

## ORÍGENES DE LA *WILLFUL BLINDNESS* Y SU APLICABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

### ORIGINS OF *WILLFUL BLINDNESS* AND ITS APPLICABILITY ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### ORIGENS DO *WILLFUL BLINDNESS* E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Juan José Alencastro Moya\* y Guillem Torraguitart Muenuera\*\*

Recibido: 16/X/2021

Aprobado: 10/XII/2021

#### Resumen

Desde la aparición de la figura de la *willful blindness* en Inglaterra, este complejo modelo de imputación subjetiva ha sufrido importantes cambios. En esencia, dicha figura permite calificar como dolosas actuaciones en las que el sujeto no conoció ni dominó los elementos del tipo, pero porque previamente había decidido no conocerlos cuando aún le era posible hacerlo. En este sentido, el presente artículo analiza la posibilidad de utilizar la *willful blindness* en los cuatro delitos que son de la competencia de la Corte Penal Internacional (genocidio, agresión, crímenes tanto de guerra como de lesa humanidad) y la utilización que ha tenido esta figura en el delito de lesa humanidad (por ser el único delito donde explícitamente se ha usado) por parte de los tribunales penales internacionales que precedieron a la Corte. Finalmente se presentan algunas conclusiones, así como una serie de recomendaciones de tratamiento jurídico que permitan castigar y sancionar a las personas responsables de infracciones internacionales mediante la *willful blindness*. A fin de conseguirlo se establecen los límites y pautas de interpretación, para que la figura no arroje más sombras que luces en la resolución de problemas judiciales.

**Palabras clave:** Ignorancia deliberada; Mens rea; Corte Penal Internacional; Genocidio; Agresión; Lesa humanidad; Crímenes de guerra

#### Abstract

Since the appearance of the doctrine of “willful blindness” in England, this complex model of subjective imputation has been changing. In essence, what this figure allows is to punish as intentional actions in which the subject did not know or master the elements of the type, only because he had previously decided not to know them even when it was possible. This article analyzes the possibility of using willful blindness in the four crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court (genocide, aggression, war crimes and crimes against humanity), and the use that this figure has had in crimes against humanity (the only type of crime where it has been explicitly used) by international criminal tribunals that preceded the Court. Finally, some conclusions are presented as well as some recommendations for a legal treatment that allows punishing and sanctioning those responsible for international infractions using willful blindness. For this, the limits and interpretation guidelines will be established so that the figure does not cast more shadows than lights in the resolution of judicial problems

**Key words:** Willful blindness; Mens rea; International Criminal Court; Genocide; Aggression; Crimes against humanity; War crimes

\* Juan José Alencastro Moya es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y LL.M. (Master of Laws) en Crimen y Justicia Internacional por la Universidad de Torino (Italia) y el United Nations Crime and Justice Research Institute. Ha trabajado como Coordinador de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la Cruz Roja Ecuatoriana y como asesor en la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General del Estado. Hoy en día es docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Universidad Internacional del Ecuador. Es miembro de la Sociedad Ecuatoriana de Derecho Internacional (SEDI) y Director del Centro “Benjamin Ferencz” sobre uso de la fuerza. Correo electrónico: jjalencastro@gmail.com

\*\* Es abogado por la Facultad de Derecho de ESADE (Universitat Ramon Llull). Después de trabajar una temporada en el Departamento Jurídico de la Joyería TOUS, ejerciendo funciones de prevención de blanqueo de capitales y formación a los trabajadores de la empresa en materia de prevención de delitos, regresó a la universidad para formarse como investigador y profesor de Derecho Penal. Actualmente imparte tres cursos en la ESADE relacionados con el Derecho Penal y al mismo tiempo cursa un doctorado. Correo electrónico: guillemtorraguitart@gmail.com

## Resumo

Desde o surgimento da figura do *willful blindness* na Inglaterra, este complexo modelo de imputação subjetiva tem tido importantes mudanças. Em essência, esta figura permite qualificar como dolosas atuações nas quais o sujeito não conheceu nem dominou os elementos do tipo, mas, porque previamente havia decidido não os conhecer, ainda quando possível fazê-lo. Nesse sentido, o presente artigo analisa a possibilidade de utilizar a *willful blindness* em quatro delitos que são de competência da Corte Penal Internacional (genocídio, agressão, crimes tanto de guerra como de lesa humanidade) e da utilização que vem tendo esta figura no delito de lesa humanidade (por ser o único

delito onde explicitamente se utilizou) por parte dos tribunais penais internacionais que precederam à Corte. Finalmente, se apresentam umas conclusões, assim como uma série de recomendações de tratamento jurídico que permitam castigar e sancionar às pessoas responsáveis por infrações internacionais mediante o *willful blindness*. A fim de conseguir que se estabeleçam os limites e pautas de interpretação, para que a figura não lance más sombras que luzes na resolução de problemas judiciais

**Palavras chave:** Ignorância deliberada; Mens rea; Corte Penal Internacional; Genocídio; Agressão; Lesa humanidade; Crimes de guerra

## INTRODUCCIÓN

En las primeras décadas del siglo XIX, en Inglaterra, se empezó a gestar y a utilizar la figura de la *willful blindness* (traducida comúnmente en español como “ignorancia deliberada”), un modo de imputación subjetiva que abría la puerta a poder castigar a un sujeto como penalmente responsable por una acción u omisión en la que no había tenido conocimiento, pero en la que había tenido suficientes sospechas y pudiendo investigar no lo habría hecho.

La introducción de esta figura en la jurisprudencia inglesa, y posteriormente en la de los Estados Unidos de América, supuso un gran impacto en el ámbito de la imputación subjetiva, pues permitía equiparar el desconocimiento voluntario con el auténtico conocimiento y dominio de los hechos. En definitiva, permitía relativizar el concepto de dolo sin que fuera necesaria su parte cognitiva, es decir, un grado determinado de conocimiento. Para el análisis de la presente figura, y en consecuencia su desarrollo jurisprudencial, este trabajo se divide en tres bloques. En

primer lugar, se analiza el nacimiento de la figura de la *willful blindness* en la cuna de la jurisprudencia inglesa y desde sus primeros precedentes jurisprudenciales, con un triple objetivo: entender los orígenes de la figura, diferenciar la figura de la responsabilidad vicaria y extraer conclusiones críticas sobre la idoneidad o no de su utilización y la confusión que tuvo con otras figuras. En la segunda parte del artículo se estudia los cuatro delitos que forman parte de la competencia material de la Corte Penal Internacional, con el objetivo de descubrir si la figura de la *willful blindness* puede ser siempre utilizada o si, por el contrario, hay delitos que, por su naturaleza y tipicidad, no admiten este complejo modo de imputación subjetiva. Finalmente, en el apartado de conclusiones y recomendaciones, se aporta una visión crítica sobre el uso de la figura por parte de los tribunales penales internacionales (en los delitos que se haya utilizado), a la vez que se propone una serie de recomendaciones que puedan aportar seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos que pretendan aplicar la figura.

## NACIMIENTO DE LA WILLFUL BLINDNESS EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA

La utilización de la figura de la *willful blindness*, ya desde sus inicios, fue polémica, discontinua en el tiempo y dispar en su aplicación. En efecto, a pesar de

que los primeros precedentes parecen situarse en las primeras décadas del siglo XIX (Williams 1961, 157), tuvo que esperarse hasta 1861, en el caso Regina vs.

Sleep (Edwards 1954, 298), para poder equiparar la falta de conocimiento intencional con el auténtico conocimiento. Es decir, se admitió que un estado mental menor al conocimiento era plenamente equiparable al término *knowledge*, y en consecuencia se cumplían las exigencias del *mens rea* (Fernández Budajir 2018, 125-126). Esta decisión permitió la imposición de la misma pena tanto al conocedor de los hechos como al sujeto que no los había conocido, porque había decidido no conocerlos (Ragués i Vallès 2013, 13).

### 1. Primer precedente: Regina vs. Sleep

El primer caso del que se tiene constancia que un tribunal hiciese uso de la figura de la *willful blindness* data de 1861, en el caso Regina vs. Sleep (Robbins 1990, 196). Dicho pronunciamiento judicial analizaba si la conducta de Mr. Sleep era o no constitutiva de haber violado la *Embezzlement of Public Stores Act* de 1697, la cual prohibía vender objetos del gobierno entre particulares. Adicionalmente, como eje central del debate, debe destacarse que, para la comisión del delito, antes de ello se exigía que se tuviese conocimiento de que los bienes en cuestión eran propiedad del gobierno, razón por la cual, si el acusado no contaba con dicho conocimiento, el jurado debía absolverle (Ragués i Vallès 2007, 65)

Una vez que están claras estas premisas, pasamos a exponer detalladamente el caso en cuestión. El protagonista del caso fue acusado de posesión de objetos del gobierno con la intención de venderlos; se trataba de tornillos de cobre que contenían un signo específico (una flecha) que indicaba su pertenencia al gobierno. En este sentido, el jurado que conoció del caso en primera instancia dictó un veredicto de culpabilidad por el cual se condenaba al Sr. Sleep como autor responsable de haber violado la *Embezzlement of Public Stores Act*, que podría equipararse hoy en día a un delito de malversación o de apropiación indebida (Edwards 1954, 298).

No obstante, el señor Sleep decidió recurrir la sentencia dada en primera instancia, con el principal argumento de que debía haber sido absuelto al no tener conocimiento de que los tornillos en cuestión eran propiedad del gobierno. En consecuencia, al ser

exigido por la *Embezzlement of Public Stores Act* conocimiento para la comisión del delito, si no se demostraba tal conocimiento el acusado debía ser absuelto. En otras palabras, la exigencia de conocimiento era un elemento normativo del tipo; de manera que, si este fallaba, no se cumplían las exigencias del tipo penal y, en consecuencia, el acusado debía ser absuelto. Por tal motivo, el juez Willes, quien conoció el caso en segunda instancia, revocó la sentencia anterior y decidió absolver al condenado con esta justificación: “el jurado no ha podido encontrar que el acusado supiese que los bienes eran del gobierno o que deliberadamente decidiese cerrar los ojos ante tal extremo” (Edwards 1954, 298).

Así, sin decirse expresamente que allí se aplicaba la figura de la *willful blindness*, la equiparación del conocimiento a la ausencia de conocimiento provocada ponía en la jurisprudencia, y también en la doctrina, este nuevo modelo de *mens rea*. Por lo tanto, aunque no se creó una figura ni se definió su naturaleza y sus características, sí se utilizó una lógica argumental que permitió expandir el área que abarcaba el término *knowledge*.

En segundo lugar, de las palabras del juez Willes debe extraerse una idea relevante: en caso de que hubiese sido demostrada una actitud de ignorancia deliberada por parte del acusado, es decir, que de manera intencional hubiese cerrado sus ojos ante hechos evidentes, dicha actitud hubiese sido igual de culpable que un conocimiento certero de los hechos. Así, el término *knowledge* ya no abarcaba exclusivamente el conocimiento actual y certero de la comisión de un delito, sino que, de probarse que el acusado se rehusaba a obtener información que podría haber tenido, las consecuencias jurídicas podían llegar a ser las mismas (Fernández Budajir 2018, 128-9). Por ende, el grado de exigencia o precisión del conocimiento se veía relativizado y ya no implicaba únicamente su definición en el sentido clásico.

### 2. Segundo precedente: Bosley vs. Davies

A pesar de que el primer precedente tendría un fuerte impacto en el ámbito de la imputación subjetiva (que no solo se limitaría a Inglaterra, sino que se extendería

a la jurisprudencia estadounidense), deberían pasar casi 15 años para que un segundo tribunal volviese a hacer uso de la *willful blindness*, esta vez en el caso *Bosley vs. Davies*, en 1875 (Edwards 1954, 299-300).

En este caso, se acusó al propietario (licenciataria) de un hotel de haber tolerado partidas ilegales de cartas en su establecimiento, sin contar con la respectiva licencia de juego. En consecuencia, se le hacía responsable de haber violado la sección 17 de la *Licensing Act* de 1872, por haber permitido apuestas dentro de su local (Moak 1877, 199-202). No obstante, el acusado se defendió con el argumento de que él no sabía que en su local se jugaban partidas de cartas ilegales; y quien era la directora de sala añadió que no sólo no lo sabían, sino que el local no había facilitado la baraja de cartas a los jugadores. Dicha versión fue corroborada por los jugadores que fueron sorprendidos en la partida ilegal de cartas.

Por estas razones, el licenciataria alegó que, debido a que la infracción exigía conocimiento a quien se le imputase tal delito, al no contar con dicho grado de conocimiento, la sentencia debía ser absolutoria, pues no se cumplía con las exigencias del ámbito subjetivo. A pesar de dicho alegato, el tribunal decidió condenar al propietario en base a la siguiente lógica: “El conocimiento actual, entendido como ver y escuchar por parte del acusado, no es necesario, pues puede haber determinados extremos de los cuales se puede deducir que él (el acusado) o sus sirvientes habían consentido en lo que estaba pasando [en el local]” (Edwards 1954, 300-1).

En este sentido, el tribunal fue un paso más allá que en la anterior sentencia analizada. En efecto, ya no sólo afirmaba que quien se abstuviese deliberadamente de conocer aquello que podía saber era igualmente culpable como si efectivamente tuviese el conocimiento, sino que además flexibilizaba aún más el término *knowledge*. Este ya no se limitaba a ser un mero conocimiento actual y certero de los elementos del tipo, sino que también abarcaba aquellos casos en los que había existido una tolerancia o connivencia a actuar en una determinada dirección. Por esta causa, debe extraerse la idea de que la presente sentencia, más que desarrollar el concepto de *willful blindness*, sentó las

bases para poder condenar en un futuro a determinados sujetos por acciones realizadas por sus subordinados; vale decir que permitía la responsabilidad vicaria, la que es atribuible a cierto responsable jerárquicamente superior por la negligencia de un subordinado suyo. No obstante, se debe hacer una breve reflexión sobre las diferencias existentes entre los fundamentos que permiten condenar a un sujeto mediante la doctrina de la *willful blindness* y aquellos casos en los que se condena al sujeto en base a una responsabilidad vicaria.

Debe avanzarse que los tribunales, ya en sus primeros precedentes, han mezclado y confundido los términos, al presentarles como sinónimos o como complementos uno del otro. Sin embargo, debe concluirse que ambas instituciones presentan características propias, y, en consecuencia, hechos típicos que separan a la una de la otra. Por un lado, la responsabilidad vicaria permite la condena de un sujeto por acciones realizadas por sus subordinados, al entenderse que el superior jerárquico no ha realizado aquellas acciones tendientes a evitar los elementos materiales del delito; es decir: no ha evitado el *actus reus* del sujeto subordinado.

En otras palabras, la omisión o falta de control efectivo por parte del superior jerárquico, cuando tenía la obligación de conocer, se entiende que es equivalente al término *knowledge*, y en consecuencia se permite su condena penal como si fuese un delito realizado a título individual.

Por otro lado, la *willful blindness* está diseñada para aquellos sujetos que, al albergar la sospecha de que pudieran estar realizando un ilícito penal, deciden voluntariamente no conocer nada al respecto para, en caso de ser descubiertos, defender su impunidad al haber faltado el *mens rea*, es decir, la parte subjetiva del delito.

Así, desde un inicio, se observa una característica diferencial. Mientras en el ámbito de la responsabilidad vicaria tendrem os al menos dos sujetos, el que realiza la conducta delictiva y quien tenía la obligación de haberla evitado, en la *willful blindness* hay un sólo sujeto que decide no indagar más para no confirmar el aspecto subjetivo del delito, es decir, evitar configurar

la *guilty mind*. Asimismo, y estrechamente conectado con el punto anterior, ambas instituciones se diferencian también por el hecho de que, en el caso de la *willful blindness* se reprocha al autor el haber decidido no confirmar sus sospechas cuando la confirmación le era posible. Es decir, se castiga al autor por no haber querido conocer los detalles y particularidades de la acción delictiva cuando le era posible hacerlo. Por el contrario, el sujeto al que se hace responder en base a la responsabilidad vicaria, no necesariamente debe haber tenido sospecha de la conducta de su subordinado; simplemente se le reprocha no haber sido suficientemente diligente en el control de sus inferiores.

Este avance tan significativo será estudiado detenidamente más adelante, cuando se analice el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante también referido como Estatuto de Roma). Así, parecen confundirse los términos *willful blindness*, connivencia, conocimiento de segundo grado y responsabilidad vicaria (Charlow 1992, 1361-3).

En otras palabras, los primeros precedentes de la *willful blindness* no logran instaurar pautas certeras y homologadas para establecer con claridad cuándo este nuevo tipo de *mens rea* puede ser usado o no, ni se definen con claridad cuáles son los elementos que deben probarse desde un ámbito procesal.

De hecho, en las sentencias analizadas no parece que se busca crear propiamente un nuevo tipo de *mens rea* o imputación subjetiva para cubrir las lagunas que deja el término *knowledge*, sino que estas están enfocadas en permitir la condena de aquellos sujetos que o bien han consentido en la comisión del delito o bien, por su posición (principalmente empresarial), deben responder penalmente por las acciones u omisiones de sus subordinados.

Esta vía de acción, a pesar de poder parecer una buena solución por posibilitar que nadie quede impune, es al mismo tiempo peligrosa, pues con ella se llega a considerar igualmente culpable a un sujeto que cuenta con conocimiento pleno de los hechos y a uno que no ha investigado lo suficiente cuando podía o debía haberlo hecho.

### 3. Expansión de la *willful blindness*: desordenada, contradictoria y confusa

#### Redgate vs Haynes

Tuvieron que pasar tan sólo unos meses más para que, en 1876, en el caso Redgate vs Haynes (Edwards 1954, 299-300), el tribunal volviese a hacer uso de expresiones similares a las utilizadas en los casos precedentes sobre la equiparación entre grado de conocimiento certero y abstención deliberada de adquirir dicho conocimiento.

En este caso, se acusaba a un portero de restaurante de haber tolerado partidas ilegales de cartas en el establecimiento donde trabajaba, y en la sentencia se analizó si el propietario del restaurante debía responder también por la tolerancia del juego en sus instalaciones. El tribunal concluyó que podía llegar a imputarse responsabilidad penal al propietario del local si se cumpliera alguna de las dos siguientes premisas: si el propietario “se abstiene deliberadamente de constatar si la partida está teniendo lugar o no”, o si el propietario “se va a dormir y deja a un sirviente al cargo de la propiedad que tenga connivencia con la práctica del juego”. Finalmente, el juez concluyó que “no es necesario que se pruebe un conocimiento actual de que se está jugando. Creo que con demostrar la connivencia por parte del propietario o de la persona encargada es suficiente [para acreditar el *mens rea*]” (Ibíd.).

Por lo tanto, en esta sentencia se reitera la idea de que la abstención de adquirir determinados conocimientos que se podían haber indagado y la posesión actual de conocimiento son dos hechos totalmente equiparables y merecedores de la misma respuesta punitiva. No obstante, también parece desprenderse del pronunciamiento de estas sentencias que aquí realmente se busca poder condenar a un determinado sujeto por actos ilícitos cometidos por otro sujeto. Es decir, en las sentencias analizadas se puede leer más preocupación por la atribución de responsabilidad penal a los propietarios de restaurantes y hoteles por los actos que hayan podido cometer sus subordinados que por desarrollar una teoría en la que se establezcan los criterios concretos y pautas de interpretación para proceder a una equiparación justa entre el desconocimiento provocado y el auténtico conocimiento.

## Somerset vs. Hart

Años más tarde, en 1884, tuvo lugar el caso Somerset vs. Hart (Edwards 1954, 300-2). Al igual que en los casos precedentes, se acusaba al propietario de haber consentido un juego ilegal en sus dependencias. No obstante, tras la práctica de la prueba en juicio, el tribunal decidió absolver al propietario, con el argumento de que la persona responsable de la sala no le había informado en ningún momento de la actividad ilegal. Asimismo, el tribunal concluyó que no había existido connivencia entre el propietario y el trabajador del bar, razón por la cual debía absolverse al acusado.

En este sentido, a pesar de que en el presente caso se dictó una sentencia absolutoria, la equiparación entre conocimiento pleno, connivencia en la comisión del delito e ignorancia deliberada sigue presente en el razonamiento del tribunal. No obstante, si bien ambas sentencias comparten el criterio de equiparar conocimiento e ignorancia deliberada del acto delictual, ambas difieren en que la transferencia de responsabilidad penal del subordinado al jefe/propietario no se hace de manera automática, pues en el caso Somerset vs. Hart se establece que, para que se produzca tal traslado de responsabilidad penal, debe existir una cierta connivencia entre trabajador y propietario o tolerancia por parte de este último en la comisión del delito.

Además, la decisión del tribunal está de nuevo orientada no sólo a una equiparación real entre conocimiento y ausencia de este por decisión del sujeto, sino que también se pretende establecer responsabilidad penal de manera indirecta para permitir el traslado de la responsabilidad penal y, en consecuencia, crear un sistema de responsabilidad vicaria penal.

## Bond vs. Evans

Cuatro años después, en 1888, tuvo lugar el caso Bond vs. Evans (Edwards 1954, 300-1), enmarcado también en la persecución de delitos de tolerancia del juego ilegal de cartas. No obstante, este caso tuvo un papel fundamental, ya que, por un lado, intentó acercar aquellos pronunciamientos previos que eran contradictorios en materia de willful blindness y, por otro lado, intentó establecer los límites de la responsabilidad vicaria. Es

decir, era la oportunidad de los jueces del caso para decidir si optaban por los criterios seguidos en el caso Somerset vs. Hart o si, por el contrario, optaban por seguir la línea jurisprudencial de los primeros precedentes establecidos con los casos Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies. A pesar de sus diferencias, los anteriores pronunciamientos compartían dos características esenciales: la equiparación entre conocimiento y desconocimiento voluntario, y la idea del traslado de la responsabilidad penal del subordinado hacia el jefe/propietario.

Sin embargo, sí existían algunas diferencias. Por un lado, en el caso Somerset vs. Hart se llegaba a la conclusión de que el traslado de la responsabilidad penal del subordinado hacia el jefe no se producía de manera inmediata, sino que, para que existiese tal traslado de responsabilidad, debía existir cuanto menos un cierto grado de connivencia entre propietario y empleado. Por otro lado, en los casos Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies no sólo se equiparaba conocimiento certero y actual con ignorancia provocada, sino que se daba un paso más: se establecían reglas objetivas mediante las cuales se hacía acreedor de responsabilidad penal al propietario por los hechos cometidos por su subordinado, con independencia de que hubiese existido o no connivencia entre ambos (Fernández Budajir 2018, 129). Según esta nueva lógica, si el Ministerio Fiscal conseguía probar hechos objetivos, el *mens rea* se deducía por sí solo, y en consecuencia era posible condenar penalmente. En suma, esta sentencia era decisiva, ya que podía arreglar las discrepancias existentes en los pronunciamientos previos.

En este sentido, los jueces del caso tuvieron que hacer un esfuerzo para tratar de armonizar las resoluciones previas. La conclusión alcanzada fue que difícilmente ambas teorías podían llegar a convivir en armonía; razón por la cual, los jueces establecieron que las primeras sentencias (Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies) eran más acordes al Derecho, en el entendido de que la responsabilidad penal vicaria sí podía transmitirse de manera automática. En consecuencia, se establecía que este era el criterio y lineamiento jurisprudencial que debía seguirse; es decir, una responsabilidad vicaria entendida en sentido amplio y no restringida a la idea de connivencia.

## LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA *WILLFUL BLINDNESS* EN SU JUZGAMIENTO

Una vez revisado el origen de la figura conocida como *willful blindness*, se analizará la posibilidad de aplicarla en los cuatro crímenes internacionales de competencia material de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI); es decir que se hará un ejercicio teórico práctico indagando si es posible utilizar la institución para cubrir el aspecto subjetivo en el delito de genocidio, el crimen de agresión, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. En aras de completar dicho análisis y con el ánimo de brindar un contexto adecuado, se detallarán, en primer lugar y de manera breve, las formas de participación en los delitos anteriormente mencionados.

Al mismo tiempo que se observan los elementos del delito, concretamente aquellos que afectan a la tipicidad, se analizará también la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, concretamente el delito de lesa humanidad, por haber sido el único de los cuatro mencionados en los que se ha admitido expresamente este complejo modelo de imputación subjetiva.

Por tales motivos, en los tres primeros delitos (genocidio, agresión y crímenes de guerra) se profundizará en la posibilidad de aplicar o no la institución, debido a que el estudio jurisprudencial no puede darse al no haber sido utilizada hasta la fecha la institución de la ignorancia deliberada por ningún tribunal penal internacional ni por la CPI. Por el contrario, en el análisis del delito de lesa humanidad, no sólo se reflexionará sobre la posibilidad de que la CPI eche mano de esta institución en un futuro, sino que se adoptará una posición crítica respecto al uso que se ha hecho de ella por los tribunales penales internacionales.

Del análisis de los delitos y de las sentencias de los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI, se extraerán ideas críticas, que se detallarán en las conclusiones y recomendaciones, con el objetivo de brindar mayor seguridad a los operadores jurídicos que deseen utilizar la institución en la resolución de futuros casos penales.

### 1. Autoría, participación y responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma

La Corte Penal Internacional se encarga de juzgar y sancionar a individuos por el cometimiento de los cuatro crímenes ya enlistados (y que se analizarán detalladamente en el siguiente apartado). En otras palabras, la responsabilidad es individual y se deriva de las conductas realizadas independientemente del cargo de la persona, ya que la corte no admite ningún tipo de inmunidad.

En este sentido, el artículo 25 del Estatuto de Roma prevé las formas tradicionales de autoría y participación, es decir la autoría directa o material (25.3.a), la autoría intelectual (25.3.b), la complicidad y encubrimiento (25.3.c), la coautoría (25.3.d), más la instigación al genocidio (25.3.e).

De forma adicional y complementaria al artículo 25, el artículo 28 del Estatuto prevé la posibilidad de encontrar penalmente responsables a los jefes políticos y militares por el comportamiento de sus subordinados (principio de responsabilidad vicaria). De hecho, debido al principio de complementariedad y a las limitaciones de la corte, el estatuto y la corte pretenden juzgar en particular a aquellos máximos responsables por los crímenes de competencia de la corte. Dicho de otro modo, la corte no busca juzgar al soldado o al cabo que ha realizado la materialización, por ejemplo del delito de genocidio, sino que su objetivo es juzgar a los altos mandos políticos y militares que han dado las órdenes para cometerlo, o que, pese a saber que de hecho se llevaba a cabo, no han realizado ningún acto para impedirlo.

En este sentido, el artículo 28.a del Estatuto de Roma establece, a más de las formas tradicionales de autoría y participación, que serán también responsables el jefe militar o quien actúe como tal, respecto de las conductas perpetradas por sus subordinados, si es que “i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas

estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. Además:

28.b) [...] el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) **Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información** que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.<sup>1</sup>

Finalmente, como un complemento a las dos disposiciones indicadas, el artículo 30 del estatuto exige “intencionalidad”, en la que reposan los criterios de intención y conocimiento, en los siguientes términos:

30.2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos [...].

En este sentido, en las decisiones de Lubanga, Bemba y Ngudjolo, la Corte ha establecido que no es posible encontrar responsabilidad penal cuando se compruebe dolo eventual o imprudencia en la conducta, exigiendo en todo caso dolo directo del autor. No obstante, lo interesante es analizar si existe la posibilidad de que los estándares de intención y conocimiento (los denominados elementos cognitivo y volitivo del dolo) puedan ser comprendidos bajo el concepto de la ignorancia deliberada, es decir un desconocimiento voluntario e intencional, provocado exclusivamente por

el sujeto y que sea equiparable al dolo directo. Para cumplir con dicho propósito investigador, se procederá primeramente al análisis de los elementos materiales de cada uno de los crímenes de competencia de la CPI.

## 2. Genocidio

El genocidio, figura que empieza a tomar forma tras la Segunda Guerra Mundial, fue definido de forma vinculante por primera vez en el artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, en los mismos términos que en 1998 se adoptarían en el Estatuto de Roma.

Así, de conformidad con el artículo 6 del Estatuto de Roma, es necesario comprobar la existencia de un grupo protegido, que específicamente deberá ser nacional, étnico, racial o religioso, en los términos desarrollados por los tribunales conocidos como *ad hoc*, particularmente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR), en las decisiones de los casos en contra de Akayesu y Kayishema (Cryer et al 2014, 208-11).

Además de la condición con la que debe cumplir el sujeto pasivo del delito (la pertenencia al grupo), es necesario que los perpetradores realicen específicamente una de las conductas indicadas en el artículo 6 del Estatuto de Roma, en los términos descritos en el documento “Elementos de los crímenes”, que complementa el Estatuto de Roma. Dicho documento incluye dos elementos fundamentales de cara al conocimiento que debe tener el perpetrador para poder ser encontrado responsable de este delito, a saber: el elemento contextual y el elemento mental.

Al respecto, el documento mencionado indica que para todas las conductas constitutivas de genocidio se requiere respectivamente “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”, y “[q]ue el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo”.

<sup>1</sup> Énfasis de los autores.

En un escenario hipotético, un sujeto podría voluntariamente optar por ignorar el elemento contextual, es decir, optar por escoger deliberadamente la ignorancia del contexto genocida pese a que podía conocer bien los hechos que ocurrían. Sin embargo, no parece posible que el elemento mental, conocido como *dolo especial*, pueda ser cumplido por el individuo sin la plena intención de destruir, en todo o en parte, al grupo protegido, una situación que, por ende, también haría presumir el conocimiento del contexto; a menos que se trate, muy improbablemente, de individuos que actúen de forma aislada contra un grupo que está protegido en una forma tal que no se genere conocimiento del resto de participantes sobre el contexto en el que se encuentran. De nuevo, un escenario elevadamente improbable por la complejidad del crimen, que, según ciertos autores, requiere incluso de una estructura para ser cometido (Vest 2007, 781), ya que, en el caso de que se lo considere como un crimen individual, se corre el riesgo de incluir ciertas conductas aisladas que no deberían ser consideradas como genocidio (Cryer et al 2014, 208-9).

Ante este panorama, parece muy improbable que la Corte Penal Internacional decida aplicar la figura de *willful blindness* para el crimen de genocidio. Esta cuestión aún está por verse, toda vez que no existe ninguna sentencia por este crimen hasta la fecha, aunque sí existe una investigación por supuesto genocidio, en el contexto de Darfur y Sudan, en la que se espera la entrega del sospechoso, Omar Al Bashir, para poder continuar con el procedimiento.

### 3. Agresión

El crimen de agresión se caracteriza por actos que constituyen manifiestas violaciones de la Carta de Naciones Unidas. Este es el único de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que no pudo ser definido durante las negociaciones del Estatuto de Roma, y que fue definido apenas en el año 2010, tras la Conferencia de Kampala, en la que se revisó el Estatuto. La falta de acuerdo se debió en mucho a que se trata de un crimen que, a diferencia de los otros tres que aquí se analizan, apunta directamente

a la responsabilidad de los máximos líderes estatales, quienes, consecuentemente, no estaban del todo de acuerdo con que se llegara a una definición que pudiese generarles responsabilidad penal (Schabas 2020, 140-3).

Con este antecedente, resulta lógico que en 2010 se haya optado por la definición del crimen de agresión que ya había sido establecida en 1974, en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así, el numeral 1 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma establece que “una persona comete un **crimen de agresión** cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>2</sup>. Como se había anticipado, se trata de un crimen con un sujeto activo calificado.

En este sentido, los actos de agresión, entendidos de conformidad con el numeral 2 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma, como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas”, deben tener detrás a un alto líder político o militar.

Además, los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma exigen un determinado nivel de conocimiento, específicamente: “[q]ue el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas”, y “[q]ue el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Es decir, la propia redacción del tipo penal hace necesario que el autor sea consciente de que, mediante determinados actos, se violará la Carta de las Naciones Unidas y en consecuencia su espíritu. Por lo tanto, de las exigencias del escrito penal se desprende la idea de que el autor debe tener un conocimiento certero de que, de facto,

<sup>2</sup> Énfasis de los autores.

encamina sus esfuerzos o los de las personas inmediatamente inferiores, a realizar actos de tal magnitud y gravedad que atentan contra la esencia de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, ciertos autores han manifestado que no existe la necesidad de probar que el perpetrador conocía la ilegalidad de la conducta concreta (acto de agresión específico), ni de probar que el perpetrador realizó una evaluación al respecto de la posible violación de la Carta de las Naciones Unidas con su conducta (Cryer et al. 2014, 322). Es decir que no sería necesario probar que el perpetrador conocía sobre la ilegalidad del acto, siempre que haya tenido la intención positiva de llevar adelante un acto de agresión en general, de modo que se da prioridad al *actus reus* (la conducta) por sobre el *mens rea* (la mente criminal).

A nuestro juicio, y al profundizar en nuestra postura, entendemos que tal argumentación no es válida, pues, cuando el propio tipo penal exige que el actor tenga un conocimiento certero de que sus acciones violan la carta de las Naciones Unidas, para todo estado mental que no implique el conocimiento de que se está cometiendo el presente delito deberá entenderse que no cumple con las exigencias de tipicidad. Es así porque, en la medida en que la doctrina dominante entiende que la culpabilidad es un concepto normativo, la *willful blindness* afecta directamente a la tipicidad, es decir, al ámbito subjetivo.

En consecuencia, al exigirse de manera clara en el tipo penal que el sujeto infractor debe contar con conocimiento, no es posible admitir la posición de Cryer de permitir la condena penal de un sujeto por delito de agresión si no supo ni conoció la violación a la Carta de las Naciones Unidas, ni la magnitud de esta. Por estas razones, debe ya anticiparse, sin perjuicio de un posterior desarrollo, que, al ser exigido un estándar de conocimiento positivo y certero, la figura de la *willfull blindness* debe descartarse en la aplicación del delito de agresión.

En conclusión, son tres los argumentos que sustentan la idea de que la figura de la ignorancia deliberada no puede ser usada para cumplir con el ámbito subjetivo del delito de agresión. En primer lugar, por la característica de los verbos, ya que el artículo habla de quien

“planifique, prepare o inicie”, y difícilmente se puede ignorar, al mismo tiempo que se planifica, prepara o se inicia una agresión contra la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, el artículo deja abierta la puerta al indicar que también es posible el presente delito al realizar “un acto de agresión”. Es cierto que con esta cláusula más abierta se garantiza que no queden lagunas punitivas; no obstante, al no admitirse la omisión como un posible elemento del tipo penal, difícilmente podrá encontrarse en una situación de ignorancia deliberada quien haya realizado algún acto previo. Finalmente, al exigirse que dicha violación a la Carta de las Naciones Unidas cuente con unas características, dimensión y gravedad determinadas, es prácticamente imposible concebir un escenario en el que un sujeto político o militar altamente relevante no se entere o no comprenda que, con sus actos o los de sus subordinados, se vulnera claramente la Carta de las Naciones Unidas.

#### 4. Crímenes de guerra

Al hablar de crímenes de guerra es inevitable referirse al Derecho Internacional Humanitario (DIH), por ser la rama del Derecho Internacional Público encargada de regular la conducta de las partes en conflicto, sea o no éste de carácter internacional. Se realizarán previamente algunas precisiones sobre este punto, con el objetivo de brindar algo de contexto antes de analizar el fondo del asunto.

Puede definirse al Derecho Internacional Humanitario como el conjunto de normas, de origen escrito y consuetudinario, que serán aplicables durante los conflictos armados, con el objetivo de limitar, por razones humanitarias, la conducta de las partes en el enfrentamiento. Es decir, se busca proteger a las personas que no participan o que han dejado de participar en el combate armado, así como a los bienes que no tienen relación con la acción bélica (Melzer 2016, 17). Así, el DIH ni prohíbe ni permite el uso de la fuerza, pero sí la limita una vez que se ha configurado un conflicto armado. En este sentido, el DIH no se aplica en situaciones de violencia, tales como tensiones y disturbios internos. A pesar de que la doctrina menciona algunas clasificaciones, para la aplicación del derecho existen sólo dos tipos de conflicto armado: internacional

(CAI por sus siglas) o no internacional (CANI por sus siglas). En consecuencia, una vez que se ha iniciado un CAI o un CANI, se considerará como un crimen de guerra una de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario tipificadas en el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Al respecto, al igual que en los crímenes previos, en el documento “Elementos de los crímenes” se encuentran ciertos componentes mentales que se requieren para la existencia de un crimen de guerra, concretamente: “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”, y “[q]ue el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

Además, en el contexto de un conflicto armado, resulta particularmente relevante el ya mencionado artículo 28 del Estatuto de Roma, que establece la posibilidad de que exista responsabilidad para los líderes militares y otros superiores, toda vez que las fuerzas armadas y los grupos armados organizados se caracterizan por contar con una estructura jerárquica.

En este sentido, se espera que los superiores ejerzan control respecto de sus subordinados; caso contrario se podría considerar que el superior ha permitido o consentido, incluso por vía de la ignorancia deliberada, la realización de algún crimen de guerra. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), en la apelación del caso Halilovic, indicó que se espera que los jerárquicos superiores ejerzan control, ya sea que evitan o castigan, cuando esto sea posible, o que remitan al posible responsable del cometimiento de crímenes a las autoridades correspondientes, siempre que sus atribuciones así lo permitan.

Lo antedicho abre la puerta a que el superior jerárquico decida ignorar las conductas delictivas que realizan sus subordinados y, en consecuencia, decida no impedir dichos comportamientos. Es decir, el superior jerárquico político o militar tiene la sospecha de que sus subordinados incurrirán en crímenes de guerra, pero prefiere no investigar y mantenerse de manera voluntaria en la ignorancia. Por lo tanto, una conducta

de este tipo genera dos efectos: 1) al no haber conocimiento de los hechos delictivos no se puede impedir que se sigan cometiendo, y 2) al no conocerlos ni impedirlos, tampoco es posible posteriormente reprimirlos ni sancionarlos, porque se ha decidido no saber qué ocurre en el presente o qué ha ocurrido antes.

Para más detalles, la sala de juicio del caso Oric, del propio TPIY, ofreció algunas guías sobre las consideraciones que deben tomarse en cuenta cuando un superior incumple su obligación de prevenir. Entre ellas se incluyen: el grado de control que ejerce sobre la conducta de sus subordinados, las medidas que puede realizar en la planificación de las operaciones con el objetivo de prevenir la ocurrencia de crímenes, la posibilidad de que los subordinados cometan crímenes y, una suerte de respaldo al superior, si era posible hacer algo al respecto, toda vez que el jerárquico, aun siendo tal, no está obligado a lo imposible. Las acciones que se esperan del superior incluirían, entre otras: emitir órdenes claras que prevengan el cometimiento de crímenes y que aseguren el cumplimiento del Derecho Internacional, así como investigar si existen razones para creer que se han cometido crímenes e iniciar las acciones disciplinarias que correspondan en caso de que existan suficientes razones para hacerlo.

Sin duda el punto más relevante para fines de este artículo es analizar la reflexión que el TPIY hace en referencia a la responsabilidad del superior en los crímenes de guerra. Sin mencionar la doctrina de la ignorancia deliberada de manera explícita, dicho tribunal estableció que hacer “la vista gorda” (*turning a blind eye*, en el inglés original) es inadmisibles para fines de la aplicación del Derecho Penal Internacional, de forma que puede llegar a responsabilizarse al mando militar o político que ignore voluntariamente el cometimiento de crímenes de guerra por parte de sus subordinados.

Asimismo, en aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, tal como lo ha dicho la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso de Bemba Gombo, hay varias medidas de parte del superior que son necesarias, como que asegure el entrenamiento en Derecho Internacional Humanitario para sus subordinados, que asegure un sistema de

reportes a fin de verificar el cumplimiento del Derecho Internacional, que dé órdenes que cumplan con las leyes de la guerra y que tome medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes de guerra.

Así las cosas, es claramente posible que, si un superior incumple las medidas indicadas, la Corte Penal Internacional pueda encontrarlo responsable de crímenes de guerra. La ignorancia deliberada en relación con el presente delito puede darse o bien en no detener a los subordinados cuando están cometiendo el delito -una decisión que generaría responsabilidad en concepto de autor-, o bien en no investigar ni castigar a los subordinados que han realizado el delito cuando éste ya ha concluido. En este segundo caso, se estaría ante un caso de encubrimiento, penado y sancionado en base al artículo 25.3.C del Estatuto de Roma.

Esta conclusión se enlaza perfectamente con el artículo 28.b.i del Estatuto de Roma, que permite condenar como penalmente responsable a quien “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Por estas razones, se afirma en este punto que es posible enjuiciar y condenar a un superior jerárquico, político o militar por crímenes de guerra en base a la figura de la ignorancia deliberada.

## 5. Crímenes de lesa humanidad

Finalmente, se analizan los elementos de los crímenes de lesa humanidad, descrita como aquella conducta, perpetrada como un ataque, sistemático o generalizado, contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque, en los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, el numeral 2 del artículo 7 indica que “[a] los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”<sup>3</sup>.

Al hablar de lesa humanidad, el elemento mental específico requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. No obstante, según se indica en “Elementos de los crímenes”, esto “no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”. Es decir, el superior jerárquico, político o militar, no tiene que conocer las particularidades ni los detalles del ataque que sus subordinados ejercen o pretenden ejercer contra la población civil. Esta idea permite, desde un inicio, abrir la puerta a la admisión de la ignorancia deliberada en el seno del presente delito, pues, aunque se decida ignorar las particularidades del ataque o su modalidad, quien ostente un cargo superior podrá responder de los actos que sus subordinados hayan realizado.

A diferencia de los anteriores delitos, al hacer un análisis de la jurisprudencia del TPIY en materia del presente delito, concretamente en los casos Tadic o Kupreskic, sí se encuentra que la institución de la ignorancia deliberada ha sido utilizada. Se establece en la argumentación de la sentencia condenatoria que no era necesario demostrar por parte de la acusación que los autores del delito de lesa humanidad conocían los detalles de la materialización del delito. Es cierto que se insiste en que conocer el contexto del ataque, sistemático o generalizado, es indispensable para ser responsable de un crimen de lesa humanidad; sin embargo, el mismo tribunal ha indicado expresamente que la ignorancia deliberada, e incluso correr el riesgo de tomar parte en un ataque sistemático o generalizado, es suficiente; razón por la cual, la *willful blindness* sí se encuentra plenamente reconocida en la jurisprudencia del TPIY. Vale decir, el tribunal equipara tanto la ignorancia deliberada como el dolo eventual con un auténtico conocimiento de los hechos.

Una vez analizados los extremos más relevantes de la jurisprudencia del TPIY que permiten la condena por el delito de lesa humanidad en su modalidad de ignorancia deliberada, a continuación se pasa a argumentar

<sup>3</sup> Énfasis de los autores.

de manera motivada, porque la CPI sí puede hacer uso de la ignorancia deliberada para cumplir las exigencias del elemento subjetivo del delito de lesa humanidad. Enseguida se muestra cómo es plenamente posible la aplicación de la ignorancia deliberada en el presente delito.

Para llevarla a cabo debe plasmarse la redacción del artículo 7.1.d) del Estatuto de Roma:

- 7.1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque
- d) Deportación o traslado forzoso de población...

A la luz de este precepto, es perfectamente imaginable y posible que los soldados de un ejército efectúen traslados forzosos de la población civil, incluso cuando ésta se resiste y se niega a ello. Así pues, en el seno de una guerra o conflicto armado, puede darse que un superior jerárquico, político o militar, decida ignorar los actos que realizan sus inferiores en una determinada región remota del territorio. Dicho superior, perfectamente podría indagar o pedir explicaciones y detalles sobre qué ocurre con la población civil del territorio alejado, pero puede elegir mantenerse al margen y no adquirir un grado certero de conocimiento, de modo que se sitúa en una posición de ignorancia deliberada. La decisión de ignorar puede venir motivada por criterios de comodidad (no querer preocuparse especialmente de sus funciones) o por el objetivo de crear una excusa que alegar en caso de ser juzgado; es decir, pretender negar el elemento subjetivo de conocimiento. Dicho en otras palabras, de la jurisprudencia del TPIY se desprende que el perpetrador no necesita compartir el propósito o los fines del ataque, pues el elemento

mental de los crímenes de lesa humanidad se desprende del conocimiento, o desconocimiento involuntario del contexto, no así del motivo.

Dicho punto es importante, pues se considera que, en este aspecto, la jurisprudencia del TPIY en materia de lesa humanidad que utiliza la ignorancia deliberada es adecuada, porque los motivos que tenga el autor para conocer, aceptar la alta probabilidad o mantenerse ignorante son independientes respecto a la configuración del tipo y a la culminación de las exigencias del ámbito subjetivo. En cualquier caso, con independencia de los motivos que haya tenido el autor, el delito se materializa y, en consecuencia, tiene el mismo grado de responsabilidad penal tanto aquel que ha tenido conocimiento como aquel que se ha abstenido voluntariamente de tenerlo.

Por estos motivos, al haberse aceptado y aplicado la figura de la ignorancia deliberada en el TPIY, nada debería impedir a la CPI usarla para fundamentar la condena por el delito de lesa humanidad. En este sentido, bastaría que un ataque sistemático o generalizado tenga lugar de forma notoria, de modo tal que su negación no sería convincente, para que el conocimiento por parte de los principales responsables pueda ser inferido de los hechos y circunstancias relevantes (Cryer et al. 2014, 244-5).

Asimismo, también se ha explicado, con el ejemplo práctico del traslado forzoso de la población, cómo es perfectamente posible que lleguen a materializarse los elementos del tipo, concretamente los del ámbito subjetivo, a través de la figura de la ignorancia deliberada. En conclusión, no sólo se defiende la buena utilización por parte de los tribunales penales de la figura de la ignorancia deliberada, sino que se observa como posible, y a la vez probable, que la CPI termine haciendo uso de esta.

## CONCLUSIONES

El análisis de los primeros precedentes de la utilización de la *willful blindness* en la cuna de la jurisprudencia anglosajona permite entender su peculiar

origen, su naturaleza confusa y sus primeros pasos contradictorios en sede judicial. Por cuestión de espacio, en el presente artículo no puede analizarse el

recorrido que ha tenido la figura hasta la fecha de hoy, pero el estudio de sus primeros precedentes ha permitido entender su gestación y posterior desarrollo.

Así, en primer lugar, su denominación, ya desde un inicio, es altamente confusa; no sólo por la infinidad de nombres con que ha sido nombrada esta doctrina (*willful blindness*, *purposely abstaining from ascertaining*, *willfully abstaining*, etc.), sino porque, además, en un inicio, los autores la denominaban también connivencia o conocimiento de segundo grado (Edwards 1954, 302). Entonces, en el ámbito anglosajón, la responsabilidad penal por connivencia o dolo de segundo grado parece enmarcarse en la doctrina de la *willful blindness*, que tiene lugar cuando se hace responsable a un determinado sujeto por algo que no ha sabido, aunque debería haberlo conocido.

Una segunda conclusión es que la utilización de la figura de la *willful blindness* no estuvo encaminada a crear una doctrina que permitiese crear un nuevo tipo de *mens rea*, sino que su utilización sirvió para crear un sistema de transferencia de la responsabilidad criminal; es decir, legitimar la doctrina de la responsabilidad vicaria, plenamente usada en el ámbito civil pero de raro uso en el penal. En el apartado de recomendaciones que sigue, se hace una serie de diferenciaciones para una correcta aplicación práctica de ambas instituciones, es decir, de la ignorancia deliberada y de la responsabilidad vicaria.

La tercera conclusión es que, si bien la mayoría de las primeras sentencias analizadas se da en el ámbito penal, se trata de supuestos cuya resolución también hubiese podido competir a autoridades administrativas. Es decir, los delitos en los que se aplica la *willful blindness* no corresponden al núcleo duro del Derecho Penal, como podrían ser el asesinato, robo o lesiones. Esta exclusión de determinados delitos insinúa que, tal vez, la figura no estaba pensada para la generalidad de los casos. Dicho de otro modo, la figura no fue pensada para crear un nuevo tipo de *mens rea* que contase con todas las garantías legales, sino que fue utilizada para resolver los problemas a los que se enfrenta el órgano acusador para la práctica de la prueba, a la hora de demostrar un determinado estado mental del sujeto.

En cuarto lugar, debido a la naturaleza y a los elementos del genocidio y del crimen de agresión, específicamente los elementos mentales y contextuales, no es posible, o al menos previsible, que la Corte Penal Internacional decida aplicar la *willful blindness* para estos delitos. En el caso del genocidio, la razón es que el crimen exige, a más de un dolo directo de primer grado, un dolo o intención especial que no puede ni presumirse ni inferirse, sino que debe demostrarse. Además, en el genocidio se exige en especial el elemento volitivo, pues el perpetrador del delito debe tener el objetivo de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Es decir que además de los actos concretos, estos deben contar de manera imprescindible con una voluntad inicial del autor; de modo que resulta imposible que éste decida ignorar y al mismo tiempo tenga la voluntad de cometer el delito. En el caso del crimen de agresión, es más difícil predecir cómo va a ser resuelto, debido a que nunca ha sido enjuiciado; pero la necesidad de un sujeto activo altamente calificado y el hecho de exigir una intención directa de preparar, planificar o iniciar un acto de agresión por parte de dicho sujeto, hace prácticamente imposible el encaje de este tipo de *mens rea* en el seno de este delito. Por la propia naturaleza, ya no solo del tipo delictivo sino también de los verbos comprendidos en él, resulta inconcebible que alguien tenga la intención de prepararlo, planificarlo y que, al mismo tiempo, decida ignorar que se trata de un delito.

En quinto lugar, se concluye que en los crímenes de guerra, particularmente por la lógica jerárquica de las fuerzas armadas y los grupos armados organizados que participan de los conflictos armados, es claramente posible aplicar la ignorancia deliberada y, en consecuencia, que la CPI encuentre responsable de crímenes de guerra a un superior jerárquico. Dicha responsabilidad puede venir motivada por: no haber formado ni instruido a los mandos medios y bajos en materia de derecho internacional humanitario; o, con independencia de que se haya ofrecido dicha formación, una vez que el superior jerárquico sospecha o conoce que el delito ha sido cometido por sus subordinados, no indaga y en consecuencia no detiene ni sanciona a los responsables. Esta aplicación de la responsabilidad penal en el marco del Estatuto de Roma

tiene relación directa con la responsabilidad vicaria. Se llega así a la siguiente conclusión: se puede usar la figura de la ignorancia deliberada para condenar a alguien por el delito de lesa humanidad, no sólo como autor sino también como encubridor del delito.

En sexto lugar, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI sí aplicaron la *willful blindness*, pues entendieron que el elemento mental de los crímenes de lesa humanidad se desprende del conocimiento o desconocimiento voluntario del contexto, siempre que éste es notorio. Si se considera que la aplicación de esta figura ha sido ampliamente aceptada por la doctrina, nada hace pensar que la CPI vaya a separarse de dicho criterio, razón por la cual puede preverse que para concluir que se ha incurrido en lesa humanidad se llegue a atribuir responsabilidad penal a un sujeto en base a la figura de la ignorancia deliberada. Esta conclusión ha sido alcanzada, no sólo por el análisis de la jurisprudencia existente en esta materia, sino también por el razonamiento alcanzado al ejemplificar con un caso práctico cómo es posible decidir ignorar el delito cometido por los subordinados, pero ser igualmente responsable el superior jerárquico debido a la responsabilidad vicaria y a la figura de la ignorancia deliberada.

En relación al punto anterior, pero presentado con cierto grado de autonomía, se llega a la conclusión de que la figura de la ignorancia deliberada que va asociada a delitos de lesa humanidad ha sido debidamente utilizada por tribunales penales internacionales. Dicho uso se debe a los tres siguientes argumentos. 1)

La naturaleza de ese tipo admite la posibilidad de utilizar este modo de imputación subjetiva (a diferencia de los delitos de genocidio y de agresión), razón por la cual se entiende que no se desnaturalizó el delito, ni se amplió de manera irracional las fronteras del ámbito subjetivo del delito. 2) Tal como se ha anticipado, en las sentencias se señala que los motivos por los que el autor decida ignorar que su acción es un delito son irrelevantes; lo importante para la culminación del tipo, concretamente su ámbito subjetivo, es que, si el sujeto decide mantenerse en la ignorancia cuando hubiese podido salir de ella; dicha actuación equivale al conocimiento, y en consecuencia la sanción es la misma. Se adopta este punto de vista, por entender que las razones que subyacen en la toma de decisión de conocer o no conocer son del todo irrelevantes para el Derecho Penal. 3) Por último, la CPI ha establecido que, en caso de equivocarse el superior jerárquico, político o militar, en la formación de sus subordinados, más adelante no puede alegarse ignorancia deliberada a fin de acreditar que no se ha cumplimentado la parte subjetiva del tipo.

Finalmente, respecto de los crímenes internacionales en general, tal como ha dicho el juez Tarfusser en su Opinión Disidente dentro del caso Katanga, la interpretación del artículo 25 del Estatuto de Roma está lejos de finalizar. Esta cuestión es por igual aplicable al artículo 28, de forma que queda abierta la posibilidad de que la CPI considere posible y apropiada la aplicación de la ignorancia deliberada, como lo han hecho el TPIY y el TPIR, más allá de las diferencias que existen entre los estatutos de estos tribunales.

## RECOMENDACIONES

Los jueces no deben permitir la utilización de la figura de la *willful blindness* por parte de la acusación, con el único objetivo de eludir la carga de la prueba del elemento mental (*mens rea*). La acusación deberá, en todo caso, fundamentar y justificar que la ignorancia que ha tenido el sujeto ha sido provocada por él mismo, con la intención de no conocer aquello que hubiese podido conocer.

En la resolución judicial de los mencionados delitos no debe confundirse la *willful blindness* con el sistema de responsabilidad vicaria. A pesar de que en innumerables ocasiones han sido usados como términos equivalentes, dicha equiparación no es correcta. En consecuencia, la *willful blindness* debe ser utilizada para reprocharle al autor que no tiene conocimiento sobre determinados componentes del delito, que

dicha ausencia de conocimiento ha sido provocada y buscada en aras de conseguir una eventual impunidad, una vez los hechos típicos del delito se han materializado.

Por el contrario, tiene sentido usar el término responsabilidad vicaria cuando se reprocha al autor no haber tenido el control suficiente sobre sus subordinados; sin importar que como superior hubiese sospechado o no de las actuaciones que realizaban sus subordinados, los motivos por los que se le castiga consisten en no haber ejercido el control efectivo para evitar los delitos de estos.

La aplicación de un sistema de responsabilidad de superiores (sean políticos o militares) es plenamente posible en el Derecho Internacional Penal. No obstante, dicha posibilidad está siempre condicionada a que el órgano de acusación logre demostrar que se ha presentado la figura de una mente criminal; y no se trata en este caso de los elementos volitivo y cognitivo del dolo, sino, al menos, de que el superior no cumplió con sus obligaciones respecto de la actuación de sus subordinados contraria al Derecho, o que voluntariamente decidió ignorar tal actuación. En otras palabras, la responsabilidad penal del superior jerárquico por los hechos y actos de sus subordinados es posible. No obstante, dicha responsabilidad vicaria no puede darse de manera objetiva; razón por la cual, los jueces deberán condenar si la acusación pública ha sido

capaz de demostrar la falta de control y diligencia de los superiores respecto a sus subordinados.

No es recomendable que el órgano de acusación haga uso de la figura de la *willful blindness* en el delito de agresión ni que los magistrados de la CPI acepten su uso para este delito. Es así porque la redacción de tal tipo penal exige el uso de verbos muy precisos –“plani- fique, prepare o inicie”–, que hacen llegar a la conclusión de que ya no se espera sólo que el sujeto infractor tenga conocimiento, sino que tenga una actitud proactiva en la materialización del delito. En consecuencia, aceptar ignorancia deliberada en este delito, sería desnaturalizar la redacción del tipo legal que aquí se analiza, de modo que, como consecuencia, el órgano acusatorio no tuviese que probar lo que ese tipo exige.

Tampoco se recomienda el uso de la *willfull blindness* en el delito de genocidio, debido a que este requiere de un dolo específico por parte del infractor, y no solo de un dolo general; y, además, porque, al ser necesaria para configurar este delito una voluntad de destrucción del grupo, resulta contradictorio en términos de poder llegar a ignorar aquello que al mismo tiempo se busca y desea. Por tales motivos, se recomienda que no se contemple la posibilidad de aplicar la figura de la *willful blindness* en el delito de genocidio, pues se estarían ampliando de manera forzosa y desproporcional las fronteras del dolo, tanto desde su perspectiva cognitiva como volitiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- Charlow, Robin. 1992. "Wilful Ignorance and Criminal Culpability". *Texas Law Review* 70, n.º 6: 1352-429.
- Cryer, Robert; Robinson, Darryl; Wilmshurst, Elizabeth y Håkan Friman. 2014. *Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Edwards, John. 1954. "The Criminal Degrees of Knowledge". *Modern Law Review* 17, n.º 4: 294-314.
- Fernández Budajir, Luis Guillermo. 2018. "Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law". Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- Melzer, Nils. 2016. *International Humanitarian Law a comprehensive introduction*. Geneva: CICR.
- Moak, Nathaniel. 1877. *Reports of Cases Decided by the English Courts: With Notes and References to Kindred Cases and Authorities*. Nueva York: William Gould & Son.
- Ragués I Vallès, Ramon. 2013. "Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal". *Revista Jurídica Discusiones*, n.º XII: 11-37
- \_\_\_\_\_. 2007. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. 1ra ed. Barcelona: Atelier.
- Robbins, Ira. 1990. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea". *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 81, n.º 2: 191-234.
- Schabas, William. 2020. *An Introduction to the International Criminal Court*. 6ta ed. Cambridge University Press.
- Vest, Hans. 2007. "A Structure-Based Concept of Genocidal Intent". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 5, Issue 4: 781-797.
- Williams, Glanville. 1961. *Criminal Law: The General Part*. 2.ª ed. Londres: Stevens & Sons.
- ### Jurisprudencia
- CPI. Ver: Corte Penal Internacional. Bemba, ICC-01/05-01/08, 15-VI-2009.
- \_\_\_\_\_. Ngudjolo, ICC 01/04-02/12, 18-XII-2012.
- \_\_\_\_\_. Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1-IX-2014.
- TPIY. Ver: Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Tadic, IT-94-1-T, 7-V-1997.
- \_\_\_\_\_. Tadic, IT-94-1-T, 15-VII-1999.
- \_\_\_\_\_. Kunarac, IT-96-23-T and IT-96-23/1, 22-II-2001.
- \_\_\_\_\_. Halilovic, IT-01-48-AR73.2, 19-VIII-2005.
- \_\_\_\_\_. Halilovic, IT-01-48-T, 16-XI-2005.
- \_\_\_\_\_. Oric, IT-03-68-T, 30-VI-2006.
- TPIR. Ver: Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Akayesu, ICTR-96-4-T, 2-IX-1998.
- \_\_\_\_\_. Kayishema, ICTR-95-1-T, 21-V-1999.