER, O.y AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed, C.H.BECK-Hart-Nomos, Munich, 2016.

VALLINI, A., “El *mens rea*”, en AMARI, E. et al. (coords.), *Introducción al derecho penal internacional*, trad. Yezid Viveros, Giuffrè, Milán, 2009.

VAN DER VYVER, J., “The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in International Criminal Law”, 12 U. Miami Int’l & Comp. L. Rev. 57 (2004).

VAN SLIEDREGT, E., *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford University Press, New York, 2012.

WASCHEFORT, G., “Justice for child soldiers? The RUF trial of the SCSL”, *International Humanitarian Legal Studies*, 2010.

WEIGEND, JICJ 471 (2008) pp. 482–484.

WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009.

WILLIAMS, G., *Criminal law. The general part*, 2a ed., Steven & Sons Limited, Londres, 1961.