

Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*

ILARIA MERENDA**

Resumen

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) dispone en el artículo 30 los elementos necesarios en términos del principio de culpabilidad para hablar de imputación subjetiva de los crímenes internacionales. La exigencia de que el agente actúe con “Intent and Knowledge” se traduce en el conocimiento de las consecuencias de la conducta y la intención de realizarla para producir tales resultados. La dificultad se presenta al determinar bajo qué circunstancias se es consciente de que del curso normal de los acontecimientos se derivará cierta consecuencia. Además, la función de la cláusula de reserva implica la existencia de otros criterios de culpabilidad cualificada que se reflejan en una extensión de la esfera de responsabilidad. Por último, se tratan las causales de exclusión de la responsabilidad en ciertos casos concretos de error.

* La traducción del italiano fue realizada por Diana RESTREPO RODRÍGUEZ, doctoranda de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, con el apoyo del Programa AlBan, Programa de Becas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina, beca n° E07D400651CO.

** Profesora de Derecho penal en la Università degli Studi di “Roma Tre”.

Abstract

The Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) in its 30th article expresses the necessary elements of the culpability principle, in order to establish the judgement of *mens rea* of international crimes. The requirement of "Intent and Knowledge" in regard to the individual's action refers to the knowledge of the conduct's consequences, and the intention of performing the conduct to produce said consequences. Difficulties arise when determining under what circumstances can it be affirmed that, according to the normal course of events, the conduct will lead to such consequences. Furthermore, the function of the reservation clause implies the existence of other qualified culpability criteria that reflect in an expansion of the criminal liability field. Lastly, the author studies the grounds for excluding criminal responsibility in certain cases of mistakes.

Palabras Clave

Corte Penal Internacional, imputación subjetiva, crímenes internacionales, conocimiento, intención, "consecuencias normales", culpabilidad, error de hecho, error de Derecho.

Key Words

International Criminal Court, *mens rea*, international crimes, knowledge, intent, "ordinary course of events", culpability, mistake on facts, mistake on law.

Sumario

A. El principio de culpabilidad en el Derecho penal internacional. Consideraciones preliminares. **B.** El significado de «*Intent and Knowledge*» en el art. 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. **C.** «*Intent and Knowledge*» en referencia a las consecuencias "normales" de la conducta. **D.** La función de la "cláusula de reserva" «*unless otherwise provided*». **E.** La imposibilidad de la disciplina del error: el error de hecho. **F.** El error de Derecho.

A. El principio de culpabilidad en el Derecho penal internacional. Consideraciones preliminares

La consolidación definitiva del principio de culpabilidad para los crímenes internacionales se debe al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La decisión de anclar la responsabilidad penal a criterios precisos de imputación subjetiva está vinculada, en primer lugar, al reconocimiento de su carácter exclusivamente "individual"¹. Esta solución, actualmente consagrada en el art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), ya había sido acogida por la Carta de Núremberg y de Tokyo, y retomada posteriormente por los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia (arts. 7 y 23) y Ruanda (arts. 6 y 22)². En efecto, estas disposiciones remiten la responsabilidad penal a la persona física que sea «individualmente responsable» por los hechos cometidos, lo que si bien por un lado impide la consideración del Estado como sujeto activo de los crímenes internacionales³, por otro lado implica, antes que nada, el rechazo de cualquier forma de responsabilidad por un hecho ajeno.

Sin embargo, la afirmación de la naturaleza personal de la responsabilidad penal no se traduce, al menos hasta la aprobación del Estatuto de la Corte de Roma, en una adecuada individualización de los presupuestos subjetivos sobre los cuales debe fundarse la incriminación. La dificultad para elaborar reglas generales en materia de culpabilidad se debe, con toda probabilidad, a las importantes diferencias que al

1 En general, sobre la evolución de la categoría de la responsabilidad penal internacional del individuo, cfr., entre otros, K. AMBOS, "Individual Criminal Responsibility International Criminal law: a Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to the Hague", en G. KIRK McDONALD – O. SWAAK-GOLDMAN (coords.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law – The Experience of International and National Courts*, vol. I, The Hague-London-Boston, 2000, p. 5; A. CASSESE, "International Criminal law", en M.D. EVANS (coord.), *International law*, Oxford, 2003, p. 735.

2 El primer reconocimiento normativo del principio de responsabilidad individual debe reconducirse al Estatuto del Tribunal militar internacional de Núremberg, en el que, según el art. 6 (y en términos análogos el art. 5 del estatuto del Tribunal de Tokio) afirma el principio de responsabilidad individual, casi de manera incidental en el ámbito de una disposición que fijaba principalmente la jurisdicción del Tribunal: «los siguientes actos, o cada uno de éstos, son crímenes que entran en la jurisdicción del Tribunal por los cuales estará prevista la responsabilidad individual».

3 Sobre el problema de la admisibilidad de la responsabilidad penal internacional para los Estados y para las asociaciones en cuanto tales (partidos políticos, grupos de poder paramilitares), desde una perspectiva de carácter general, v. M.C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, pp. 25 y ss. Al respecto, como observa E. MEZZETTI, "L'elemento soggettivo dei crimini internazionali", en G. LATTANZI-MONETTI V. (coord.), *La Corte penale internazionale*, Milano, Giuffrè 2006, p. 323, la posición del Estatuto de la Corte Penal Internacional es clara: el art. 25, al establecer que ninguna disposición del presente Estatuto, relativa a la responsabilidad penal de los individuos, perjudica la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional, diferencia netamente la responsabilidad penal que es individual, de aquella complementaria del Estado regulada por el derecho internacional.

respecto se presentan en los distintos ordenamientos jurídicos, en especial entre el Derecho penal de tradición anglosajona y aquél de tradición europeo continental⁴.

De hecho, aunque se reconociese la plena operatividad del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Internacional, se carecería por completo de una disposición que definiera en líneas generales sus contenidos efectivos⁵, lo que llevaría a que en algunos casos se exigiera, como forma mínima de culpabilidad, la previsión acerca de «la probabilidad de que se verifique un determinado resultado»⁶. Otras veces en cambio, bastaría con que en el sujeto activo se diera la «simple previsibilidad de las consecuencias nocivas de la propia conducta»⁷. Y otras, en las que se considere suficiente «una negligencia particularmente grave»⁸.

Es esta situación de incertidumbre la que ha tratado de resolverse en el art. 30 CPI, dedicado expresamente a disciplinar el elemento subjetivo de los crímenes internacionales⁹. En particular, esta norma adopta como criterios de imputación subjetiva la «*intent*» (intención) y el «*knowledge*»* (conocimiento), distinguiendo, en los incisos sucesivos, si se hace referencia a la conducta, a sus consecuencias o a las otras “circunstancias” del hecho¹⁰.

4 Al respecto, V. L. GARDOCKI, «Legal Problems Emerging from the Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law», en «Les crimes internationaux et le droit penal interne, Actes du Colloque préparatoire», en *Revue internationale de droit penal*, 1989, pp. 94 y ss.

5 Cfr., por ejemplo, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, T.P.I.Y., *Prosecutor v. Tadic*, 15 de julio de 1999, (IT- 94- 1- A), par. 185-186, en donde, aún reconociendo «el principio de culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal internacional», no hay preocupación en absoluto por definir sus contenidos efectivos.

6 T.P.I.Y., *Prosecutor v. Blaskic*, 3 de marzo de 2000, (IT-95-14-T), par. 153.

7 T.P.I.Y., *Prosecutor v. Krstic*, 3 de agosto de 2001, (IT- 98-33-T), par. 616.

8 T.P.I.R., *Prosecutor v. Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, (ICTR 96-4-T), par. 489.

9 Al respecto, v. A. VALLINI, “L’elemento soggettivo nei crimini di competenza della Corte penale internazionale”, en A. CASSESE- M. CHIAVARIO- G. DE FRANCESCO (coords.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 43, para quien «el art. 30 CPI satisface una exigencia fundamental de certeza (y de igualdad de tratamiento), que se adecúa bastante bien a la creciente importancia, en el ámbito internacional, del principio de legalidad». V. también, sobre esto, R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 163 ss.

10 Sobre el significado exacto del término “*circumstances*” en los ordenamientos de *common law* se reenvía al próximo apartado.

* *N. de la T.*: en la versión original en español del Tratado de Roma se hace referencia a «intención y conocimiento». Para la traducción se ha decidido dejar en inglés los apartados que así citaba la autora, haciendo sin embargo mención, en nota al pie, de su traducción al español en el mismo texto oficial. Las partes que la autora traduce al italiano (no habiendo versión original de este texto en esta lengua), se toman en cambio, en esta traducción, directamente de la versión oficial en español del Estatuto de Roma.

B. El significado de «*Intent and Knowledge*» en el art. 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Como se ha mencionado anteriormente, el art. 30 CPI exige, para la imputación subjetiva de los crímenes internacionales, que el sujeto actúe con «*intent and knowledge*» respecto a los elementos constitutivos del hecho delictivo.

Esta fórmula, más que indicar requisitos heterogéneos, parece utilizar realmente un tipo de hendíadís para expresar un factor subjetivo sustancialmente unitario¹¹. Esta conclusión es confirmada por el hecho de que, en los ordenamientos de *common law*, los dos términos suelen usarse alternativamente para indicar un *state of mind* reconducible a la figura del dolo¹². La decisión de prever conjuntamente la presencia de ambos requisitos se debe más bien a la precisa consideración de que, para una imputación dolosa, existen algunos elementos del hecho que sólo pueden ser objeto de representación, mientras que otros deben ser efectivamente queridos¹³.

Lo cierto es que el art. 30 CPI, en referencia a la conducta, precisa que el sujeto «actúa intencionalmente» cuando «se propone incurrir en ella», evidenciando que debe tratarse de una conducta necesariamente voluntaria¹⁴. En cambio, para las denominadas “circunstancias”, expresión con la cual los juristas del *common law* indican los elementos objetivos que constituyen el tipo delictivo, diferentes a aquellos de la conducta y del resultado; se exige que el agente simplemente sea «consciente de su existencia»¹⁵. Lo que, por lo demás, se deriva de la consideración de acuerdo a la

11 Así A.VALLINI, “L’elemento soggettivo”, cit., 48. En igual sentido se encuentra el comentario al art. 23 del *Preparatory Committee Draft* (Proyecto) que habla, en referencia a *intent and knowledge*, de una «diferenciación sin diferencias»: v. L.S. WEXLER (Special Editor), M.C.BASSIOUNI (General Editor), *Observations on the consolidated ICC text before the final session of the Preparatory Committee, 13bis Nouvelles études pénales*, Association Internationale de Droit Pénal, Ères, 1998, pp. 50 y ss.

12 Cfr., al respecto, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 3 ed., Oxford, 1999, pp. 191 y ss.; W.R. LAFAVE, *Criminal law*, 3 ed., St. Paul, Minn., 2000, pp. 229 y ss. De hecho, debe decirse –como ha observado E. MEZZETTI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 334 – que la disposición en cuestión está bastante influenciada por la experiencia jurídica de los países de *Common Law*, y en particular por el *Model Penal Code* estadounidense del cual el art. 30 CPI parece heredar, al menos parcialmente, la estructura y los contenidos.

13 En la doctrina italiana, en estos términos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II (*Il reato*), parte II (*L’elemento psicologico*), Torino, 2001, pp. 21 y ss.

14 En la doctrina se ha tratado el problema de si el concepto de conducta, aludido por el art. 30 CPI, pueda estar referido también a comportamientos de naturaleza omisiva; para una solución favorable que parece sin dudas condivisible, v. A. ESER, *Mental Element*, en A. CASSESE-P. GAETA- J. R. W. D. JONES (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, I, Oxford, 2002, p. 912.

15 Piénsese en las características del sujeto pasivo, el objeto material del delito, el instrumento, el medio, el lugar, el momento de la conducta, determinadas situaciones de hecho o de derecho que sean preexistentes a esta última; elementos que «no entran en el ámbito de la voluntad pero que pueden simplemente ser objeto de una mera actividad intelectual»; en estos términos M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 35-37. Así, por ejemplo, en referencia al crimen de genocidio, no tendría sentido

cual, con referencia a estos elementos, no habría lugar a hablar de volición en sentido estricto, ni razonar en términos de intencionalidad, tratándose de datos que no están directamente vinculados al comportamiento humano sino al contexto en el que éste se desenvuelve/se desarrolla¹⁶.

En estos casos lo que hay que preguntarse, más bien, es si existe compatibilidad con los criterios de imputación previstos en el art. 30 CPI con el estado psicológico de “duda”; esto es, la representación del elemento en términos de mera posibilidad. De esta manera, se trata de verificar si las hipótesis reconducibles al dolo eventual o a la *recklessness* de los sistemas de *common law*¹⁷, están comprendidas en la expresión «*awareness that a circumstance exists*»*, con la que el art. 30 CPI define el significado de el «*knowledge*»**.

Sobre esta cuestión, que se presenta también en relación a los criterios de imputación de las denominadas “consecuencias de la conducta”, se remite al apartado sucesivo.

C. «*Intent and Knowledge*» en referencia a las consecuencias “normales” de la conducta

En lo que respecta a las “consecuencias de la conducta”¹⁸, el art. 30 CPI precisa que el agente debe quererlas como finalidad de la propia acción o ser consciente («*aware*») de que éstas se verificarán según «el curso normal de los acontecimientos».

Ahora bien, con referencia al primer criterio de imputación, no parece haber problemas interpretativos particulares tratándose de una hipótesis claramente reconducible a la figura del denominado dolo directo intencional (*direct intent* en los

pretender que el genocida “quiera” la pertenencia de la víctima a un cierto grupo étnico, puesto que sobre esa pertenencia su voluntad no podría incidir en ningún modo, pudiendo éste sólo darse cuenta de —es decir representarse— su existencia.

16 A la mencionada noción de “circunstancia” deben reconducirse los denominados elementos de contexto del crimen. Por ejemplo, siempre en relación al crimen de genocidio, el elemento de contexto está representado por el *intent to destroy, in whole or in part, a group as such*, elemento que debe reflejarse necesariamente en la dimensión subjetiva del ilícito. Al respecto, v. R. SICURELLA, cit., p. 194.

17 Sobre esto se habla también de *wilful blindness* (ignorancia deliberada), para indicar los casos en los que un sujeto, aún teniendo graves sospechas sobre la efectiva situación de hecho, deliberadamente evita llevar a cabo ulteriores verificaciones y “cierra los ojos” porque no quiere saber. Al respecto v. W. R. LAFAVE, *Criminal law*, cit., p. 232.

* N. de la T.: «conciencia de que existe una circunstancia».

** N. de la T.: «conocimiento».

18 Por consecuencias de la conducta se entienden las modificaciones del mundo externo sucesivas a la acción (u omisión) del reo que estén conectadas a ésta. Lo que en la terminología común es llamado “resultado en sentido natural”. En este sentido, por todos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 55 y ss.

sistemas de *common law*). De hecho, en estos casos, el sujeto se determina hacia una conducta precisa, considerando que ésta llevará a cierto resultado que representa, entonces, la causa misma de su actuar.

En cambio, es más problemático establecer con certeza qué debe entenderse en la expresión «*consciente de que se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos*»¹⁹.

En efecto, la remisión al criterio de la “consecuencia normal” corre el riesgo de resultar ambigua, sobre todo si se considera que ha sido afirmado por mucho tiempo, en el Derecho Penal Inglés, el principio según el cual quien actúa prevé también las «consecuencias normales» de su propia conducta²⁰. Ahora bien, es evidente que una regla de este tipo, remitiendo al parámetro objetivo de la “normalidad”, recurre a un esquema presuntivo de demostración del dolo que empobrece sus contenidos efectivos, cayendo inexorablemente en una forma de responsabilidad objetiva, cuando debería ser claro que «en un sistema que quiera reconocer no sólo en palabras el principio de culpabilidad»²¹, el dolo debe estar referido al autor “de carne y hueso”, y ser verificado respecto al hecho realizado en específico.

Desde tal perspectiva, se trata de aclarar cuál es exactamente el nivel de adhesión psicológica al hecho que el art. 30 CPI exige al autor de un crimen internacional.

Dicho de un modo más simple, el problema es determinar si es necesario que el sujeto activo se represente la consecuencia como un resultado cierto de la propia conducta, o si es suficiente una previsión en términos de mera posibilidad²². Esto último significaría dar ingreso a un criterio de imputación subjetiva reconducible a la figura del dolo eventual de los ordenamientos de *civil law* o a la *recklessness* de los sistemas de *common law*.

19 Nótese que el art. 30 CPI contiene una referencia doble de la representación del agente respecto a las normales consecuencias de la propia conducta. En un primer momento esta disposición conecta la conciencia de que determinada consecuencia «se producirá en el curso normal de los acontecimientos» a la noción misma de *intent*. En un segundo momento, la misma conciencia es puesta en directa relación al *knowledge*. Esto evidencia una sustancial analogía de contenidos entre ambos conceptos, que confirma, de nuevo, como aquella prevista por el art. 30 CPI sea un tipo de hendiadís utilizada para indicar un factor subjetivo sustancialmente unitario. Así, A. VALLINI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 48.

20 Véase, al respecto, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, pp. 288 y ss.

21 Son las palabras de A. PAGLIARO, “Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza”, en *Cassazione penale*, 2000, p. 2497.

22 Naturalmente este problema se presenta en relación a los resultados previstos como posibles pero no tomados directamente en consideración, ya que los resultados directamente considerados se imputan en todo caso a título de dolo intencional (y por ende también aunque sean previstos sólo como posibles). En este sentido, por todos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 116.

La posición asumida por la misma Corte Penal Internacional parecería resolver esta cuestión, al haber expresamente afirmado que el criterio fijado por el art. 30 CPI se extendería también a los *states of mind* reconducibles al dolo eventual²³.

Semejante solución, que de hecho recoge la ya asumida por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, responde sin duda a la exigencia de garantizar mejor la eficiencia y la coherencia general del sistema.

En efecto, es necesario considerar que los crímenes internacionales son, generalmente, crímenes de una gravedad y una extensión tales, que su realización no sería posible sin la colaboración de varios individuos. Es más, en muchos casos se trata precisamente de «crímenes de inspiración ajena, en el sentido de que quien los realiza no actúa por su propia iniciativa, sino con base en un orden jerárquico superior o gubernativo»²⁴. Se asiste, como se ha dicho de manera eficaz, a un «fenómeno de dispersión de la voluntad criminal»²⁵, sobre todo mientras más lejos se esté del grupo dirigente y más cerca de los ejecutores materiales del delito. Normalmente, en estos casos, el autor del delito no tiene una plena y completa conciencia de todos los elementos del hecho delictivo, sino que se representa sólo la posibilidad de su existencia, aceptando el riesgo que ello implica.

Ahora bien, excluir en estas hipótesis el dolo eventual de los criterios de imputación subjetiva conllevaría el riesgo de hacer totalmente inaplicables, salvo en rarísimos casos, la mayor parte de los tipos penales previstos por el Estatuto.

Sin embargo, una solución de este tipo no ha encontrado opiniones favorables en la doctrina, de acuerdo con la cual sería precisamente una interpretación literal de la disposición la que sugeriría la exclusión del dolo eventual de los criterios de imputación subjetiva reconducibles al art. 30 CPI²⁶.

En particular, ha de observarse que la utilización de la expresión «*will occur*» (se producirá) antes que la de «*may occur*» (podría producirse), parecería indicar la necesidad de que el agente se represente la ocurrencia del resultado en términos de

23 ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, 29-1-2007, *Decision on the confirmation of charges*, Case 01/04-01/06. Más precisamente, la Corte ha llegado a la conclusión de que los criterios del *intent and knowledge* están presentes también allí donde el agente sea consciente del riesgo de que puedan producirse determinadas consecuencias de su propia conducta y de todos modos decida actuar, aceptándolas. Al respecto, v. R. SICURELLA, *op.cit.*, p. 183.

24 Así N. PISANI, "L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello statuto della Corte internazionale penale", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1383.

25 En estos términos, L. CAVICCHIOLI, "Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità", en *Rivista di Diritto internazionale*, 1993, p. 1064.

26 Cfr. R.S. CLARK, "The Mental Element in International Criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of the Offences", en *Criminal law Forum*, 2001, p. 300.

certeza²⁷. Esta última hipótesis corresponde al denominado dolo “directo” (*oblique intention* en los ordenamientos de *common law*)²⁸.

Ulteriores confirmaciones de tal interpretación, parecen poder extraerse de la consideración de que en la legislación anglo-estadounidense el requisito del «*knowledge*» es normalmente utilizado para identificar un convencimiento expresable como certeza²⁹. Por lo demás, el que ésta sea la solución más adecuada parece confirmarse en el uso mismo del término «*awareness*»³⁰, así como el de su equivalente en francés «*consciente*», cuyo significado parece remitir a la necesidad de una representación “segura” de la existencia de este elemento, que como tal es incompatible con un estado de duda.

Para corroborar aún más este asunto, se ha señalado que mientras en el art. 29 del *Model Draft Statute* estaba expresamente contemplada la hipótesis en la que el sujeto activo se representase la existencia de un elemento en términos de posibilidades y aceptase el riesgo de que éste se presentase³¹, tal formulación no fue propuesta de nuevo en la versión definitiva del art. 30 CPI, lo que parecería ser un dato inequívoco de la voluntad del legislador de restringir el ámbito del elemento subjetivo, excluyendo el dolo eventual de los criterios de imputación.

Por lo demás, es precisamente la importancia que la imputación a título de dolo eventual ha adquirido en el sistema de los crímenes internacionales lo que hace extremadamente criticable el silencio de la norma al respecto³².

De hecho, en ausencia de una referencia precisa en la letra de la ley, es evidente el riesgo de excesivas dilataciones de los ámbitos de relevancia subjetiva de los

27 En estos términos A. ESER, “Mental element”, cit., p. 915.

28 En cuanto a la noción de *direct intention* en los ordenamientos de *common law*, v., por todos, N. CROSS y JONES, *Criminal law*, 12 ed., London-Dublin-Edinburg, 1992, pp. 59 y ss., para quienes se trata de casos en los que existe la «previsión de que el resultado es prácticamente cierto» (*virtually certain*).

29 En este sentido, S. SHUTE, “Knowledge and Belief in the Criminal law”, en S. SHUTE y A. SIMESTER, *Criminal Law Theory*, Oxford, 2002, pp. 171 y ss.

• N. de la T: «conciencia».

30 De una opinión contraria es D. K. PIRAGOFF, “Article 30 - Mental Element”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 535, para quien, en cambio, el término *awareness* dejaría a la Corte la decisión de incluir o no, en tal concepto, formas de *mens rea* menos intensas que el conocimiento efectivo.

31 Cfr. el art. 29 del “Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee’s text to the Diplomatic Conference”, Rome, June 15- July 1998, en L. S. WEXLER (Special Editor), M. C. BASSIUNI (General Editor), *13ter Nouvelles études pénales*, Érès, Association International de Droit Pénal, 1998, pp. 50 y ss. Véase, además, el art. 23 del *Preparatory Committee Draft* que incluía expresamente la *recklessness*, como criterio autónomo de imputación, junto al *intent and knowledge*. Al respecto, v. *Observations*, cit., pp. 50 y ss.

32 Sobre este tema, R. SICURELLA, op. cit., p. 189.

crímenes internacionales, difícilmente compatibles con el pleno respeto del principio de legalidad.

D. La función de la “cláusula de reserva” «*unless otherwise provided*»

Los criterios de imputación previstos por el art. 30 CPI se aplican «salvo disposición en contrario» («*unless otherwise provided*»)³³, es decir, dicho artículo (o disposición) legitima el reenvío a ulteriores criterios de imputación subjetiva indicados excepcionalmente por otras disposiciones del Estatuto³⁴.

Basta pensar, por ejemplo, en la regla fijada por el art. 28 CPI en referencia a la responsabilidad de los comandantes y de los superiores jerárquicos por los crímenes cometidos por sus subordinados. Allí se prevé que el comandante es penalmente responsable cuando «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 cuando «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». Se trata de criterios de imputación que parecen oscilar entre el dolo eventual y la culpa y que implican, respecto a la disciplina de carácter general, una extensión de la esfera de la responsabilidad³⁵.

En cambio, en otros casos, el Estatuto parecería hacer referencia a formas más cualificadas de culpabilidad respecto a la prevista por el art. 30 CPI.

Piénsese por ejemplo en el crimen de genocidio (art. 6 CPI), en el cual se ve evidentemente enriquecida la estructura psicológica del delito mediante la previsión de una finalidad específica -«la intención de destruir total o parcialmente a un grupo

• *N. de la T.*: «Salvo disposición en contrario».

33 La definen como una «*default rule*», es decir, una disposición de carácter subsidiario que se aplica “en ausencia” de otras indicaciones, E. MEZZETTI, “L’elemento soggettivo”, cit., pp. 326-327; A. VALLINI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 46.

34 En ese sentido se manifiesta también el comentario al art. 29 del “Model Draft Statute”, cit., p. 51.

35 En particular, en el primer caso, el comandante militar responde por los delitos cometidos por los subordinados también cuando, aún sin tener conocimiento, «habría debido saber» (*should have known*). En este caso, se trata de un criterio de imputación reconducible a la denominada *Caldwell Recklessness* (*recklessness* así llamada objetiva) del derecho penal inglés. En estos casos, de hecho, caben las hipótesis en las que un sujeto no se representa “un riesgo obvio para cualquier persona racional”. Al respecto, v. A. ASHWORTH, *Principles*, cit., pp. 183 y ss.; N. CROSS y JONES, *Criminal law*, cit., p. 80, que subrayan como la *Caldwell-type Recklessness* sea sustancialmente una forma de *negligence* (en particular, una hipótesis de culpa inconsciente grave). En cambio, haciendo referencia a la responsabilidad de los superiores jerárquicos diferentes a los comandantes militares (jefes civiles o políticos), el artículo 28 precisa que éstos responden cuando sabían o habían «deliberadamente descuidado informaciones que claramente indicaban» la comisión de delitos por parte de sus inferiores. En este último caso, específicamente, se trataría de una hipótesis de «*willful blindness*». Al respecto v. *retro* la nota 16.

nacional, étnico, racial o religioso»- que el agente debe perseguir con su conducta³⁶. De manera análoga, en relación al crimen de “embarazo forzado”, el art. 7, numeral 2, literal f, CPI precisa que el agente debe actuar con la finalidad de «modificar la composición étnica de una población»; y también, en el crimen de *apartheid* se requiere que la conducta esté acompañada de la intención de mantener un determinado tipo de régimen [art. 7, numeral 2, literal h]³⁷.

Estas hipótesis parecen configurar tipos penales de dolo específico³⁸, caracterizados, precisamente, por la presencia de una finalidad adicional que es perseguida por el agente, pero que no necesariamente tiene que realizarse en un plano objetivo para que se haya consumado el tipo. Por lo demás, antes de la aprobación del Estatuto de Roma, los Tribunales penales internacionales ya se habían pronunciado en ese sentido. Particularmente, respecto al tipo de genocidio, se había precisado que la “destrucción del grupo”, aunque sea la finalidad con la cual el sujeto actúa, no es el resultado que debe objetivamente perfeccionarse³⁹. En estos casos, la jurisprudencia misma ha reconocido que el dolo específico representa una estructura psicológica necesariamente intencional⁴⁰, en el sentido en que la obtención de la finalidad (que para el caso del genocidio es la destrucción del grupo), debe ser el resultado al que tiende la actividad del agente, sin que tenga ninguna relevancia que éste tan solo sea consciente de ello, o haya de cualquier modo aceptado el riesgo de llevarlo a cabo⁴¹.

En cambio, en otras ocasiones, el Estatuto utiliza para indicar el elemento subjetivo de algunos crímenes internacionales, sólo uno de los dos “términos” empleados cumulativamente en el art. 30 CPI. Este es el caso, por ejemplo, de la tortura que es definida como «causar *intencionalmente* dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales» [art. 7, numeral 2, literal e, CPI], o de la persecución que es «la privación *intencional* y grave de derechos fundamentales» [art. 7, numeral 2, literal

36 Sobre este tema, v. F. MONETA, “Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali”, en *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, cit., p. 24; W. SCHABAS, “The Jelisić Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide”, en *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 125 y ss.; O. TRIFFTERER, “Genocide, Its particular intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, en *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 399 y ss.

37 Cfr. M. SCALIOTTI, “Mens Rea”, en CARLIZZI-DELLA MORTE-LAURENTI-MARCHESI (coord.), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, p. 314.

38 En estos términos, E. MEZZETTI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 327; SCALIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 314; A. VALLINI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 68.

39 Incluso, en algunos casos, se ha considerado consumado el crimen de genocidio aunque hubiese sido afectado un solo individuo. V. por ejemplo, *Prosecutor v Akayesu*, cit. par. 521. En contra de esto, el Tribunal ha establecido que para la configuración del genocidio, aunque no se requiera la destrucción material del grupo, la conducta debe ser al menos idónea para ello. El Tribunal internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Jelisić [T.P.I.Y., *Prosecutor v. Jelisić*, 14 de diciembre de 1999, (IT 95-10-T), parr. 102-108].

40 En este sentido, en la doctrina italiana, por todos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 127.

41 Cfr. T.P.I.Y., *Jelisić*, cit., parr. 85-86.

g, CPI]. Al mismo requisito de la intencionalidad hacen también referencia muchas de las hipótesis previstas por el art. 8, numeral 2, literal b, CPI, que considera como crimen de guerra, por ejemplo, «dirigir *intencionalmente* ataques contra la población civil», así como «dirigir *intencionalmente* ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares».

Ahora bien, salvo que se quiera considerar la utilización de estas cláusulas como meramente pleonástica, parece que el legislador, al hacer explícito uno solo de los requisitos comprendidos en el esquema normativo general, ha pretendido restringir el ámbito de la incriminación, con el resultado de excluir el dolo directo de los criterios de imputación subjetiva. Entonces, en estos casos, el Estatuto parece exigir que el sujeto actúe con la finalidad de realizar el resultado, atribuyéndose relevancia exclusivamente a una actitud psicológica correspondiente al dolo intencional⁴².

Más problemático es esclarecer exactamente qué se entiende por la expresión «*wilful*»* (o «*wilfully*»**), que aparece varias veces en la definición de algunos crímenes de guerra⁴³. Al respecto, no se presenta en la doctrina una opinión unánime. Algunos consideran que también en estos casos, el legislador ha querido hacer referencia a un coeficiente subjetivo particularmente calificado, que puede identificarse, de nuevo, con el mero dolo intencional⁴⁴.

En cambio, otros propenden por considerar que la expresión en cuestión comprende también las hipótesis reconducibles al dolo directo y al eventual⁴⁵. Esta solución parece confirmarse, desde un punto de vista sistemático, por el uso tanto de un término diferente respecto a los utilizados en el art. 30 CPI a modo de factor general de imputación (*intent and knowledge*), como por el mismo art. 8 CPI para indicar exclusivamente el dolo intencional (donde, como se ha visto, se recurre al término «*intentional*»***)⁴⁶.

42 En este sentido, por lo demás, se expresan también los *Elements of crime*; por ejemplo, con referencia al art. 8, literal b, (i) y (ii), se precisa que «*The perpetrator intended such civilian objects to be the object of the attack*»; indicando con ello claramente que el resultado debe ser aquél considerado por el agente.

* *N. de la T.*: «intencional».

** *N. de la T.*: «deliberadamente».

43 V. art. 8, numeral 2, literal a (i) *wilful killing*; (iii) *wilful causing great suffering* [...]; (vi) *wilful depriving a prisoner of war [...] of the rights of fair and regular trial*. [*N. de la T.*: en la versión en español, esto corresponde a: (i) Matar intencionalmente; (iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos [...]; (vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra [...] de sus derechos a un juicio justo e imparcial].

44 En este sentido, A. ESER, “Mental element”, cit., p. 899. También, de igual modo, E. MEZZETTI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 328, que propone un acercamiento de la expresión «*wilful*» a los motivos abyectos y fútiles. Se trataría entonces – según el Autor – de una forma calificada de dolo intencional.

45 V., W. J. FENRIK, *sub. art. 8*, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary*, cit., p. 182. Desde una perspectiva más general, sobre la utilización del término «*wilful*», L. CAVICCHIOLI, *Sull’elemento soggettivo*, cit., p. 1089. Confirmando esta interpretación, v. ICTY, *Celebici case*, Trial Chamber II, 16-11, 1998, Case IT-9621-T.

*** *N. de la T.*: «intencional».

Finalmente, en cuanto al término «*deliberately*», previsto por el art. 6, literal c, CPI, con referencia a los actos de genocidio que se exteriorizan en el «sometimiento intencional [en el sentido específico de “deliberado”, es decir “con premeditación”] del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial», parecería que esto evoca la necesidad de un “dolo de propósito”⁴⁷, que llega a exigir que transcurra cierto período de tiempo entre el surgimiento de la idea criminal y su realización⁴⁸. Lo que, por lo demás, se muestra como connatural a la naturaleza misma del crimen de genocidio que, en cuanto se dirige a la eliminación de todo un grupo, no parece poder prescindir de una considerable planificación previa⁴⁹.

Debe decirse, de todos modos, que esta diversidad en la terminología se debe esencialmente al hecho de que el Estatuto ha asumido, de manera casi automática, las descripciones de los crímenes ya previstas en las Convenciones de Derecho Internacional; lo que, además de complicar la actividad del intérprete, plantea el riesgo de la imposibilidad de dar una aplicación uniforme a esta normativa en general⁵⁰.

E. La imposibilidad de la disciplina del error: el error de hecho

El análisis del elemento subjetivo de los crímenes internacionales se concluye al examinar la rigurosidad que el Estatuto reserva al error como causa de exclusión de la culpabilidad. En particular, el art. 32 CPI diferencia entre el error de hecho y el error de derecho, reconociendo eficacia excusante, en línea de principio, solamente al primero⁵¹.

46 Por lo demás, en tal sentido es utilizado el término «*wilfully*» por los ordenamientos de *common law*. Al respecto, v., A. ASHWORTH, *Principles*, cit., p. 202, quien observa cómo esta expresión se usa alternativamente para indicar «*intentionally or recklessly*».

• *N. de la T.*: «intencional», habiéndose optado, en la versión en español del Estatuto, por identificar los términos *wilful*, *intentional* y *deliberately*.

47 Como confirmación de cuanto se ha dicho, tengase en cuenta que el término «*deliberately*» se utiliza en la literatura estadounidense para indicar la actitud de quien ha actuado «con mente fría y un cierto margen de reflexión». Sobre esto, v. W. R. LAFAVE, *Criminal law*, cit., p. 692.

48 En Italia, por todos, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, 5ª ed., Padova, 2007, p. 319.

49 En cambio, en cuanto a los términos *wantonly* (arbitrariamente), utilizado en el art. 8, numeral 2, literal a (iv), CPI, y *treacherously* [a traición, v. arts. 8, numeral 2, literales b (xi) y e (ix), CPI], parecería que éstos indican una particular modalidad de realización de la conducta, teniendo entonces relevancia, sobre todo, en el plano objetivo.

50 Así L. CAVICCHIOLI, “Sull’elemento soggettivo”, cit., p. 1089.

51 Originalmente, el art. 30 del *Preparatory Committee’s Model Draft Statute* diferenciaba entre el error de hecho y el de derecho inevitables, que operaban como causa de exclusión de la culpabilidad, y el error de hecho y de derecho evitables que podían tener relevancia exclusivamente como circunstancia atenuante. La decisión definitiva de eliminar esta distinción, se encuentra en armonía con aquella de excluir del Estatuto, en principio, el reproche a título de culpa. En este sentido MEZZETTI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 342: «Esto significa que, con base en el art. 32 CPI, al menos el error de hecho excluye el elemento

Es decir, se encuentra establecida la relevancia del error de hecho que «hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen». Se indica inmediatamente que una fórmula de este tipo corre el riesgo de demostrarse meramente tautológica, limitándose a reafirmar, en negativo, la necesaria subsistencia del elemento psicológico como presupuesto de la responsabilidad penal internacional⁵².

De hecho, el art. 30 CPI, al individualizar los datos relevantes para la imputación dolosa, precisa que éstos deben ser objeto de «intención y conocimiento»⁵³. En particular, como es sabido, la disposición en cuestión se refiere expresamente a los elementos objetivos que constituyen el hecho delictivo (*material elements**), que luego se identifican en la conducta, en sus consecuencias y en las demás “circunstancias” del hecho⁵⁴. Ahora bien, es evidente que un defecto de representación respecto a uno de estos elementos adquiere eficacia excusante en el sentido de lo dispuesto por el art. 30 CPI, que está destinado a incidir en los presupuestos subjetivos mismos de la incriminación. De hecho, allí donde el error sobre el hecho delictivo no permita al sujeto representarse correctamente un elemento constitutivo del crimen, no se habrá configurado el necesario requisito del *knowledge* y por ende el momento cognoscitivo del dolo.

En cambio, se deberá concluir que es irrelevante cualquier error que recaiga sobre un dato distinto a los específicamente indicados como objeto del “*mental element*”⁵⁵. Piénsese, por ejemplo, en la denominada «*aberratio causae*»; es decir, en la hipótesis en la que el resultado se realiza a través de un proceso causal diferente al previsto por el sujeto activo⁵⁶. Pues bien, que la *aberratio causae* no tenga ninguna relevancia en cuanto a la existencia o no del elemento subjetivo, parece deducible del mismo art. 30

psicológico de la *intention*, tanto si es evitable como si es inevitable». Así mismo PISANI, “L’elemento psicologico”, cit., p. 1388.

52 Así, W. A. SCHABAS, *General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute*, cit., p. 400.

53 En tales términos, O. TRIFFTERER, en *Id.*, *Commentary*, cit., p. 561.

• *N. de la T.*: «elementos materiales».

54 El error previsto por el art. 32, inciso 1, CPI es entonces un “error de hecho sobre el hecho”. Como es sabido, en esta situación están comprendidos los casos en que un sujeto ignora o se representa de manera diferente a la realidad uno o varios de los requisitos de la situación en concreto que encuentran correspondencia en el tipo penal abstracto. Al respecto, por todos, M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Torino, 2006, p. 9.

** *N. de la T.*: «elemento de intencionalidad».

55 Así A. ESER, “Mistake of Fact and Mistake of Law according to Article 32 of the ICC Statute”, en *The Rome Statute*, cit., p. 918. En el mismo sentido A. VALLINI, “L’elemento soggettivo”, cit., p. 53.

56 Al respecto, en la doctrina italiana, M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 16.

CPI, en donde no se hace ninguna referencia a la relación de causalidad como dato que sea objeto de «voluntad y conocimiento»⁵⁷.

El problema podría, si acaso, plantearse respecto al error sobre la existencia de una causal de justificación⁵⁸, entendida específicamente como un error sobre los presupuestos de hecho de la situación justificante. Piénsese en la hipótesis en que un sujeto, suponiendo erróneamente que está siendo agredido, reacciona contra el supuesto agresor, invocando la causa de justificación de la legítima defensa [art. 31, numeral 1, literal c, CPI].

La ausencia de una disposición análoga en el art. 59, inciso 4, del código penal italiano*, que expresamente reconozca esta excusante putativa como causa de exclusión del dolo, ha llevado a una parte de la doctrina a ubicar tal hipótesis en la disciplina general que establece el art. 32, inciso 1, CPI al tratar el error⁵⁹, atribuyendo a esta causal de justificación la naturaleza de elemento negativo del tipo⁶⁰. Esta reconstrucción, sin duda apreciable por su empeño en dar pleno valor al principio de culpabilidad para los crímenes internacionales, no parece encontrar un soporte normativo específico en las disposiciones del Estatuto, lo que no quita que en todo caso, del art. 32, inciso 1, CPI, aplicado esta vez de manera analógica, pueda deducirse la relevancia del error sobre la causal de justificación, incluso sin quererle reconocer a ésta la naturaleza de elemento negativo del tipo⁶¹. Tal analogía, al ser en *bonam partem*, sería en todo caso admisible a la luz de los principios generales del Estatuto⁶².

Por último, deben hacerse algunas aclaraciones en cuanto a los denominados tipos penales con dolo específico, caracterizados por la expresa previsión de una finalidad, que no necesariamente tiene que realizarse en el ámbito objetivo, pero que el agente tiene que perseguir como propósito de su conducta. En estos casos, el motivo

57 En estos términos, A. VALLINI, "L'elemento soggettivo", cit., p. 50.

58 V. O. TRIFFTERER, "Article 32- Mistake of Fact or Mistake of law", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 55.

• Art. 59, inciso 4, código penal italiano: «Si el agente cree por error que existen circunstancias que excluyen la pena, éstas son siempre evaluadas en su favor. Sin embargo, si se trata de error determinado por culpa, la punibilidad no se excluye cuando el hecho es previsto por la ley como delito culposo».

59 Al respecto, v. R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, cit., p. 211.

60 En Italia v., por todos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 6 y ss., quien reconoce a las causas de justificación la naturaleza de elementos negativos del tipo.

61 Para esta solución, v. A. ESER, "Mistake of Fact and Mistake of Law", cit., p. 945.

62 En cambio, en contra del reconocimiento de la relevancia del error sobre una causa de justificación, v. N. PISANI, "L'elemento psicologico", cit., p. 1389, que lo sitúa en la disciplina general del error de derecho, fundada en el principio de inexcusabilidad. Por lo demás, también el comentario al *Model Draft*, al analizar el significado del art. 30 (*option 2*), perfectamente correspondiente al actual art. 32 CPI, excluye expresamente, aunque sin una adecuada motivación, que éste pueda referirse al error sobre la existencia de una causal de justificación.

de la actuación podría perfectamente estar determinado por la representación de una situación de hecho no correspondiente con la realidad.

Se trata entonces de verificar si este error sobre la “finalidad”, entendido en los términos antes aclarados, excluye o no la configuración del delito. En efecto, puede suceder que «aun estando motivado el sujeto para actuar con la perspectiva de la obtención del fin, una previsión en este sentido se revele sin embargo, desde una valoración *ex post*, errónea»⁶³. Piénsese, por ejemplo, en que un sujeto comete actos de genocidio con la errada convicción, debida a una falsa percepción del contexto político, de que éstos llevarán a la destrucción de un grupo nacional, étnico o religioso.

Pues bien, en esta hipótesis, no se le puede reconocer al error ninguna eficacia excusante. De hecho, en los delitos con dolo específico la pretensión a la que tiende el agente no es un resultado que necesariamente deba realizarse en el ámbito objetivo para que se perfeccione el delito. De lo que se deriva que el delito deberá considerarse configurado, sin duda, siempre que la representación del fin tenga sobre la conducta una precisa eficacia motivadora, sin que tenga importancia alguna que luego se demuestre que la inconformidad con la realidad de la representación no es conforme a la realidad.

F. El error de derecho

El art. 32 CPI, haciendo recepción del tradicional principio de la “*ignorantia iuris non excusat*”, excluye a los fines del reconocimiento de la responsabilidad penal, la relevancia del error sobre la ilicitud del hecho cometido.

La afirmación de la inexcusabilidad del error sobre la prohibición introduce una presunción absoluta de conocimiento de la ley penal, que en el sistema de los crímenes internacionales encuentra fundamento en su naturaleza objetiva y manifiestamente “inhumana”⁶⁴. En otros términos, la conciencia de la ilicitud estaría mediada, en todo caso, «por la tendencial coincidencia de los preceptos penales con normas de civismo y de justicia generalmente conocidas y reconocidas»⁶⁵.

Desde esta perspectiva se debería excluir, sin lugar a dudas, la posibilidad de que el autor de un crimen internacional actúe sin darse cuenta del significado ilícito de su comportamiento. Cuando más, podría plantearse un problema, de manera absolutamente residual, en referencia a algunos de los ilícitos internacionales llamados de ‘creación legislativa’, respecto a los cuales la ilicitud del hecho cometido no se puede deducir automáticamente de la naturaleza de los actos realizados. En estos

63 En este sentido, M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 186.

64 Al respecto, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, pp. 16 ss.

65 Desde una perspectiva de carácter general, v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, pp. 416 y ss.

casos, la afirmación de la absoluta inexcusabilidad del error sobre el precepto corre el riesgo de afectar las exigencias subyacentes a una plena valoración de la naturaleza subjetiva del ilícito. Por lo tanto, habría sido conveniente conservar la distinción entre el error evitable y el error inevitable — que se encontraba, como se ha visto, en el art. 30 del *Model Draft Statute*⁶⁶—, la cual, por lo demás, halla un creciente reconocimiento en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, tanto de la tradición del *civil law* como del *common law*.

No obstante, el principio general de la irrelevancia de la *ignorantia iuris* es derogado por el art. 32, numeral 2, CPI, en los casos en que el error «hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen» y en las hipótesis previstas por el art. 33, literal b, CPI, que se refieren a la ignorancia de la ilegitimidad de la orden del superior.

En particular, el art. 32 CPI, al referirse al error de derecho que excluye el elemento psicológico del delito, parece tomar en consideración los casos de error sobre los denominados elementos normativos. Como es sabido, existen algunos elementos del hecho para cuya exacta comprensión es necesario referirse a una norma jurídica diferente de aquella con la cual se realiza la incriminación⁶⁷. Piénsese, dentro del sistema de los crímenes internacionales, en el término *unlawful* (ilícito), en alusión a la deportación [art. 8, numeral 2, literal a (vii), CPI]; o también en la «encarcelación u otra privación grave de la libertad física *en violación de normas fundamentales de derecho internacional*» [art. 7, numeral 1, literal e, CPI]⁶⁸. Se trata de requisitos constitutivos de los respectivos crímenes que pueden reconstruirse con exactitud sólo a la luz de precisas disposiciones normativas. En estos casos, el error sobre el parámetro legal de referencia, al incidir en la correcta representación del hecho realizado, excluye el elemento psicológico del delito, porque impide una imputación totalmente culpable del ilícito⁶⁹.

* *N. de la T.*: denominación que responde a la usual contraposición que en el lenguaje de la doctrina penal italiana se encuentra entre “delitos naturales” (aquellos respaldados en los valores socio-culturales dominantes) y “delitos artificiales o de mera creación legislativa”, que sin embargo no alude, al menos directamente, a una contraposición entre derecho natural y derecho positivo, y por ende comprende a estos denominados “delitos naturales” también como delitos establecidos por la ley positiva.

66 Sobre este tema, v. *infra*, nota 56.

67 V., en Italia, por todos, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 38 y ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, 1976, pp. 270 y ss

68 Al respecto, cfr. A. VALLINI, “L'elemento soggettivo”, cit., p. 65.

69 La disciplina en cuestión parecería aludir a la dictada por el art. 47, inciso 3, del código penal italiano, que excluye la punibilidad a título de dolo en los casos de error sobre una ley diferente a la ley penal (incriminadora), del cual se derive un error sobre el hecho constitutivo del delito.

Así mismo, en cuanto al error sobre la ilegitimidad de la orden del superior, se debe concluir que se trata de un error que recae en un elemento normativo de la causal de justificación (precisamente la ilegitimidad). Además, el significado de esta disposición adquiere particular importancia, sobre todo si se considera que éste es el único caso en el que el Estatuto tiene expresamente en cuenta un error que se refiere a una causa de exclusión de la responsabilidad penal. Esto podría inducir a pensar que la disciplina que normalmente se reserva al error sobre las causales de justificación, está fundada, al contrario, en el principio de la inexcusabilidad; salvo que, como se ha dicho⁷⁰, se quiera reconocer la aplicabilidad del art. 32 CPI, al menos en vía analógica.

70 Al respecto, v. *supra*, el numeral 5.